

LA NUOVA GIURISPRUDENZA CIVILE COMMENTATA

RIVISTA BIMESTRALE
ANNO XXXVII

a cura di
**GUIDO ALPA
E PAOLO ZATTI**

6/2021

 edicolaprofessionale.com/NGCC

Il danno dinamico-relazionale da “esistenza diversamente abile”

di Maria Feola

ALL'INTERNO:
INDICI DELL'ANNATA 2021



Wolters Kluwer

Il danno dinamico-relazionale da “esistenza diversamente abile”

di Maria Feola*

SOMMARIO: 1. Una rilettura del danno da “esistenza diversamente abile” alla luce della più recente giurisprudenza. – 2. Il carattere plurioffensivo della violazione degli obblighi d’informazione e il problema del rapporto di causalità. – 3. Le responsabilità contrattuale ed extracontrattuale della struttura sanitaria nei riguardi della gestante e del minore, tra obblighi di prestazione e di protezione. – 4. L’intervento delle sezioni unite: il riparto degli oneri probatori e il riconoscimento della legittimazione ad agire per il risarcimento di un danno che si è verificato prima della nascita. – 5. *Segue:* la riaffermazione della posizione negazionista: le contraddizioni della soluzione e il discutibile ricorso alla nozione di “danno-conseguenza”. – 6. I danni (patrimoniali e non patrimoniali) risarcibili. Il danno da nascita malformata quale danno dinamico-relazionale che ha ad oggetto una “esistenza diversamente abile”.

1. Una rilettura del danno da “esistenza diversamente abile” alla luce della più recente giurisprudenza.

Una rilettura della controversa tematica della risarcibilità, nei riguardi del minore nato malformato, del danno da “esistenza diversamente abile” causato dalla violazione degli obblighi di informazione nei riguardi della gestante può essere proposta, a qualche anno dall’intervento delle sezioni unite¹ che ha imposto, più che dimostrato, la soluzione negazionista, alla luce di ulteriori, più recenti orientamenti della Cassazione che riguardano ora la generalizzazione del danno da lesione del diritto all’autodeterminazione², ora la qualificazione del danno biologico risarcibile non come danno-evento, quale «semplice lesione dell’integrità psicofisica in sé e per sé»³, ma come danno-conseguenza dinamico-relazionale che rappresenta la «sintesi di tutte le conseguenze ordinarie che una determinata menomazione deve presumersi riverberi sulle attività comuni ad ogni individuo»⁴. Ulteriori interessanti svolgimenti si sono avuti anche in tema di “danno da nascita indesiderata”, allorché la Cassazione, nell’estendere considerevolmente i presupposti che legittimano l’interruzione della gravidanza, ha ravvisato, da un lato, la sussistenza di un «generico rapporto di inerenza» tra la patologia (anche della madre) e la mal-

formazione (del nascituro); dall’altro, che quest’ultima non debba essere necessariamente “attuale”, riconoscendo così «rilevanza anche alla sola probabilità che il processo patologico determini il danno fetale»⁵. L’art. 6, lett. b), della l. 22.5.1978, n. 194, non richiederebbe «che la anomalia o la menomazione si sia già concretizzata in modo da essere strumentalmente o clinicamente accertabile», ma darebbe rilievo «alla circostanza che il procedimento patologico possa sviluppare una relazione causale con una menomazione fetale» sulla base di un «apprezzabile grado di probabilità»⁶.

Riguardo al primo orientamento, ribadito nel gruppo di sentenze denominate “San Martino 2019”⁷, la Cassazione precisa che, malgrado l’inadempimento degli obblighi d’informazione possa essere considerato tendenzialmente autonomo rispetto a quello inerente al trattamento terapeutico, «non può affermarsi una assoluta autonomia dei due illeciti tale da escludere ogni interferenza tra gli stessi nella produzione del medesimo danno» in virtù «dell’unitarietà del rapporto giuridico tra medico e paziente – che si articola in plurime obbligazioni tra loro connesse e strumentali al perseguimento della cura o del risanamento del soggetto –»⁸. L’inadempimento delle obbligazioni di informa-

* Contributo pubblicato in base a *referee*.

¹ Cass., sez. un., 22.12.2015, n. 25767, in *Danno e resp.*, 2015, 349 ss., annotata da CACACE, *L’insostenibile vantaggio di non essere nato e la contraddizione che nol consente*.

² Cass., 11.11.2019, n. 28985, in *Danno e resp.*, 2020, 11, con nota di CACACE, *L’estate dell’autodeterminazione, a San Martino 2019*.

³ Cass., ord. 27.3.2018, n. 7513, in questa *Rivista*, 2018, I, 843 s., con il commento di PONZANELLI, *Il decalogo sul risarcimento del danno non patrimoniale e la pace all’interno della terza sezione*.

⁴ Cass., 27.3.2018, n. 7513, cit., 843.

⁵ Cass., 15.1.2021, n. 653, in questa *Rivista*, 2021, I, 900, con nota

di PALMERINI, *Un nuovo tassello nella fattispecie di danno da nascita indesiderata*; in *Danno e resp.*, 2021, 311, annotata da PIAIA, *L’aborto terapeutico e il concetto di “processo patologico” rilevante, tra obblighi informativi e responsabilità del sanitario*.

⁶ Cass., 15.1.2021, n. 653, cit., 900.

⁷ Con la consueta arguzia, PONZANELLI, *Il Restatement dell’11 novembre 2019 ovvero il nuovo codice della responsabilità sanitaria*, in *Danno e resp.*, 2020, 5; FRANZONI, *Spigolature sulle sentenze di san Martino, ibidem*, 7.

⁸ Cass., 11.11.2019, n. 28985, cit., 11.

zione può inserirsi «tra i fattori “concorrenti” della serie causale determinativa del pregiudizio alla salute, dovendo quindi riconoscersi all’omissione del medico una astratta capacità plurioffensiva, potenzialmente idonea a ledere due diversi interessi sostanziali, entrambi suscettibili di risarcimento qualora sia fornita la prova che dalla lesione di ciascuno di essi siano derivate specifiche conseguenze dannose»⁹.

Quindi, un riesame della soluzione proposta dalle sezioni unite può essere condotto proprio sulla base: della riconosciuta capacità plurioffensiva dell’inadempimento, che può ledere interessi appartenenti anche a soggetti diversi (la gestante e il nato malformato); dell’affermata natura plurifunzionale della prestazione di diagnosi prenatale, allorché «la conoscenza delle condizioni di salute del feto si pone quale antecedente causale di una serie di altre scelte di natura esistenziale, familiare e non solo terapeutica»¹⁰; della declamata constatazione secondo la quale «un evento dannoso è da considerare causato sotto il profilo materiale da un altro se, ferme restando le altre condizioni, il primo non si sarebbe verificato in assenza del secondo (cosiddetta teoria della “conditio sine qua non”)»¹¹.

2. Il carattere plurioffensivo della violazione degli obblighi d’informazione e il problema del rapporto di causalità.

Secondo la Cassazione, se poteva essere contestata l’esistenza di un nesso di causalità tra l’omissione di diagnosi e la nascita, «attesa la inconfigurabilità di quest’ultima in termini di evento dannoso», e tra la condotta omissiva e l’handicap in sé considerato, in quanto «la malformazione non è conseguenza dell’omissione bensì del presupposto di natura genetica», la sussistenza del nesso di condizionamento appariva «senz’altro predicabile una volta identificato con esattezza l’evento di danno nella nascita malformata»¹², e il danno-conseguenza risarcibile nella “esistenza diversamente abile”. La Suprema Corte, in proposito, ha affermato, sul piano del nesso di condizionamento, l’equiparazione «*quoad effecta* tra la fattispecie dell’errore

medico che non abbia evitato l’*handicap* evitabile (l’*handicap*, si badi, non la nascita handicappata), ovvero che tale *handicap* abbia cagionato (...) e l’errore medico che non ha evitato (o ha concorso a non evitare) la nascita malformata (evitabile, senza l’errore diagnostico, in conseguenza della facoltà di scelta della gestante derivante da una espressa disposizione di legge)»¹³.

Ad analoghe conclusioni è pervenuta anche la più avvertita dottrina francese: il «rigetto categorico» delle «teorie della “causalità immediata” e della “*causa proxima*”» induce a considerare integrato il nesso eziologico ogni qualvolta una condizione, a prescindere dal suo «ordine di apparizione», abbia «“giocato un ruolo” o “contribuito” alla realizzazione del risultato»¹⁴. Non si richiede il «carattere “preponderante” o “essenziale” della partecipazione al pregiudizio, né (...) che il fatto esaminato abbia reso il danno probabile, verosimile o anche semplicemente prevedibile»¹⁵. In assenza di qualsiasi «selezione fondata sul grado di efficacia, sulla prossimità temporale, sulle modalità d’intervento della causa o su qualsiasi altro fattore», le Corti sono unanimi nel ritenere che «il fatto di non aver preso una precauzione che avrebbe impedito il danno è “causa” di questo»¹⁶. Il diritto positivo «non esige che si dimostri che la *faute* del medico sia stata la causa efficiente del danno (...); è sufficiente che la condotta sia stata una delle condizioni che hanno reso possibile il sopravvenire del danno, o anche il suo non-venir meno»¹⁷.

Tale soluzione, però, non ha convinto del tutto la dottrina, anche quella che, agli albori della problematica nel diritto italiano, era sembrata propensa ad affermare la risarcibilità del danno direttamente nei riguardi del minore “nato malformato”¹⁸. Ripercorrendo l’itinerario eziologico scandito dalla Cassazione, si rileva che l’omissione del medico, che tace colposamente alcune informazioni doverose, «priva la donna del suo diritto di abortire e, quindi, *cagiona* conseguentemente una vita handicappata, quale effetto negativo su un terzo di un *inadempimento* di fornire accurate informazioni al soggetto che le ha richieste»¹⁹ al fine di poter esercitare una sua legittima manifestazione di volontà.

⁹ Cass., 11.11.2019, n. 28985, cit., 11.

¹⁰ Cass., 16.3.2021, n. 7385, in *DeJure*; tale aspetto è sottolineato da PALMERINI, *op. cit.*, 897.

