

MARIA FEOLA

IL RISARCIMENTO DEL DANNO DA «NASCITA MALFORMATA»

SOMMARIO. 1. L'auspicato *revirement* della Cassazione in tema di risarcimento del danno da «nascita malformata» e il ruolo della comparazione giuridica nella soluzione dei problemi di diritto interno. – 2. Essere o non essere, non era questo il problema: la critica, da parte della Suprema corte, di Cass. n. 14488 del 2004 e l'apprezzamento della «lunga e approfondita riflessione» contenuta nella sentenza n. 10741 del 2009. – 3. La «condotta colpevole», la legittimazione soggettiva, l'evento di danno e gli interessi tutelati. – 4. La «questione giuridica essenziale»: la sussistenza del rapporto di causalità. Critica delle tesi che, ipotizzando la sola lesione della «personalità», o evocando una funzione «sanzionatoria e deterrente» della responsabilità civile, continuano a dubitare della risarcibilità del danno da «nascita malformata». – 5. Le responsabilità contrattuale ed extracontrattuale del medico e della struttura sanitaria (pubblica o privata) nei riguardi della gestante e del minore “nato malformato”. Il risarcimento del danno da «nascita malformata» come responsabilità delittuale da inadempimento. – 6. La prestazione sanitaria, tra obblighi di prestazione e obblighi di protezione. I limiti alla “contrattualizzazione” della responsabilità: la reticenza, della Cassazione, all'estensione degli effetti di protezione del contratto nei riguardi di terzi pur qualificati da uno stretto rapporto parentale. – 7. L'onere della prova nella responsabilità delittuale da inadempimento. – 8. I danni (patrimoniali e non patrimoniali) risarcibili. Il danno da «nascita malformata» quale causa di un'«esistenza diversamente abile».

1. *L'auspicato revirement della Cassazione in tema di risarcimento del danno da «nascita malformata» e il ruolo della comparazione giuridica nella soluzione dei problemi di diritto interno*

La Cassazione, con una pregevole, colta, argomentata e fondamentalmente giusta decisione¹, ha operato l'auspicato *revirement* del precedente orientamento che aveva accolto, nelle sentenze del 2004 e del 2006², in

¹ Cass., Sez. III, 2 ottobre 2012, n. 16754, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, 175 ss., da qui le ulteriori citazioni del testo della decisione.

² Cass., Sez. III, 29 luglio 2004, n. 14488, in *Danno e resp.*, 2005, 379 ss., con nota critica di M. FEOLA, *Essere o non essere: la Corte di Cassazione e il danno prenatale*; Cass., Sez. III, 14 luglio 2006, n. 16123, in *Corriere giur.*, 2006, 1691 ss., annotata, criticamente, da A. LISERRE, *Ancora in tema di mancata interruzione della gravidanza e danno da procreazione*. Mentre questo studio era in corso di pubblicazione, è intervenuta la sentenza S.U. del 22 dicembre 2015, n. 25767, che ristabilisce la regola contraria alla risarcibilità del danno da «nascita malformata». Non si potrà prendere in considerazione tale decisione. Ma essa, senza aggiungere alcuna nuova argomentazione, si limita a riecheggiare le idee espresse da Cass. n. 14488 del 2004, già esaminate in questo scritto.

maniera confusa e un po' retorica³, gli argomenti sostenuti in Francia dalla dottrina c.d. "anti-perruchista"⁴, contraria a risarcire *iure proprio* al minore il danno consistente nella sua «nascita malformata»⁵. Tale mutamento di indirizzo non è giunto del tutto inaspettato, essendosi già sottolineato come in una precedente decisione⁶ la Suprema Corte aveva posto le basi per un possibile *overruling*⁷. Pur in presenza di una fattispecie parzialmente diversa, caratterizzata da una condotta, da parte del medico, non soltanto omisiva (mancata informazione, nei riguardi della madre, sui rischi conseguenti ad una terapia contro la sterilità), ma anche commissiva (la somministrazione di farmaci potenzialmente teratogeni), la Cassazione aveva per la prima volta ammesso, sul fondamento del diritto del minore "a nascere sano", la causalità dell'inesatto adempimento degli obblighi d'informazione nei riguardi del danno subito dal minore «nato malformato».