¹¹ Cass., 11.11.2019, n. 28985, cit., 19.

¹² Testualmente, Cass., 2.10.2012, n. 16754, in questa *Rivista*, 2013, I, 195, con nota di PALMERINI, *Nascite indesiderate e responsabilità civile: il ripensamento della Cassazione*. Per un’analisi di tale decisione si rinvia, altresì, a FEOLA, *Il danno da “nascita malformata”*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2014, 75 ss.

¹³ Cass., 2.10.2012, n. 16754, cit., 195-196.

¹⁴ VINEY-JOURDAIN, *Les conditions de la responsabilité*, in *Traité dr. civ. J. Ghestin*, II éd., L.G.D.J., 1998, 171 s. (Si cita, e si continuerà a citare, la seconda ed. di quest’opera perché, successivamente all’entrata in vigore dell’art. 1 della l. n. 2002-303 del 4.3.2002, gli a.a. si allineeranno, pur con molte perplessità, alla volontà del legislatore francese e

considereranno preminente non più la questione del rapporto di causalità – che, tuttavia, continua a sussistere –, bensì quella dell’«*intérêt lésé*»: ad es., VINEY-JOURDAIN, *Les conditions de la responsabilité*, in *Traité dr. civ. J. Ghestin*, III éd., L.G.D.J., 2006, 15 ss., 27 ss.).

¹⁵ ID., *op. cit.*, 172.

¹⁶ ID., *op. loc. ult. citt.*

¹⁷ FABRE-MAGNAN, *Avortement et responsabilité médicale*, in *Rev. trim. dr. civ.*, 2001, 311.

¹⁸ MONATERI, «*La marque de Caïn*». *La vita sbagliata, la vita indesiderata, e le reazioni del comparatista al distillato dell’alambicco*, in *Un bambino non voluto è un danno risarcibile?*, a cura di D’ANGELO, Giuffrè, 1999, 298.

¹⁹ ID., *Il danno al nascituro e la lesione della maternità cosciente e responsabile*, in *Corr. giur.*, 2013, 64.

Questo ragionamento sarebbe criticabile per più profili: innanzitutto, perché richiederebbe la «costruzione dell'aborto come diritto o facoltà di scelta della donna» e, in questo modo, opererebbe un ritorno «al soggettivismo della volontà»²⁰, essendo «un ragionamento di collegamento negoziale» a sorreggere «*alla fine l'intera costruzione*»²¹. In secondo luogo, perché non vi sarebbe «nessun danno biologico da propagare», dal momento che la lesione della «maternità cosciente e responsabile» «non è evidentemente un danno biologico ma una lesione della personalità»²². L'intera costruzione del nesso causale andrebbe ripensata in termini di lesione della personalità, e non «*di danno alla salute*», anche in virtù della «influenza che l'omissione medica ha avuto sulla «scelta» della madre», non potendo «*che dipendere* dalla natura giuridica di tale atto di scelta»²³.

Con riferimento alla prima obiezione, però, v'è da rilevare che la Cassazione non qualifica l'interruzione della gravidanza come un «diritto potestativo» della madre, esercitabile arbitrariamente, ma come una facoltà da far valere in presenza degli specifici requisiti previsti dagli artt. 4 e 6 della l. n. 194/1978. D'altronde è la stessa legge a prevedere che il «serio» (art. 4) o «grave» (art. 6, lett. b) pericolo per la salute fisica o psichica della gestante possa essere stato causato da «rilevanti anomalie o malformazioni del nascituro» (art. 6, lett. b). La locuzione «che determinino» (art. 6, lett. b) sta ad indicare, con evidenza, un (possibile) rapporto di causalità tra i due fattori posti in relazione.

Più condivisibile sembra il secondo rilievo. La propagazione intersoggettiva dell'illecito, che avviene attraverso il contatto dei «corpi fisici» della madre e del figlio, richiederebbe l'omogeneità dei danni. E poiché «la lesione operata verso la madre» consisterebbe nella violazione del diritto, di rango costituzionale, alla procreazione «cosciente e responsabile», si tratterebbe, nei riguardi sia della gestante, sia del figlio, di una lesione «della personalità», rilevante nella sua «dimensione appunto «morale»»²⁴. Qui non sarebbe «in considerazione la dimensione fisica organica dell'uomo, ma la dimensione morale della scelta tragica»²⁵.

Tuttavia, nel caso di specie, si tratta di due separati ed autonomi danni, che la stessa Cassazione – ed ancor

prima la giurisprudenza francese – ha tenuto sempre distinti. La riconosciuta plurioffensività dell'inadempimento degli obblighi d'informazione può senz'altro giustificare la lesione di interessi differenti appartenenti a distinti soggetti. Se, con riferimento alla posizione della madre, l'omissione delle informazioni doverose viola il suo diritto all'autodeterminazione in funzione di una «maternità cosciente e responsabile», altrettanto non può dirsi per il concepito. Insormontabili problemi (pratici e) giuridici sembrano ostare ad una diversa soluzione. E d'altronde, come la giurisprudenza è unanime nell'affermare, è la madre e soltanto la madre a poter decidere, in presenza della sussistenza dei requisiti di legge, se interrompere o no la gravidanza²⁶. Infine, ipotizzare, per il nato malformato, la risarcibilità del solo danno alla «sua personalità» potrebbe rappresentare una soluzione dubbia sotto il profilo della legittimità costituzionale, la quale sancisce incondizionatamente la pari dignità sociale per ogni essere umano.

La soluzione, quindi, è proprio quella ipotizzata dall'illustre autore, che pur la critica. L'inadempimento o l'inesatto adempimento delle obbligazioni d'informazione, nel privare la donna, in presenza dei requisiti di legge, della sua facoltà di interrompere la gravidanza, ovvero nell'indurla ad acconsentire a un concepimento che altrimenti non avrebbe voluto, «*cagiona conseguentemente una vita handicappata*»²⁷, la quale, a sua volta, è causa di ulteriori danni patrimoniali e non patrimoniali (questi ultimi aventi ad oggetto danni morali e dinamico-relazionali, salvo a non degenerare in un vero e proprio danno biologico) in capo alla stessa madre ed agli altri componenti la comunità familiare.

Come aveva sottolineato la dottrina francese²⁸, contestando la *biologisation* di un rapporto eziologico fondato sulla «causa prossima»²⁹, occorre «passare dal nesso causale naturalisticamente inteso ad un nesso causale giuridicamente inteso per poter operare l'equiparazione *de qua*»³⁰. Così, secondo un'«eziologia giuridicamente rilevante» è proprio l'inadempimento degli obblighi d'informazione ad aver «comunque cagionato una quotidianità afflitta da malattia»³¹. Come si è rilevato puntualmente interpretando quanto affermato in un precedente scritto in materia³², proprio la co-

²⁰ *Id.*, *op. ult. cit.*, 63.

²¹ *Id.*, *op. ult. cit.*, 64 (il corsivo è dell'a.).

²² *Id.*, *op. loc. ult. cit.*

²³ *Id.*, *op. loc. ult. cit.* (il corsivo è dell'a.).

²⁴ *Id.*, *op. ult. cit.*, 63-64.

²⁵ *Id.*, *op. ult. cit.*, 64.

²⁶ Per tutte, *CASS.*, 10.5.2002, n. 6735, in *Resp. civ. e prev.*, 2003, 124; e già *CORTE COST.*, ord. 31.3.1988, n. 389, in *Foro it.*, 1988, I, 2110.

²⁷ *MONATERI*, *op. loc. ult. cit.* (il corsivo è dell'a.).

²⁸ Per tutti, *VINEY-JOURDAIN*, *Les conditions*, cit., 15; *AUBERT*, *Indemnisation d'une existence handicapée qui, selon le choix de la mère, n'aurait pas dû être*, in *Dalloz*, 2001, *Chron.*, 489 ss.; *FABRE-MAGNAN*,

Avortement, cit., 311. Per una più compiuta disamina della dottrina francese, cfr. *FEOLA*, *Obbligazioni d'informazione e responsabilità per il danno da «esistenza diversamente abile»*, in *PROCIDA MIRABELLI DI LAURO-FEOLA*, *Diritto delle obbligazioni*, *ESI*, 2020, 391 ss.; *EAD.*, *Essere o non essere: la Corte di Cassazione e il danno prenatale*, in *Danno e resp.*, 2005, 392 ss.

²⁹ Tra i tanti, *VINEY-JOURDAIN*, *op. cit.*, 15; *SARGOS*, *Rapport a CASS.*, ass. plén., 17.11.2000, in *Sem. jur.*, 2000, II, *Jur.*, 10438, 2299.

³⁰ Così, lo stesso *MONATERI*, *op. ult. cit.*, 63.

³¹ Lo ammette anche *CACACE*, *Il giudice «rottamatore» e l'enfant préjudice*, in *Danno e resp.*, 2013, 160.

³² Lo scritto specificamente citato è *FEOLA*, *La Cassazione e il diritto del minore «a nascere sano»*, in *Danno e resp.*, 2010, 704.

stante interpretazione giurisprudenziale dell'art. 1223 cod. civ., secondo cui la risarcibilità deve essere estesa ai danni mediati e indiretti purché consistenti in effetti normali del fatto-inadempimento, secondo il criterio della c.d. regolarità causale³³, consente di pervenire «all'ulteriore conseguenza di ancorare il danno, inteso come vita disagiata, alla responsabilità del medico secondo il criterio di imputazione della responsabilità omissiva, ritenendo che l'omissione nell'adempimento di un obbligo (quale quello di informazione) a carico del sanitario implica la sua responsabilità anche per gli eventi che l'assolvimento di tale obbligo avrebbe impedito»³⁴.