La scelta, questa volta, di non commentare tempestivamente tale decisione (la n. 16754 del 2012) sulle riviste specialistiche di prima consultazione è stata dettata sia dalla difficoltà di muovere rilievi critici di fondo, stante la sostanziale conformità delle argomentazioni addotte dalla Cassa-

³ Riconosce il carattere «retorico» delle argomentazioni addotte da Cass., 29 luglio 2004, n. 14488, cit., 379 ss., proprio Cass., Sez. III, 2 ottobre 2012, n. 16754, cit., spec. 181 s., sulla scia di A. LISERRE, *Mancata interruzione della gravidanza e danno da procreazione*, in *Corriere giur.*, 2004, 1432. Sul punto, nella dottrina francese, D. DE BÉCHILLON, *Porter atteinte aux catégories anthropologiques fondamentales? Réflexions, à propos de la controverse Perruche, sur une figure contemporaine de la rhétorique universitaire*, in *Rev. trim. dr. civ.*, 2002, 47 ss., 49 e 69.

⁴ Tra i tanti, afferma che la sentenza resa sul caso Perruche costituisce «un errore di diritto», F. CHABAS, *Note a Cass.*, Ass. Plén., 17 novembre 2000, in *Sem. jur.*, 2000, II, *Jur.*, 10438, 2309 s. Prima che l'esperienza francese fosse sconvolta dall'*arrêt Perruche* (Cass., Ass. plén., 17 novembre 2000, in *Sem. jur.*, 2000, II, *Jur.*, 10438, p. 2309), sia il *Conseil d'État* (ad es., Cons. État, 2 juillet 1982, in *Rec. Dalloz*, 1984, *Jur.*, 425; Cons. État, 14 février 1997, in *Sem. jur.*, 1997, II, *Jur.*, 22828, 192 s.), sia le Corti d'Appello (App. Versailles, I Ch., 8 juillet 1993, in *Rec. Dalloz*, 1995, *Somm. comm.*, 98; App. Paris, I Ch., 17 décembre 1993, *ivi*, 1995, *Somm. comm.*, 99), sia la stessa Cassazione (Cass., I Ch. civ., 25 juin 1991, in *Sem. jur.*, 1992, II, *Jur.*, 21784) erano concordi nel riconoscere soltanto alla madre il risarcimento del danno morale causato dalla nascita (non voluta) di un figlio handicappato.

⁵ Così, proprio Cass., Sez. III, 2 ottobre 2012, n. 16754, cit., 195.

⁶ Cass., Sez. III, 11 maggio 2009, n. 10741, annotata, tra gli altri, da F. GALGANO, *Danno da procreazione e danno al feto, ovvero quando la montagna partorisce un topolino*, in *Contr. e impr.*, 2009, 537 ss.; da S. CACACE, *Figli indesiderati nascono. Il medico in tribunale*, in *Danno e resp.*, 2009, 1190 ss.; da M. FEOLA, *Le responsabilità del medico e della struttura sanitaria per il danno prenatale causato dall'inadempimento delle obbligazioni d'informazione (il «diritto a nascere sano»)*, in *Diritto e giur.*, 2010, 91 ss.; da F. DI CIOMMO, *Giurisprudenza-normativa e «diritto a non nascere se non sano»*. *La Corte di cassazione in vena di revirement?*, in *Danno e resp.*, 2010, 144 ss.

⁷ In questi termini, M. FEOLA, *op. ult. cit.*, 92 ss., 99 ss., e F. DI CIOMMO, *op. loc. cit.*

zione con i miei precedenti scritti in materia⁸, sia dall'esigenza di valutare, in una prospettiva più complessiva, la giurisprudenza successiva, anche sulla base di alcune delle numerose note critiche che immediatamente, ed immancabilmente (anche in considerazione dell'importanza del *revirement*), hanno costellato il panorama giuridico italiano.