E tale «ricostruzione», diversamente da quanto poi si afferma, non sembra celare «difficoltà concettuali»³⁵ proprio con riferimento all'annoso problema della causalità, là dove l'obbligo risarcitorio si fonderebbe direttamente «sulla violazione del consenso informato, inteso quale autonomo obbligo di protezione gravante sul medico in ragione del suo status professionale, indipendentemente da un obbligo di prestazione»³⁶. Il diritto all'autodeterminazione, in origine considerato come inglobato nel diritto alla salute (e tutelato ai sensi del solo art. 32 Cost.), anche per merito di un'autorevole dottrina³⁷ e della stessa giurisprudenza costituzionale³⁸, ha trovato progressivamente un autonomo riconoscimento (negli artt. 2, 13 e 32, comma 2^o, Cost.) come «diritto fondamentale e inviolabile della persona umana»³⁹. Le obbligazioni delle aziende sanitarie pubbliche o private tendono ad assumere una struttura complessa, comprensiva non soltanto dell'attività terapeutica, ma anche di quella diagnostica e di consulenza. A prescindere dalla questione puramente tassonomica inerente all'inquadramento o meno delle obbligazioni d'informazione nell'ambito degli obblighi di protezione⁴⁰ o di *sécurité*, la sola violazione degli obblighi d'informazione costituisce inadempimento e impone ai sanitari il risarcimento dei danni anche «in presenza di un atto terapeutico necessario e correttamente eseguito in base alle regole dell'arte, dal quale

siano derivate conseguenze dannose»⁴¹. L'inesatto adempimento degli obblighi d'informazione «assume una valenza causale sul danno o sui danni subiti dal paziente»⁴² e da terzi.

Quindi, la soluzione fondata sulla violazione degli obblighi d'informazione non rappresenta un'idea «alternativa» che consentirebbe di risarcire un danno in assenza di causalità, nel senso che «La negligenza non causa il danno ma diventa titolo per imporre al convenuto l'obbligo risarcitorio»⁴³. Del pari, non pare decisivo, al fine di risolvere la *vexata quaestio*, evocare una funzione «punitiva»⁴⁴, «sanzionatoria e deterrente»⁴⁵ della responsabilità civile, nel senso che il medico negligente sarebbe «punito attraverso il risarcimento», e questo verrebbe «quantificato in ragione del detrimento patito dal soggetto nato con gravi deficit personali e sociali rispetto a chi questi deficit non ha»⁴⁶. Così argomentando, anzi, si definisce una funzione di *compensation*, che storicamente (seppur, oggi, anacronisticamente, per quanto riguarda i danni immateriali)⁴⁷ è fondata proprio sulla teoria della differenza, mentre la finalità satisfattoria-punitiva implica una valutazione fondata non soltanto sull'entità del danno cagionato alla persona offesa, ma anche sul «carattere di maggiore o minore antiggiuridicità della condotta» e sulle «condizioni economiche del responsabile»⁴⁸. Infine, anche la responsabilità penale richiede la sussistenza di un nesso causale, il quale, anzi, deve essere provato, con maggior rigore, sulla base di un giudizio di «alto o elevato grado di credibilità razionale»⁴⁹, «di là da ogni ragionevole dubbio», non essendo sufficiente la regola civilistica ispirata al criterio della «preponderanza dell'evidenza»⁵⁰. Il problema, quindi, non può essere risolto evocando le diverse funzioni della responsabilità civile, ma considerando, con la Cassazione, come *condicio sine qua non* il fatto che la gestante non sia stata posta in condizione di decidere «con volontà consapevole delle implicazioni, attraverso una informazione adeguata» che permettesse alla stessa «di avere piena coscienza della natura, della portata e della estensione,

³³ CASS., sez. un., 1^o.7.2002, n. 9556, in *Giust. civ.*, 2003, I, 2195, e CASS., sez. un., 11.1.2008, n. 581, in *Foro it.*, 2008, I, 453; ed ora, CASS., 11.11.2019, n. 28985, cit., 19. In dottrina, già LISERRE, *Ancora in tema di mancata interruzione della gravidanza e danno da procreazione*, in *Corr. giur.*, 2006, 1693.

³⁴ MASTRORILLI, *To be or not to be: comparare l'incomparabile*, in *Danno e resp.*, 2013, 496, che cita (in nt. 19) proprio FEOLA, *op. ult. cit.*

³⁵ Così, invece, MASTRORILLI, *op. loc. cit.*

³⁶ Così anche EAD., *op. cit.*, 497.

³⁷ Nell'ambito di una copiosa letteratura, cito soltanto, e per tutti, RODOTÀ, *Il nuovo habeas corpus: la persona costituzionalizzata e la sua autodeterminazione*, in RODOTÀ-TALLACCHINI, *Ambito e fonti del Biodiritto*, nel *Trattato Biodiritto*, diretto da RODOTÀ e ZATTI, Giuffrè, 2010, 169.

³⁸ CORTE COST., 23.12.2008, n. 438, in *Foro it.*, 2009, I, 1328.

³⁹ MONTANI, *L'inadempimento medico per la (sola) violazione del consenso informato*, in *Danno e resp.*, 2012, 629. Tale orientamento è ribadito da CASS., 11.11.2019, n. 28985, cit., 11 ss.

⁴⁰ In senso affermativo, MASTRORILLI, *To be*, cit., 497, e MONTANI, *op. cit.*, 631, sulla scia di CASTRONOVO, *Profili della responsabilità medica*, in *Scritti in onore di P. Rescigno*, V, *Responsabilità civile e tutela dei diritti*, Giuffrè, 1998, 126.

⁴¹ CASS., 28.7.2011, n. 16543, in *Danno e resp.*, 2012, 625.

⁴² CASS., 28.7.2011, n. 16543, cit., 625.

⁴³ Così, invece, MASTRORILLI, *op. loc. ult. cit.*

⁴⁴ EAD., *op. loc. ult. cit.*

⁴⁵ PALMERINI, *Nascite indesiderate*, cit., 203.

⁴⁶ MASTRORILLI, *op. loc. ult. cit.*

⁴⁷ PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Il danno da perdita della vita e il «nuovo statuto» dei danni risarcibili*, in *Danno e resp.*, 2014, 692 ss.

⁴⁸ ID., *Il danno ingiusto (Dall'ermeneutica «bipolare» alla teoria generale e monocentrica della responsabilità civile)*, Parte II, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2003, 251.

⁴⁹ Cfr., in proposito, la celeberrima decisione resa, sul c.d. caso Francese, da CASS., sez. un. pen., 10.7.2002, in *Foro it.*, 2002, II, 623.

⁵⁰ CASS., sez. un., 11.1.2008, n. 581, cit., 453 ss.

dei rischi, dei risultati conseguibili e delle eventuali conseguenze negative»⁵¹.

Nell'unica sequenza causale possibile è la "esistenza diversamente abile" del minore a causare *anche* il danno non patrimoniale della madre e quelli, forse sovrabbondanti, del padre e dei fratelli. Il risarcimento di questi ultimi presuppone, evidentemente, la prima. La giurisprudenza della Suprema Corte dubita che, in assenza di "conseguenze" dannose patrimoniali e non patrimoniali (soprattutto biologiche) risarcibili, la sola violazione del diritto al c.d. consenso informato possa rappresentare un danno risarcibile *in re ipsa*⁵², costituendo essa un tipico danno-evento, ma non un danno-conseguenza⁵³. Nel caso di specie, invece, proprio il danno-conseguenza ha ad oggetto *tutte* le conseguenze patrimoniali, dinamico-relazionali e morali che la violazione del diritto ad una procreazione "cosciente e responsabile" ha provocato, da dimostrare anche con il ricorso a valutazioni prognostiche ed alla prova presuntiva, che in materia di danno non patrimoniale è destinata «ad assumere particolare rilievo, e potrà costituire anche l'unica fonte per la formazione del convincimento del giudice, non trattandosi di mezzo di prova di rango inferiore ad altri»⁵⁴.

Sotto il profilo delle scelte di «politica del diritto» e della «efficiente allocazione dei danni e dei risarcimenti», anche la dottrina che solleva perplessità sulla questione della causalità sottolinea come l'«intento» della sentenza del 2012 sia «encomiabile, il risultato meritorio»⁵⁵: «alleviare una condizione umana di difficoltà gravissima, di perenne sofferenza, affrontare, molto pragmaticamente, la questione dell'handicap, laddove quella della nascita non riveste più interesse alcuno»; superare, infine, «l'*absurdum* di liquidare tutti fuorché colui che vive la malformazione in prima persona, anche ai fini della certezza che il risarcimento così apprestato sia utilizzato ad esclusivo beneficio del bambino, senza mediazione di terzi»⁵⁶.

3. Le responsabilità contrattuale ed extracontrattuale della struttura sanitaria nei riguardi della gestante e del minore, tra obblighi di prestazione e di protezione.

Il risarcimento del danno nei riguardi del minore per la sua "esistenza diversamente abile" può assumere i

connotati sia della responsabilità contrattuale, sia di quella extracontrattuale.

La tradizione italiana negli ultimi anni è stata nel senso della responsabilità contrattuale. Ma a seguito della riforma della responsabilità sanitaria, quest'ultima soluzione può riguardare soltanto la struttura socio-sanitaria pubblica o privata, in presenza di un "contratto di ospitalità" con la gestante, o il professionista che abbia agito nell'adempimento di un'obbligazione contrattuale assunta con il paziente (art. 7, commi 1° e 3°, l. 8.3.2017, n. 24).

Nel *leading case* in materia la Cassazione, anche al fine di riparare al neonato un danno all'integrità psicofisica non più risarcibile in sede delittuale per effetto del decorso della prescrizione quinquennale, qualificò il «soggetto venuto ad esistenza» come terzo protetto dal contratto stipulato tra la madre partoriente e la struttura sanitaria, con la conseguenza di risarcire in ambito contrattuale il danno patito dal minore a causa di un negligente intervento ostetrico praticato al momento della nascita⁵⁷. Orientamento, questo, che troverà conferma nella giurisprudenza successiva, anche con riferimento alle condotte omissive dei sanitari. Ma se, in un primo tempo, la Cassazione⁵⁸ considererà terzo protetto dal contratto il solo coniuge della donna (il quale, pertanto, è anch'egli legittimato a chiedere il risarcimento dei danni patrimoniali e non patrimoniali conseguenti alla nascita di un figlio "non voluto" che è affetto da gravi patologie)⁵⁹, escludendo che l'errore o l'omissione delle informazioni doverose potessero giustificare il risarcimento del danno da esistenza diversamente abile, non esistendo un "diritto a non nascere se non sano"; più di recente, la Suprema Corte, nell'affermare la sussistenza del nesso di causalità tra la condotta omissiva dei medici e le malformazioni subite dal nascituro, ha qualificato il rapporto che la paziente pone in essere con la struttura sanitaria, come un contratto che, oltre ad avere effetti tra le parti, produce effetti c.d. protettivi nei confronti sia del coniuge, sia dello stesso figlio nato malformato⁶⁰.

Sul punto, la giurisprudenza francese, invece, aveva assunto un diverso atteggiamento, avendo qualificato, proprio nel decidere l'*affaire Perruche*⁶¹, come contrattuale la responsabilità della struttura sanitaria nei ri-

⁵¹ Cass., 28.7.2011, n. 16543, cit., 624.

⁵² Cfr., ad es., Cass., 9.2.2010, n. 2847, in *Foro it.*, 2010, I, 2113; Cass., 8.10.2007, n. 20987, in questa *Rivista*, 2008, I, 289, con nota di SGANGA. In tal senso già Cass., 31.5.2003, nn. 8828 e 8827, in *Danno e resp.*, 2003, 819 ss.

⁵³ Cfr. MONTANI, *op. cit.*, 633.

⁵⁴ Così, Cass., sez. un., 11.11.2008, nn. 26972, 26973, 26974 e 26975, in *Danno e resp.*, 2009, 32, con il commento di PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Il danno non patrimoniale secondo le Sezioni unite. Un "de profundis" per il danno esistenziale*.

⁵⁵ CACACE, *op. ult. cit.*, 161-160.

⁵⁶ Le espressioni tra virgolette sono di CACACE, *op. ult. cit.*, 160-161;

e già FEOLA, *Violazione degli obblighi d'informazione e responsabilità del medico per il danno prenatale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2004, 618 ss.

⁵⁷ Cass., 22.11.1993, n. 11503, in *Giur. it.*, 1994, I, 1, 557 s.

⁵⁸ Cass., 29.7.2004, n. 14488, in *Danno e resp.*, 2005, 379 ss. L'orientamento viene riconfermato, ma senza espliciti riferimenti al contratto con effetti protettivi per terzi, da Cass., 14.7.2006, n. 16123, in *Corr. giur.*, 2006, 1691 ss.

⁵⁹ In questi termini, anche Cass., 4.1.2010, n. 13, in *Danno e resp.*, 2010, 699 s.

⁶⁰ Cass., 11.5.2009, n. 10741, in *Danno e resp.*, 2009, 1170.

⁶¹ Cass., ass. plén., 17.11.2000, cit., 2309. Sul punto, FEOLA, *Obbligazioni d'informazione*, cit., 394 ss.

guardi della donna, ma come delittuale la responsabilità nei confronti del fanciullo nato malformato.

Tuttavia, come si è avuto modo di rilevare⁶², la soluzione che ravvisa, nei riguardi del terzo, una *responsabilità delittuale da inadempimento*⁶³, oltre a non rappresentare una contraddizione in termini, appare perfettamente in linea sia con la tradizione, sia con l'odierna evoluzione del diritto francese. Ma rispetto all'alternativa tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale, la soluzione seguita dalla sentenza n. 16754/2012 è stata ulteriormente articolata.

Per un verso, la Cassazione afferma «il principio di diritto secondo il quale la responsabilità sanitaria per omessa diagnosi di malformazioni fetali e conseguente nascita indesiderata va estesa», sulla base degli effetti di protezione del contratto, oltre che nei confronti della madre nella qualità di parte contrattuale, «anche al padre (...), nonché (...) ai fratelli e alle sorelle del neonato, che rientrano a pieno titolo tra i soggetti protetti dal rapporto intercorrente tra il medico e la gestante, nei cui confronti la prestazione è dovuta»⁶⁴. Infatti, «non può non presumersi l'attitudine di costoro «a subire un serio danno non patrimoniale, anche a prescindere dagli eventuali risvolti e dalle inevitabili esigenze assistenziali destinate ad insorgere, secondo l'*id quod plerumque accidit*, alla morte dei genitori»⁶⁵.

Per altro verso, allorché deve qualificare i danni risarcibili direttamente al minore per la sua “nascita malformata”, la Suprema Corte ritiene necessario verificare la sussistenza di «tutti gli elementi della fattispecie concreta onde inferirne la legittima riconducibilità alla fattispecie astratta dell'illecito aquiliano in tutti i suoi elementi di struttura così come descritti dall'art. 2043 c.c.»⁶⁶. Quindi, se è senz'altro contrattuale la responsabilità della struttura sanitaria nei riguardi della gestante per i danni patrimoniali e non patrimoniali patiti a seguito della violazione del suo diritto ad una “maternità cosciente e responsabile”, il risarcimento, al minore “terzo”, del danno da esistenza diversamente abile assume i connotati dell'illecito extracontrattuale, proprio sulla scia della soluzione predefinita dal diritto francese.

L'orientamento della Cassazione in tema di danno da nascita malformata, che all'applicazione del c.d. contratto con effetti di protezione per terzi preferisce il rinvio alle comuni regole della responsabilità delittuale, può trovare ulteriore conferma proprio nella strut-

tura della prestazione sanitaria. È impensabile che un obbligo che, *inter partes*, è di prestazione possa poi divenire, nei riguardi di terzi, di protezione. Tuttavia, se si qualifica come obbligo di protezione l'«obbligo di informazione gravante su una parte del contratto nei confronti dell'altra quando l'informazione non costituisca l'oggetto del contratto stesso»⁶⁷, il problema potrebbe dirsi superato. Salvo, poi, a non ricomprendere, sempre e comunque, l'obbligo d'informazione proprio nella struttura della prestazione sanitaria, ma a considerarlo come un obbligo “accessorio”, autonomo e indipendente, per quanto funzionalmente correlato rispetto all'esecuzione della prestazione⁶⁸. In tal senso, nelle varie ipotesi sottoposte al giudizio delle Corti, l'obbligo d'informazione può atteggiarsi ora come obbligo di prestazione, ora come obbligo di protezione, consentendo il ricorso agli effetti protettivi del contratto qualora l'informazione non integri specificamente l'oggetto dello stesso.

4. L'intervento delle sezioni unite: il riparto degli oneri probatori e il riconoscimento della legittimazione ad agire per il risarcimento di un danno che si è verificato prima della nascita.

La sentenza n. 16754/2012, avendo innovato il precedente orientamento della Cassazione sotto un duplice profilo (la questione relativa al riparto degli oneri probatori e quella attinente alla legittimazione del nato malformato alla richiesta risarcitoria), ha provocato la rimessione di questi temi alle sezioni unite⁶⁹, le quali si sono pronunziate con inusitata rapidità⁷⁰.

Con riferimento al primo problema, la Suprema Corte ricorda che l'interruzione della gravidanza «non è mezzo per il controllo delle nascite», ma che le norme “permissive” previste dalla l. n. 194/1978 assumono carattere eccezionale in quanto riconoscono «un vero e proprio diritto all'autodeterminazione della gestante» pur nel rispetto di «condizioni rigorose» poste a tutela «della sua salute, e non solo della sua vita», rappresentando «espressione di un bilanciamento di esigenze di primaria rilevanza» tra la «salvezza della madre, già persona, e quella dell'embrione, che persona deve ancora diventare»⁷¹. Ciò premesso, il c.d. *thema probandum* appare «costituito da un fatto complesso; e cioè da un accadimento composto da molteplici circostanze e comportamenti proiettati nel tempo: la rilevante anomalia del nascituro, l'omessa informazione da parte del

⁶² EAD., *Le obbligazioni di sécurité*, Giappichelli, 2012, 133 ss.

⁶³ EAD., *op. loc. ult. cit.*

⁶⁴ CASS., 2.10.2012, n. 16754, cit., 178.

⁶⁵ CASS., 2.10.2012, n. 16754, cit., 178.

⁶⁶ CASS., 2.10.2012, n. 16754, cit., 191.

⁶⁷ CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, 3a ed., Giuffrè, 2006, 497; ed ora, ID., *Responsabilità civile*, Giuffrè, 2018, 578.

⁶⁸ Per ulteriori svolgimenti, FEOLA, *L'obbligazione come rapporto complesso*, in HE. STOLL-FAVALE-FEOLA-PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *L'obbligazione come rapporto complesso*, Giappichelli, 2016, 116 ss.

⁶⁹ CASS., ord. 23.2.2015, n. 3569, in *Danno e resp.*, 2015, 693 ss.

⁷⁰ CASS., sez. un., 22.12.2015, n. 25767, cit., 349 ss.

⁷¹ CASS., sez. un., 22.12.2015, n. 25767, cit., 351 e 350.

medico, il grave pericolo per la salute psicofisica della donna, la scelta abortiva di quest'ultima»⁷². Ma, nella specie, essendo «impossibile fornire la dimostrazione analitica di tutti gli eventi o comportamenti che concorrono a comporre la fattispecie», il problema può essere risolto «ponendo ad oggetto della prova alcuni elementi che si ritengano rappresentativi dell'insieme e dai quali sia perciò possibile derivare la conoscenza, per estrapolazione, dell'intero fatto complesso»⁷³. Nel caso in esame, «un aspetto particolarmente delicato» è costituito dalla circostanza che la prova «verte anche su un fatto psichico: e cioè, su uno stato psicologico, un'intenzione, un atteggiamento volitivo della donna, che la legge considera rilevanti»⁷⁴. Ma tale onere probatorio, «senza dubbio gravoso, vertendo su un'ipotesi e non su un fatto storico», può essere assolto «tramite dimostrazione di altre circostanze, dalle quali si possa ragionevolmente risalire, per via induttiva, all'esistenza del fatto psichico che si tratta di accertare»⁷⁵. Il passo successivo consisterebbe «nell'applicare la concezione quantitativa o statistica della probabilità, intesa come frequenza di un evento in una serie di possibilità date: espressa dall'ormai consolidato parametro del «più probabile, che no»»⁷⁶.