Ulteriore merito della decisione è l'aver posto in evidenza il ruolo sempre più essenziale della comparazione giuridica anche nella soluzione dei problemi di diritto interno. La Suprema Corte dimostra di conoscere perfettamente – anche se attraverso la mediazione della dottrina civil-comparatistica italiana – il dibattito che si è svolto oltralpe. Risulta evidente, anzi, come proprio quest'ultimo ne abbia influenzato, sia in negativo, sia in positivo, le scelte. Si trattava non tanto di tessere le lodi, in maniera apologetica, della “giurisprudenza-normativa” quale «autonoma fonte di diritto»⁹ – affermazione, quest'ultima, del tutto evidente per il comparatista – o di evocare, non sempre a proposito, i fenomeni della «decodificazione» e della «depatrimonializzazione»¹⁰, lo stereotipato¹¹ passaggio dalla giurisprudenza degli concetti a quella degli interessi o discutibili differenze tra i diritti di *civil* e di *common law*¹², quanto di sottolineare come, soprattutto in alcuni settori del diritto civile, la comparazione consenta anche di ideare «una specie di diritto comune, superiore alle diversità legislative, e destinato per conseguenza a servire di diritto sussidiario, per la giurisprudenza di ogni Stato»¹³. La grande intuizione di René Saleilles fondata, per un verso, sulla teoria della sussidiarietà della scienza del *Deutsches Privatrecht*, per altro verso, sulla dottrina del diritto comune consuetudinario francese del XVI secolo e sugli Autori che, nei secoli XVII e XVIII, avevano posto in luce i tratti di rassomiglianza tra la giurisprudenza dei *pays de cou-*

⁸ Oltre alle opere già citate, cfr. M. FEOLA, *Violazione degli obblighi d'informazione e responsabilità del medico per il danno prenatale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2004, 589-629, al quale si rinvia per ulteriori rilievi e citazioni.

⁹ Così, invece, Cass., Sez. III, 11 maggio 2009, n. 10741, in *Diritto e giur.*, 2010, 103.

¹⁰ Ancora Cass., 11 maggio 2009, n. 10741, cit., 103. “Decodificazione” e “depatrimonializzazione” sono, altresì, concetti che evocano importanti orientamenti propugnati dalla nostra dottrina giuridica [sulla prima nozione, soprattutto gli scritti di N. IRTI, *L'età della decodificazione*, Milano, 1979, *passim*; ID., *Leggi speciali (Dal mono-sistema al poli-sistema)*, in *Riv. dir. civ.*, 1979, I, 145 ss.; sulla seconda, P. PERLINGIERI, «Depatrimonializzazione» e diritto civile, in *Rass. dir. civ.*, 1983, 1 ss.; C. DONISI, *Verso la «depatrimonializzazione» del diritto privato*, *ivi*, 1980, 644 ss.]. Afferma, tuttavia, che la Cassazione avrebbe potuto risolvere la questione senza «intraprendere discorsi sui massimi sistemi», F. GALGANO, *op. cit.*, 537.

¹¹ Sul ruolo degli stereotipi nell'analisi giuridica, M.R. MARELLA e G. MARINI, *La costruzione sociale del danno ovvero l'importanza degli stereotipi nell'analisi giuridica*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1999, 3 ss.

¹² Cfr. Cass., 11 maggio 2009, n. 10741, cit., 103 s.

¹³ Così, già, S. GALGANO, *Sulla “funzione giuridica” del Diritto privato comparato. A proposito di uno scritto di R. Saleilles*, in *Riv. giur. d'Italia*, 1915, n. 4, c. 60.

tume e quella dei *pays de droit écrit*¹⁴, sebbene affermata oltre un secolo fa, può trovare ancora un suo riscontro nei moderni diritti europei nei quali, nel rispetto dei «valori» ordinamentali», «il primato della legge passa necessariamente attraverso l'attività ermeneutica del giudice»¹⁵, essendo innegabile l'apporto creativo «della giurisprudenza, in specie di legittimità nell'espletamento della funzione di “nomofilachia”»¹⁶. Esemplare, in proposito, l'itinerario percorso in questi ultimi centosettanta anni dalla Corte di Cassazione francese, la quale ha felicemente proseguito «l'opera del legislatore», dando vita a «nuove regole, più dettagliate e meno generali di quelle legali, ma partecipi – per il resto – della stessa natura e struttura delle regole legali»¹⁷.