Il legislatore non esime la gestante dall'onere di provare la malattia grave, psichica e/o fisica, che giustifichi il ricorso all'interruzione della gravidanza nonché la sua conforme volontà di ricorrervi. Ma il giudice, a tal fine, può ricorrere alla c.d. *praesumptio hominis*, «rispondente ai requisiti di cui all'art. 2729 cod. civ., che consiste nell'inferenza del fatto ignoto da un fatto noto, sulla base non solo di correlazioni statisticamente ricorrenti, secondo l'*id quod plerumque accidit* (...), ma anche di circostanze contingenti, eventualmente anche atipiche emergenti dai dati istruttori raccolti: quali, ad esempio, il ricorso al consulto medico proprio per conoscere le condizioni di salute del nascituro, le precarie condizioni psico-fisiche della gestante, eventualmente verificabili tramite consulenza tecnica d'ufficio, pregresse manifestazioni di pensiero, in ipotesi, sintomatiche di una propensione all'opzione abortiva in caso di grave malformazione del feto, ecc.»⁷⁷. La Cassazione⁷⁸, poi, ha esteso ulteriormente il nesso di causa dando rilievo alla doverosa (da parte dei sanitari) informazione circa eventuali anomalie del feto, non an-

cora manifestatesi clinicamente o non rilevabili con gli strumenti a disposizione, che possano conseguire, con un «apprezzabile grado di probabilità», alla patologia riscontrata nella gestante. Questa prima asserzione «anticipa l'incidenza del fattore probabilistico anche sul secondo segmento del nesso di causa: la dimostrazione, anche tramite il ragionamento presuntivo, che se correttamente informata la madre avrebbe scelto di interrompere la gestazione sarà tanto più plausibile quanto più elevato è il rischio che il processo patologico causi anomalie nel nascituro»⁷⁹.

Se, dunque, le sezioni unite assumono sul punto una posizione equilibrata che, pur richiedendo la prova, da parte della gestante, dei requisiti richiesti dalla legge, ammette senz'altro «la possibilità di una prova presuntiva, in concreto desumibile dai fatti allegati»⁸⁰, con riferimento al secondo problema la soluzione appare assai più radicale, limitandosi la stessa a riconfermare gran parte delle argomentazioni poste a supporto dell'orientamento anti-perruchista.

Tuttavia, rispetto alle sentenze del 2004⁸¹ e del 2006⁸², le sezioni unite superano la (debolissima) concezione del c.d. «diritto adespota», riconoscendo la «legittimazione ad agire di chi, al momento della condotta del medico (in ipotesi, antiggiuridica), non era ancora soggetto di diritto, alla luce del principio consacrato all'art. 1 cod. civ.»⁸³. Aderendo all'insegnamento che ha «sottoposto a revisione critica» il convincimento tradizionale secondo il quale «per proteggere una certa entità occorre necessariamente qualificarla come soggetto di diritto», la Cassazione ritiene che «alla tutela del nascituro si può pervenire (...) senza postularne la soggettività (...) bensì considerandolo oggetto di tutela»⁸⁴. Una volta «accertata l'esistenza di un rapporto di causalità tra un comportamento colposo, anche se anteriore alla nascita, ed il danno che ne sia derivato al soggetto che con la nascita abbia acquistato la personalità giuridica, sorge e dev'essere riconosciuto in capo a quest'ultimo il diritto al risarcimento»⁸⁵. La conferma del risalente orientamento della Cassazione⁸⁶ che riconosceva una «astratta legittimazione del figlio disabile ad agire per il risarcimento di un danno le cui premesse fattuali siano collocabili in epoca anteriore alla sua stessa nascita»⁸⁷ rappresenta comunque un dato significativo, anche se limitatamen-

⁷² Cass., sez. un., 22.12.2015, n. 25767, cit., 351.

⁷³ Cass., sez. un., 22.12.2015, n. 25767, cit., 351.

⁷⁴ Cass., sez. un., 22.12.2015, n. 25767, cit., 351.

⁷⁵ Cass., sez. un., 22.12.2015, n. 25767, cit., 351.

⁷⁶ Cass., sez. un., 22.12.2015, n. 25767, cit., 351.

⁷⁷ Cass., sez. un., 22.12.2015, n. 25767, cit., 352. Interessanti osservazioni sulle interferenze tra prova per presunzioni e modello probabilistico della causalità sono in AR. FUSARO, *Responsabilità del produttore: la difficile prova del difetto*, in questa *Rivista*, 2017, I, 901.

⁷⁸ Cass., 15.1.2021, n. 653, cit., 900 s.

⁷⁹ PALMERINI, *Un nuovo tassello*, cit., 894.

⁸⁰ Così Cass., sez. un., 22.12.2015, n. 25767, cit., 352, la quale coerentemente cassa sul punto la decisione della Corte d'appello di Firenze, «manchevole nella parte in cui omette di prendere in considerazione la possibilità di una prova presuntiva».

⁸¹ Cass., 29.7.2004, n. 14488, cit., 383 ss.

⁸² Cass., 14.7.2006, n. 16123, cit., 1691.

⁸³ Cass., sez. un., 22.12.2015, n. 25767, cit., 352.

⁸⁴ Cass., sez. un., 22.12.2015, n. 25767, cit., 353.

⁸⁵ Cass., sez. un., 22.12.2015, n. 25767, cit., 353.

⁸⁶ Cass., 22.11.1993, n. 11503, cit., 557 s.

⁸⁷ Cass., sez. un., 22.12.2015, n. 25767, cit., 353.

te alle ipotesi di condotta commissiva dei sanitari, i quali hanno “materialmente” causato la lesione del feto, nella vita endouterina, che determinerà una nascita malformata, causa di un’esistenza diversamente abile.

Tuttavia, dopo aver affermato che «l’astratta riconoscibilità della titolarità di un diritto (oltre che della legittimazione attiva) del figlio handicappato non trova un ostacolo insormontabile nell’anteriorità del fatto illecito alla nascita, giacché si può essere destinatari di tutela anche senza essere soggetti dotati di capacità giuridica», le sezioni unite hanno ritenuto di dover «scrutinare a fondo il contenuto del diritto che si assume lesa ed il rapporto di causalità tra condotta del medico ed evento di danno»⁸⁸.

5. *Segue*: la riaffermazione della posizione negazionista: le contraddizioni della soluzione e il discutibile ricorso alla nozione di “danno-conseguenza”.

Sotto il primo profilo, che le sezioni unite trattano in maniera assorbente, se non addirittura esclusiva rispetto al problema della causalità c.d. materiale, il concetto stesso di danno-conseguenza, «consacrato nell’art. 1223 cod. civ. e riassumibile con espressione empirica, nell’avere di meno, a seguito dell’illecito», indurrebbe a considerare il danno inscindibilmente «legato alla stessa vita del bambino; e l’assenza di danno alla sua morte»⁸⁹. Sarebbe qui che la tesi “ammissiva” incorrerebbe «in una contraddizione insuperabile: dal momento che il secondo termine di paragone, nella comparazione tra le due situazioni alternative, prima e dopo l’illecito, è la non vita, da interruzione della gravidanza»; e la non vita non potrebbe essere un bene della vita, «per la contraddizione che nol consente»⁹⁰. Quindi, il danno da esistenza diversamente abile non sarebbe risarcibile al bambino per la «inesistenza di un danno-conseguenza per effetto della mancata interruzione della gravidanza»⁹¹. Anche considerando l’art. 2043 cod. civ. norma primaria verrebbe meno, «in radice, il concetto stesso di danno ingiusto; oltre che reciso il nesso eziologico, sia pure inteso in base ai principi della causalità giuridica e nella sua ampiezza più estesa, propria della teoria della *condicio sine qua non*»⁹².

Risolto così sbrigativamente il problema di causalità, ed esaurita la questione di responsabilità sulla base della teoria della differenza tra i patrimoni (“prima e

dopo l’illecito”), le sezioni unite ripropongono gli argomenti “classici” della dottrina anti-perruchista⁹³.

L’ordinamento non riconoscerebbe «un diritto a non nascere», né «un diritto alla non vita»; e neppure varrebbe «invocare il diritto di autodeterminazione della madre, leso dalla mancata informazione sanitaria, ai fini di una propagazione intersoggettiva dell’effetto pregiudizievole»⁹⁴. Questa «formula, concettualmente fluida ed inafferrabile», pretenderebbe di «estendere al nascituro una facoltà che è concessa dalla legge alla gestante, in presenza di rigorose condizioni (...), posta in relazione di bilanciamento con un suo diritto già esistente alla salute personale, che costituisce il concreto termine di paragone positivo»⁹⁵.

E neppure varrebbe riproporre, «in senso contrario, qualche voce in dottrina, non senza echi giurisprudenziali, [che] adduce l’apparente antinomia tra la progressiva estensione del credito risarcitorio in favore del padre (Cass., sez. 3, 10.5.2002, n. 6735) e dei germani (Cass., sez. 3, 2.10.2012, n. 16754) ed il perdurante diniego opposto al figlio, primo interessato dalle patologie prese in considerazione dalla norma: argomento, suggestivo ed impressionistico, ma di nessun pregio giuridico, restando al livello di constatazione empirica, senza adeguato apprezzamento delle diverse premesse in diritto»⁹⁶. Malgrado questi parenti non abbiano «nessuna voce in capitolo (...) in ordine alla scelta abortiva», e nonostante «possano godere, di fatto, di un trattamento probatorio perfino più favorevole che non la madre, perché esenti dall’onere di provare lo stesso pericolo per la propria salute contemplato dall’art. 6 l. cit.», soltanto «per i predetti soggetti, e non pure per il nato malformato», potrebbe configurarsi «un danno-conseguenza, apprezzabile tramite comparazione tra due situazioni soggettive omogenee: la qualità della vita prima e dopo la nascita del bambino handicappato»⁹⁷.