A tal proposito occorre ricordare che, in uno scritto pubblicato verso la metà degli anni '80, nel rammentare che il diritto commerciale era rinato «come diritto naturalmente transnazionale»¹⁸, si era autorevolmente sottolineato che la comparazione poteva assolvere, per l'intero diritto privato, alla precipua funzione di porre in evidenza lo «specifico» giuridico dei singoli istituti, pur senza trascurare gli elementi «non strettamente giuridici, ma sociologici, economici, politici»¹⁹. Soltanto lo studio comparativo dei diritti poteva favorire il superamento della concezione dell'ordinamento giuridico statale come ordinamento “chiuso” e autosufficiente, «e, quindi, l'abolizione della separazione rigida tra i diversi ordinamenti giuridici statuali con il ritorno a qualcosa di analogo a quello *ius commune*, che circolava liberamente in Europa fino all'epoca della codificazione e del nazionalismo giuridico»²⁰.

2. Essere o non essere, non era questo il problema: la critica, da parte della Suprema corte, di Cass. n. 14488 del 2004 e l'apprezzamento della «lunga e approfondita riflessione» contenuta nella sentenza n. 10741 del 2009

Prima di procedere alla ricostruzione della problematica in termini del tutto innovativi rispetto al suo precedente orientamento, la Cassazione sottopone ad una penetrante discussione critica le argomentazioni addotte nella sentenza n. 14488 del 2004, dando prova di un'approfondita cono-

¹⁴ Su tale dibattito, si rinvia a S. GALGANO, *op. cit.*, c. 61 ss.; in argomento, A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Il diritto comparato tra storia e futuro*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2010, 319 ss.

¹⁵ Ancora, Cass., 11 maggio 2009, n. 10741, *cit.*, 104 e 105.

¹⁶ Cass., 11 maggio 2009, n. 10741, *cit.*, 103.

¹⁷ In questi termini, R. SACCO, *Introduzione al diritto comparato*, in *Tratt. di dir. comp.* diretto da R. Sacco, Torino, 1992, 229.

¹⁸ D. CORAPI, *Lo studio e l'insegnamento del diritto privato comparato nelle Università italiane*, in *Rass. dir. civ.*, 1986, 435.

¹⁹ D. CORAPI, *op. cit.*, 438 e 439.

²⁰ D. CORAPI, *op. ult. cit.*, 441.

scenza delle opinioni già espresse in dottrina. In presenza di un sempre più frequente, sovente quasi esplicito, e proficuo riferimento, da parte della nostra giurisprudenza, anche di legittimità, agli orientamenti della letteratura giuridica, così come accade proprio nella sentenza n. 16754 del 2012, la quale rappresenta un modello notevole in materia²¹, occorre forse interrogarsi sulla perdurante attualità del divieto di citazione della dottrina nel corpo delle sentenze, che sembra ormai privo di ogni meritoria finalità, potendo anzi essere avvertito come un ostacolo al trasparente e corretto esercizio del diritto di difesa.

Il ricorso al contratto con effetti protettivi per terzi, così come proposto nella sentenza del 2004, al fine di estendere la responsabilità contrattuale al solo coniuge della donna, viene considerato, sulla scia della dottrina²², un artificio che “indeboliva” «la soluzione del diniego dell’analogia pretesa fatta valere dai genitori a nome della figlia», in quanto quest’ultima «a più forte ragione doveva ritenersi ricompresa nella cerchia dei suddetti terzi danneggiati», essendo il padre «non legittimato in alcun modo ad interloquire sull’interruzione della gestazione (e ciò nondimeno “egualmente protetto dal contratto originario”)»²³. La soluzione elaborata dalla Cassazione era stata considerata «contraddittoria»²⁴, risultando ammessa o esclusa l’estensione dell’effetto di protezione a seconda che la condotta colposa del medico si risolvesse in un’azione o nell’omissione di informazioni doverose. In entrambi i casi, però, si era in presenza di «un medesimo inadempimento»²⁵.

Così, il preteso «argomento cardine» costituito dalla conclamata inesistenza, nel nostro ordinamento, di un diritto a non nascere se non sano è considerato «affermazione meramente retorica»²⁶ e quindi «elusiva del grave problema posto a quel tempo al collegio»²⁷. Si ricorda, inoltre, come «perplexità vennero sollevate» in dottrina in ordine alla pretesa assenza di

²¹ E che, proprio per questo motivo, è stata individuata per essere oggetto di approfondimento nell’ambito di un’importante ricerca (PRIN 2010-1011 su «Corti, dottrina e società inclusiva: l’impatto dei formanti dottrinali sulle Corti di vertice»).