Il «contrario indirizzo giurisprudenziale e dottrinario, favorevole alla riconoscibilità di una pretesa risarcitoria del nato disabile verso il medico, pur se palesi un’indubbia tensione verso la giustizia sostanziale», finirebbe con l’assegnare «al risarcimento del danno un’impropria funzione vicariale, suppletiva di misure di previdenza e assistenza sociale»⁹⁸, in particolare equiparando *quoad effectum* l’errore medico che non abbia evitato la nascita indesiderata, a causa di gravi malformazioni del feto, all’errore medico che tale malformazione abbia direttamente cagionato. Conclusione, questa, che non potrebbe essere condivisa, «ad

⁸⁸ Cass., sez. un., 22.12.2015, n. 25767, cit., 353.

⁸⁹ Cass., sez. un., 22.12.2015, n. 25767, cit., 353 s.

⁹⁰ Cass., sez. un., 22.12.2015, n. 25767, cit., 354.

⁹¹ Cass., sez. un., 22.12.2015, n. 25767, cit., 355.

⁹² Cass., sez. un., 22.12.2015, n. 25767, cit., 354.

⁹³ Per una disamina dei quali, già FEOLA, *Il danno da perdita di*

chances, ESI, 2004, 324 ss.

⁹⁴ Cass., sez. un., 22.12.2015, n. 25767, cit., 354.

⁹⁵ Cass., sez. un., 22.12.2015, n. 25767, cit., 354.

⁹⁶ Cass., sez. un., 22.12.2015, n. 25767, cit., 354.

⁹⁷ Cass., sez. un., 22.12.2015, n. 25767, cit., 354.

⁹⁸ Cass., sez. un., 22.12.2015, n. 25767, cit., 355 s.

onta delle fitte volute concettualistiche che la sorreggono, stante la profonda eterogeneità delle situazioni in raffronto e la sostanziale diversità dell'apporto causale nei due casi»⁹⁹.

Tale soluzione non potrebbe non «soppesare altresì il rischio di una reificazione dell'uomo, la cui vita verrebbe ad essere apprezzabile in ragione dell'integrità psico-fisica: deriva eugenica, certamente lontanissima dalla teorizzazione dottrinarica del c.d. diritto di non nascere, ma che pure ha animato, ad es., il dibattito oltralpe». Da qui la «chiara negazione che la vita di un bambino disabile possa mai considerarsi un danno»¹⁰⁰.

Come appare evidente, l'intera motivazione fornita dalle sezioni unite ruota intorno al celeberrimo interrogativo posto, all'epoca, da François Chabas e sintetizzato nella locuzione: «*Est-ce un préjudice que de naître, au lieu de ne pas naître?*»¹⁰¹. Ma a tale malintesa¹⁰² domanda retorica sembra, ancora una volta, di dover rispondere, con C. Radé, «*Être ou ne pas naître? Telle n'est pas la question!*»¹⁰³. Il voler «rifiutare di ammettere che un handicap sia, per l'handicappato medesimo, un "danno", risulta essere (...) un puro e semplice sofisma»¹⁰⁴. Ancora una volta «è non la "vita" dell'handicappato che si tratta di assimilare a un danno, ma il suo handicap»¹⁰⁵. Riconoscere, come propongono la giurisprudenza francese e le stesse sezioni unite, che entrambi i genitori subiscono, per il fatto della nascita del figlio malformato, danni patrimoniali e non patrimoniali risarcibili, significa ammettere la riparazione di *dommages par ricochet* senza che sia considerato risarcibile il pregiudizio alla vittima diretta. Ma «non può esservi un danno *par ricochet* senza un *dommage immédiat*»¹⁰⁶. Quindi, «il riconoscimento dell'esistenza del danno dei genitori implica *a fortiori* quello del pregiudizio del bambino»¹⁰⁷.

Le sezioni unite ammettono che i due «contrapposti indirizzi di pensiero» si ispirano a riflessioni giuridiche e meta-giuridiche «financo filosofiche ed etico-religiose, di irriducibile antinomia: segnati spesso da accese intonazioni polemiche in una pubblicistica ideologicamente schierata, in favore o contro la presunzione *juris et de jure* di preferibilità della vita, per quanto mala-

ta»¹⁰⁸. Tuttavia, malgrado, nelle premesse, si siano prefisse di evitare «un approccio di carattere eminentemente giuspolitico – che appartiene [soltanto] al legislatore»¹⁰⁹, appare evidente come «l'interpretazione della disciplina vigente» sia condotta sulla base di un'esplicita opzione ideologica, che richiama inevitabilmente quelle riflessioni «filosofiche ed etico-religiose» dalle quali si sarebbe voluto prescindere.

L'*Assemblée plénière*, infatti, proprio sulla base dell'interpretazione dei valori e delle regole giuridiche che caratterizzano il diritto d'oltralpe era giunta alla conclusione opposta. Soluzione poi ribaltata da una precisa scelta politico-ideologica del Parlamento francese, sotto la Presidenza di Jacques Chirac, che imponeva il c.d. «dispositivo anti-Perruche» nell'art. 1 della *Loi Kouchner* (l. 303/2002 del 4.3.2002).

In Italia, invece, le sezioni unite hanno operato in senso opposto. In assenza di un'analoga normativa, individuano la soluzione negativa sulla base di una discutibile ermeneutica, offrendo a conferma della loro ricostruzione «spunti di comparazione» senz'altro «semplicitistici»¹¹⁰ attraverso i quali si fa propria la scelta politico-religiosa del legislatore francese. Il ricorso all'analisi comparativa appare viziato sotto il profilo metodologico, risultando esclusivamente finalizzato a suffragare, con un «uso normativo»¹¹¹, la tesi negazionista, attraverso l'automatica trasposizione, in Italia, di una scelta di *policy* del legislatore francese e con la citazione di sporadiche decisioni, «peraltro alquanto datate (...), pur nella consapevolezza che sussistano (...) differenti soluzioni "in singoli stati"»¹¹².

Nella sentenza n. 16754/2012, invece, si era superato l'unico argomento cardine della tesi negativa, ovvero l'impossibilità di individuare un danno-conseguenza, proprio rifiutandosi di confrontare essere e non essere, poiché «ciò che è giuridicamente inqualificato non ha cittadinanza nel mondo del diritto». Il medico «non è certo responsabile della vita, perché questa non può costituire un pregiudizio, né dell'handicap, perché questo risiede nel patrimonio genetico del feto, mentre è sì responsabile dello "stato funzionale di infermità" e della "condizione evolutiva della vita handicappata", "in-

⁹⁹ CASS., sez. un., 22.12.2015, n. 25767, cit., 355 s.

¹⁰⁰ Le due espressioni tra virgolette sono tratte da CASS., sez. un., 22.12.2015, n. 25767, cit., 356.

¹⁰¹ Note a CASS., ass. plén., 17.11.2000, cit., 2309.

¹⁰² Così D. MAZEAUD, *Réflexions sur un malentendu*, in *Dalloz*, 2001, *Jur. comm.*, 332 ss.; FABRE-MAGNAN, *Avortement*, cit., 287; VINEY, *Brèves remarques à propos d'un arrêt qui affecte l'image de la justice dans l'opinion*, in *Sem. jur.*, 2001, I, 286, 65 s.

¹⁰³ RADÉ, *Être ou ne pas naître? Telle n'est pas la question!*, in *Resp. civ. ass.*, janv. 2001, 4.

¹⁰⁴ VINEY-JOURDAIN, *Les conditions*, cit., 17.

¹⁰⁵ *ID.*, *op. loc. ult. cit.*

¹⁰⁶ *ID.*, *op. loc. ult. cit.*

¹⁰⁷ *ID.*, *op. loc. ult. cit.*

¹⁰⁸ CASS., sez. un., 22.12.2015, n. 25767, cit., 352.

¹⁰⁹ CASS., sez. un., 22.12.2015, n. 25767, cit., 352.

¹¹⁰ CACACE, *L'insostenibile vantaggio*, cit., 361.

¹¹¹ Sul punto, GAMBARO, *Il diritto comparato nelle aule di giustizia ed immediati dintorni, in L'uso giurisprudenziale della comparazione*, Giuffrè, 2004, 10 s.; PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *L'influenza della dottrina sulla giurisprudenza nella comunicazione transnazionale*, in *Annuario dir. comp.*, 2020, 493 s.

¹¹² Così FEOLA, *La circolazione dei formanti dottrinali e giurisprudenziali nel risarcimento del danno da "nascita malformata"*, in *Giureconsulti e giudici. L'influsso dei professori sulle sentenze*, II, *La dottrina nella giurisprudenza oltre i confini di spazio, giurisdizione e materia*, a cura di BAGNI, NICOLINI, PALICI DI SUNI, PEGORARO, PROCIDA MIRABELLI DI LAURO e SERIO, Giappichelli, 2016, 160 s., nel parafrasare CASS., sez. un., 22.12.2015, n. 25767, cit., 355.

tese come proiezione dinamica dell'esistenza»¹¹³. La finalità era quella di «alleviare – per via risarcitoria – una condizione di “diversità”, poiché la dignità umana sembra meglio affermata e tutelata apprestando riparazione, anziché negandola»¹¹⁴. In tal senso la riprovazione manifestata dalle sezioni unite nei confronti di una supposta “deriva eugenica” e della «possibilità di marchiare come danno la vita di un bambino disabile non è scevra da una punta di ipocrisia: un'esistenza handicappata è e rimane un danno, infatti, anche se non viene come tale risarcita, a maggior ragione se altri, nella medesima fattispecie, beneficiano di una simile liquidazione»¹¹⁵.

Se si prescinde da quelle riflessioni “filosofiche ed etico-religiose” dalle quali le sezioni unite si erano prefisse di esulare, è evidente che la liquidazione di una somma di danaro a colui che nasce affetto da gravi malformazioni, così come sempre accade «quando non sia possibile un'effettiva reintegrazione dello *status quo ante*», avrebbe «il fine e l'effetto di rendere (...) il pregiudizio (ovvero la vita menomata) più sopportabile, laddove la solidarietà sociale non riesce a garantire, invece, un'adeguata “copertura finanziaria” dell'handicap»¹¹⁶. D'altronde, la ragione «del dispendio di cotante energie» da parte delle Corti francesi, che fin dall'inizio hanno rifiutato di applicare retroattivamente l'art. 1 della *Loi Kouchner* alle domande presentate prima del 7 marzo 2002¹¹⁷, risiede proprio «nella strenua volontà di soccorrere situazioni di disagio estremo e gravissima sofferenza, anche facendo guerra al proprio legislatore»; là dove «la medesima pena, per converso, non pervade né le corti né la dottrina italiana, entrambe ben più preoccupate del *significato* simbolico, politico e giuridico di un risarcimento che della sua tangibile utilità ed urgenza»¹¹⁸.

La sentenza delle sezioni unite, però, appare censurabile non soltanto sotto l'aspetto delle scelte di *policy*, ma anche sotto il profilo della ricostruzione tecnico-giuridica. L'argomento del danno-conseguenza appare mal posto anche sotto il profilo, per così dire, formale e dogmatico. Da un lato, il danno-conseguenza rappresenta un postulato strettamente correlato alla teoria differenziale, nella misura in cui considera risarcibili soltanto le conseguenze (patrimoniali) individuabili attraverso la differenza tra i due patrimoni, prima e dopo l'evento lesivo. Dall'altro, ma tale conclusione inerisce strettamente alla precedente ricostruzione, la nozione di danno-conseguenza, anche per unanime opinione della no-

stra Cassazione, presuppone «già risolto il problema dell'imputazione – e quindi già accertata l'esistenza della responsabilità –» e si preoccupa «soltanto di determinare l'estensione della stessa, risolvendo (...) un problema che non è più di causalità, ma di ammontare del danno risarcibile»¹¹⁹. Richiamare la dottrina del danno-conseguenza, invece, ai fini dell'*an* del risarcimento, è quindi operazione del tutto inappropriata, che esula dalle funzioni che la stessa giurisprudenza attribuisce alla nozione di danno-conseguenza.

Tuttavia, v'è un'ulteriore «falla», un ulteriore «baco del sistema»¹²⁰: qualora la lesione dell'integrità psicofisica del nascituro sia causata “direttamente” da negligenzi interventi di sterilizzazione o di interruzione della gravidanza che provocano non soltanto la nascita del bambino, ma una “nascita malformata”, il danno è considerato risarcibile. In questi casi la causalità è certa, ma se il problema principale consiste davvero nel confronto tra l'essere e il non essere, anche in queste ipotesi il danno non dovrebbe essere risarcito in quanto l'alternativa rispetto al nascere handicappato sarebbe il “non nascere”. Le stesse sezioni unite, conformemente a consolidati orientamenti giurisprudenziali, considerano questi casi come ipotesi nelle quali il danno è risarcibile anche al minore che nasce malformato. L'argomento del danno-conseguenza, dedotto da un confronto oltremodo “filosofico” tra l'essere e il non essere, quindi, risulta essere erroneo (sotto il profilo della tecnica giuridica), speculativo (direbbero gli anglosassoni), paradossale e addirittura contraddittorio, in quanto è fonte di soluzioni antinomiche allorché la condotta illecita sia commissiva od omissiva. Diversamente, si finirebbe «per esonerare il medico dalla responsabilità per le conseguenze pregiudizievoli della sua negligente condotta, “per il solo fatto” di aver consentito di aver *arretrato* la vita»¹²¹.

Allora, forse, il vero problema non è quello del danno-conseguenza, ma è quello della causalità, e ciò rimanda, per le contrapposte opinioni, alle considerazioni già svolte¹²².

Per le sezioni unite, non è vero che la “nascita malformata” e la “esistenza diversamente abile” che ne consegue non rappresentino un danno risarcibile. Lo sono per la gestante, per il marito e persino per i fratelli e per le sorelle, ma non per il bambino che nasce malformato. Ma proprio in questa soluzione, paludata da una presunta “neutralità”, risiede un vero e proprio

¹¹³ CACACE, *op. ult. cit.*, 361, nel citare Cass. n. 16754/2012, cit.

¹¹⁴ EAD., *op. loc. ult. cit.*; e già SARGOS, *Rapport*, cit., 2302.

¹¹⁵ EAD., *op. loc. ult. cit.*

¹¹⁶ EAD., *op. ult. cit.*, 362.

¹¹⁷ Già, Cass., 24.1.2006, in *Sem. jur.*, 2006, II, 10062, con nota di GOUTTENOIRE-S. PORCHY SIMON; CONS. ÉTAT, 24.2.2006, in *Resp. civ. et ass.*, 2006, comm. n° 127, con il commento di RADÉ.

¹¹⁸ CACACE, *op. ult. cit.*, 363.

¹¹⁹ Così Cass., 16.10.2007, n. 21619, in *Corr. giur.*, 2008, 39, con nota di BONA, *Causalità civile: il decalogo della Cassazione a due “dimensioni di analisi”*; Cass., sez. un., 11.1.2008, n. 581, cit., 453 ss.

¹²⁰ Le parole tra virgolette sono di CACACE, *op. ult. cit.*, 361.

¹²¹ EAD., *op. ult. cit.*, 362.

¹²² FEOLA, *Violazione*, cit., 617 ss.; EAD., *Essere o non essere*, cit., 393 ss.

paradosso giuridico ed assiologico, insostenibile proprio “per la contraddizione che nol consente”.

6. I danni (patrimoniali e non patrimoniali) risarcibili. Il danno da nascita malformata quale danno dinamico-relazionale che ha ad oggetto una “esistenza diversamente abile”.

Il recente “decalogo” disposto dalla Cassazione in tema di riparazione dei danni non patrimoniali apporta ulteriori argomenti alla risarcibilità del danno da esistenza diversamente abile, là dove, qualificando il danno biologico risarcibile come danno-conseguenza necessariamente dinamico-relazionale¹²³, supera la posizione delle sezioni unite che ha fondato la soluzione negazionista proprio sulla pretesa «inesistenza di un danno-conseguenza»¹²⁴. Nella stessa linea va considerata l’ulteriore risarcibilità del danno morale, rappresentando «il dolore interiore e/o la significativa alterazione della vita quotidiana» un danno «diverso» e perciò autonomamente risarcibile¹²⁵.

In proposito, però, è necessario distinguere i danni patiti dalla gestante (in base alla responsabilità contrattuale della struttura pubblica o privata ed a quella extra-contrattuale del sanitario che non abbia agito nell’adempimento di obbligazioni contrattuali assunte con il paziente: art. 7, commi 1°-3°, l. n. 24/2017), dal coniuge ed, eventualmente, dai germani del bambino (in virtù degli effetti di protezione del contratto nei confronti di terzi), dai danni risarciti *iure proprio* al minore nato malformato (sul fondamento sia pure di una responsabilità delittuale da inadempimento), non tanto per le differenti qualificazioni della responsabilità, quanto per il diverso “oggetto” degli eventi dannosi che devono essere presi in considerazione (e, quindi, valutati e liquidati) ai fini della riparazione.

Il risarcimento alla donna ed al coniuge, come già precisato dalla Cassazione in una precedente decisione¹²⁶, deve avere ad oggetto sia i danni patrimoniali sia i danni non patrimoniali.

Con riferimento ai primi, la Suprema Corte ha già affermato che il risarcimento deve «tener conto, non solo del “differenziale” tra la spesa necessaria per il

mantenimento di un figlio “sano” e la spesa per il mantenimento di un figlio affetto da *deficit*», ma dell’«intero (...) costo economico che altrimenti non avrebbe avuto»¹²⁷.

In proposito, recenti sentenze della Cassazione, in presenza di gravi malformazioni del bambino conseguite a diagnosi erronee e, più in generale, alla violazione delle obbligazioni d’informazione nei riguardi della gestante, hanno deciso che «il danno consistente nelle spese per assistenza personale, patito dalla vittima di lesioni personali, va liquidato ai sensi dell’art. 1223 cod. civ. stimando il costo presumibile delle prestazioni di cui la vittima avrà bisogno in considerazione delle menomazioni da cui è afflitta, rapportato alla durata presumibile dell’esborso. Il risarcimento così determinato è dovuto per intero, senza alcuna riduzione percentuale corrispondente al grado di invalidità permanente patito dal danneggiato»¹²⁸. Ciò significa che l’onere economico relativo a tale forma di assistenza, accertato dal giudice dopo aver valutato un serie di fattori concorrenti (grado di invalidità, abitazione della vittima, lavoro svolto, ecc.), «costituisce a tutti gli effetti un danno risarcibile che, in assenza di concorso causale della vittima (*ex art. 1227 cod. civ.*), va liquidato per intero, perché per intero dovrà essere sostenuto dal danneggiato»¹²⁹. Il danno permanente futuro, consistente nella necessità di sostenere una spesa periodica fin quando dura la vita della persona diversamente abile, «non può essere liquidato attraverso la semplice moltiplicazione della spesa attuale per il numero di anni di vita stimata della vittima, ma va liquidato o in forma di rendita, oppure moltiplicando il danno annuo per il numero di anni per cui verrà sopportato e, quindi, abbattendo il risultato in base ad un coefficiente di anticipazione, ovvero, infine, attraverso il metodo della capitalizzazione»¹³⁰. La rendita vitalizia, che il nostro legislatore del ‘42 considerò molto opportunamente come lo strumento preferenziale per la liquidazione dei danni alla persona di carattere permanente (art. 2057 cod. civ.), si libera dalle interpretazioni ingiustificatamente restrittive o tacitamente abroganti della dottrina¹³¹ e diviene, finalmente, anche per i nostri Tribunali¹³², il metodo di liquidazione

¹²³ CASS., ord. 27.3.2018, n. 7513, cit., 843 s.; conf. CASS., 11.11.2019, n. 28988, in *Danno e resp.*, 2020, 66 ss., con nota di PONZANELLI, *Risarcimento del danno alla persona: San Martino 2019 si allontana da San Martino 2008 e conferma gli equilibri risarcitori del 2018*.

¹²⁴ CASS., sez. un., 22.12.2015, n. 25767, cit., 355.

¹²⁵ CASS., 17.1.2018, n. 901, in *Danno e resp.*, 2018, 465; CASS., 31.1.2019, n. 2788, in questa *Rivista*, 2019, I, 277, con nota di PONZANELLI, *Il nuovo statuto del danno alla persona è stato fissato, ma quali sono le tabelle giuste?* Per una ricostruzione del “nuovo” sistema del danno non patrimoniale v. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Danno dinamico-relazionale, danno morale, danno “da reato” nel sistema polifunzionale delle responsabilità*, in PROCIDA MIRABELLI DI LAURO-FEOLA, *Diritto delle obbligazioni*, cit., 752 ss.

¹²⁶ CASS., 4.1.2010, n. 13, cit., 700.

¹²⁷ CASS., 4.1.2010, n. 13, cit., 700.

¹²⁸ CASS., 3.7.2019, n. 17815, in POIATTI, *La critica al danno da nascita indesiderata e la complessità del danno permanente futuro*, in *Danno e resp.*, 2021, 92.

¹²⁹ EAD., *op. loc. cit.*

¹³⁰ CASS., 6.7.2020, n. 13881, *ibidem*, 89.

¹³¹ Così già, PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *La riparazione dei danni alla persona*, ESI, 1993, 306 s. Un’abrogazione tacita per desuetudine dell’art. 2057 è stata sostenuta da POGLIANI, *Responsabilità e risarcimento da illecito civile*, Giuffrè, 1964, 366; considerava la rendita un «modo eccezionale di risarcimento», DE CUPIS, *Il danno. Teoria generale della responsabilità civile*, II, Giuffrè, 1979, 280.

¹³² Per le cit. della giur. di merito, v. POIATTI, *op. cit.*, 93 s., nt. 16.

più adatto che, permettendo di riequilibrare la somma predeterminata sulla base, da un lato, dei fattori imprevedibili dei flussi monetari (svalutazione, ad es.), dall'altro, del miglioramento o del peggioramento della stato di salute della vittima legato all'evoluzione della malattia, minimizza l'incertezza del danno permanente futuro e garantisce al danneggiato la giusta riparazione¹³³.

Nel liquidare il danno non patrimoniale dei coniugi, «indipendentemente da un danno morale o biologico, peraltro sempre possibile»¹³⁴, la Cassazione risarcisce specificatamente quel danno dinamico-relazionale consistente nel «condurre giorno per giorno, nelle occasioni più minute come in quelle più importanti, una vita diversa e peggiore (...) di quella che avrebbe[ro] altrimenti condotto»¹³⁵. Il medesimo danno potrebbe essere risarcito¹³⁶ anche ai fratelli e sorelle del minore nato malformato, una volta che la Suprema Corte ha inserito «a pieno titolo»¹³⁷ anche costoro tra i soggetti protetti dal contratto. Danno consistente nella «inevitabile, minor disponibilità dei genitori nei loro confronti, in ragione del maggior tempo necessariamente dedicato al figlio affetto da *handicap*», nonché «nella diminuita possibilità di godere di un rapporto parentale con i genitori stessi costantemente caratterizzato da serenità e distensione»¹³⁸.

Quindi, alla luce del nuovo orientamento della Cassazione in tema di danno non patrimoniale, il risarcimento dovuto ai genitori ed ai germani, come già descritto dalle sentenze appena citate, ha ad oggetto un danno dinamico-relazionale non biologico consistente nella «“ordinaria” compromissione delle attività quotidiane»¹³⁹, nella «significativa alterazione della vita quotidiana»¹⁴⁰. Con riferimento alla madre, poi, potrà essere risarcito anche il danno biologico dinamico-relazionale specificamente previsto dagli artt. 4 e 6 della l. n. 194/1978, allorché il «grave pericolo per la salute fisica o psichica della donna» (art. 6, lett. *b*) si sia tradotto in una patologia accertata e valutata in sede medico-legale. La liquidazione di questi danni dinamico-relazionali non impedisce di risarcire anche il danno morale, poiché, in entrambi i casi, non costituisce duplicazione risarcitoria la distinta ed autonoma liquidazione «dei pregiudizi patiti dalla vittima nella relazione con sé stessa (la sofferenza interiore e il sentimento di afflizione in tutte le sue possibili forme, id est il danno morale interiore)»¹⁴¹.

Riguardo ai danni risarcibili direttamente al minore

v'è da rilevare, innanzitutto, che le sezioni unite, ribaltando la soluzione affermativa¹⁴², hanno riconfermato la posizione tradizionale, contraria a riconoscere al bambino nato malformato la risarcibilità del danno da «esistenza diversamente abile», ma limitatamente al caso in cui tali danni siano stati «causati» dalla violazione di obbligazioni d'informazione che abbiano impedito alla donna, sussistendo i requisiti richiesti dalla legge, di procedere all'interruzione della gravidanza, o di decidere per la non procreazione del figlio. Malgrado tale indirizzo non sia condivisibile, prestandosi a molteplici rilievi critici, il giurista, allo stato, non può che prenderne atto, pur auspicando una ulteriore riflessione che possa condurre ad un nuovo *revirement*. Nei casi in cui, invece, la «nascita malformata» sia stata causata da un condotta commissiva negligente, imperita e/o imprudente, come la somministrazione di un farmaco contro la sterilità potenzialmente teratogeno, la Cassazione ha quantificato, nel lontano 2009, in lire 2.152.400.000 il danno non patrimoniale risarcibile ai genitori nella qualità di legali rappresentanti del minore, mentre ha liquidato somme assai più contenute (lire 78.037.000, e lire 41.508.000, a favore della madre e del padre) a titolo di danni non patrimoniali subiti *iure proprio* dai singoli genitori¹⁴³.

Il dato serve a porre in evidenza l'enorme differenza che v'è nella liquidazione del danno biologico dinamico-relazionale del minore rispetto ai danni dinamico-relazionali non biologici patiti dai genitori. Tuttavia v'è da rilevare che tale liquidazione fu effettuata prima che la Cassazione disponesse l'autonoma risarcibilità dei danni dinamico-relazionali (biologici e non biologici) e di quelli morali. Oggi, la liquidazione di questi danni non patrimoniali non potrebbe non tener conto di quanto disposto dalla Cassazione nel celeberrimo «decalogo»¹⁴⁴, anche in virtù dell'esplicito richiamo (contenuto nell'art. 7, comma 4°, l. n. 24/2017) agli artt. 138 e 139 cod. ass., così come modificati dalla l. n. 124/2017.

La Suprema Corte, già nella sentenza n. 16754/2012, aveva indicato ulteriori specifici elementi che devono essere oggetto di risarcimento. Non aveva limitato il danno non patrimoniale subito dal minore «nato malformato» al solo danno biologico, bensì aveva individuato l'evento dannoso nella lesione della salute «non soltanto nella sua dimensione statica di assenza di malattia, ma come condizione dinamico/funzionale di benessere psico-fisico»¹⁴⁵. Oltre alla «malformazione in

¹³³ PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Dalla responsabilità civile alla sicurezza sociale*, ESI, 1991, 68 ss.; ID., *La riparazione*, 306 ss., *passim*.

¹³⁴ CASS., 4.1.2010, n. 13, cit., 701.

¹³⁵ CASS., 4.1.2010, n. 13, cit., 699 s.

¹³⁶ Così CASS., 4.1.2010, n. 13, cit., 699.

¹³⁷ CASS., 2.10.2012, n. 16754, cit., 178.

¹³⁸ CASS., 2.10.2012, n. 16754, cit., 178.

¹³⁹ CASS., 27.3.2018, n. 7513, cit., 843.

¹⁴⁰ CASS., 17.1.2018, n. 901, cit., 465.

¹⁴¹ CASS., 27.3.2018, n. 7513, cit., 845.

¹⁴² Disposta, invece, da CASS., 2.10.2012, n. 16754, cit., 178 ss.

¹⁴³ CASS., 11.5.2009, n. 10741, cit., 94.

¹⁴⁴ CASS., 27.3.2018, n. 7513, cit., 845.

¹⁴⁵ CASS., 2.10.2012, n. 16754, cit., 193.

sé considerata», ovvero oltre alla «infermità intesa in senso naturalistico (o secondo i dettami della scienza medica)», il risarcimento deve essere «funzionale ad alleviare sofferenze e infermità, talora prevalenti sul valore della vita stessa», in quanto «il vivere una vita malformata è di per sé una condizione esistenziale di potenziale sofferenza»¹⁴⁶. Tale posizione si allinea perfettamente alla più recente giurisprudenza della Cassazione che, proprio nel ridefinire lo “statuto” dei danni non patrimoniali, considera i danni dinamico-relazionali, biologici e non, e quelli morali come pregiudizi non patrimoniali «ontologicamente diversi e tutti risarcibili»¹⁴⁷.

La “nascita malformata”, quindi, è causa di una “esistenza diversamente abile”. Il definire questa figura di danno con riferimento al primo enunciato, piuttosto

che al secondo, significa non già voler limitare l’area della risarcibilità ai soli aspetti biologici e “passati” della lesione, ma individuare, con espressione di sintesi, l’evento iniziale che, a sua volta, è causa delle “conseguenze” dannose dinamico-relazionali risarcibili che sono, inevitabilmente, rivolte al presente e al futuro. Quale danno biologico dinamico-relazionale, il risarcimento, oltre a prevedere la distinta ed autonoma riparazione del danno morale, deve avere ad oggetto soprattutto l’esistenza diversamente abile, ovvero «*lo stato funzionale* di infermità, la condizione evolutiva della vita handicappata intesa 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»¹⁴⁸.

¹⁴⁶ Cass., 2.10.2012, n. 16754, cit., 191, 178.

¹⁴⁷ Così, Cass., 31.5.2018, n. 13770, cit., 456; Cass., 27.3.2018, n. 7513, cit., 845; Cass., 17.1.2018, n. 901, cit., 465 ss.; tra le tante, già Cass., 11.10.2013, n. 23147, in *Danno e resp.*, 2014, 282; Cass.,

22.8.2013, n. 19402, *ibidem*, 27 ss.; Cass., 3.10.2013, n. 22585, *ibidem*, 55 s.

¹⁴⁸ Cass., 2.10.2012, n. 16754, cit., 193 (i corsivi sono nel testo della sentenza).