²² Già A. LISERRE, *Mancata interruzione*, cit., 1431, e M. FEOLA, *Essere o non essere*, cit., 392.

²³ Così, Cass., 2 ottobre 2012, n. 16754, cit., 181. In proposito si era, a suo tempo, rilevato come la Suprema Corte non avesse spiegato «in maniera convincente perché» dovesse «essere considerato terzo protetto dal contratto il coniuge della donna e non anche il minore», «se è vero che è soprattutto l’interesse della gestante alla tutela del neonato a rilevare in funzione dell’estensione degli effetti di protezione» (M. FEOLA, *op. loc. ult. cit.*; e già C. CASTRONOVO, *Le due specie della responsabilità civile e il problema del concorso*, in *Europa e dir. priv.*, 2004, 89, in nota 47).

²⁴ M.R. MARELLA, *Le conseguenze «non patrimoniali» dell’inadempimento. Una tassonomia*, in *Colloqui in ricordo di M. Giorgianni*, Napoli, 2007, 197, in nota 81; e già, M. FEOLA, *op. ult. cit.*, 392 s.

²⁵ M.R. MARELLA, *op. loc. cit.*

²⁶ In proposito, v., *retro*, la nota 3.

²⁷ Cass., 2 ottobre 2012, n. 16754, cit., 181 e 182.

un interesse protetto, in quanto, in tal guisa, la contestata sentenza «postulava una valutazione di “non ingiustizia” del danno estranea all’ambito della responsabilità contrattuale (lasciando così il fanciullo handicappato senza alcuna tutela nei casi di abbandono, di cattiva amministrazione o di premorienza dei genitori)»²⁸.

La questione non consiste «nell’affermare o nel negare pretesi diritti di nascere (o di non nascere, o di non “nascere handicappato”) o di morire (o di non morire), né di valutare quanto valga il “non-essere” rispetto all’“essere” (handicappato)»²⁹, posto che «il vivere una vita malformata è *di per sé* una situazione esistenziale negativa, onde il danno ingiusto risarcibile – provocato da un’azione comunque colpevole altrui – consisterebbe nell’obiettività del vivere male indipendentemente dalle alternative a disposizione»³⁰. A seguito della nascita, «la questione non è più quella della sua venuta al mondo, ma soltanto quella del suo handicap»³¹.

«Poco convincenti» sono apparse, altresì, le avverse «obiezioni che paventavano un potenziale quanto “innaturale” diritto risarcitorio del minore esercitabile nei confronti della madre»³². Danni, questi, «in realtà irrisarcibili per l’assenza di una condotta colposa» e dell’ingiustizia del danno, essendo la donna, «inevitabilmente, il solo legittimo destinatario del diritto a decidere se procedere o no all’interruzione della gravidanza»³³.

²⁸ Cass., 2 ottobre 2012, n. 16754, cit., 182; e già, sui diversi aspetti, M. FEOLA, *op. ult. cit.*, 394; EAD., *Violazione*, cit., 616. Nella dottrina francese, G. VINEY et P. JOURDAIN, *Les conditions de la responsabilité*, in *Traité de droit civil* sous la direction de J. Ghestin, Paris, II éd., 1998, 18; M. FABRE-MAGNAN, *Avortement et responsabilité médicale*, in *Rev. trim. dr. civ.*, 2001, 307.

²⁹ Ora, Cass., 2 ottobre 2012, n. 16754, cit., 182; conf., M. FEOLA, *Essere o non essere*, cit., 394; EAD., *Violazione*, cit., 615; EAD., *La responsabilità del medico per il danno prenatale*, in A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO e M. FEOLA, *La responsabilità civile*, Torino, 2008, 255, ove si riporta tra virgolette, traducendola, un’espressione di M. FABRE-MAGNAN, *op. cit.*, 291. In prospettiva analoga, A. LISERRE, *op. ult. cit.*, 1432.

³⁰ Cass., 2 ottobre 2012, n. 16754, cit., 182; e già, P.G. 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 A. D’Angelo, Milano, 1999, 298.

³¹ Cass., 2 ottobre 2012, n. 16754, cit., 182; e già M. FEOLA, *Essere o non essere*, cit., 394, che cita tra virgolette, traducendola, un’espressione di M. FABRE-MAGNAN, *op. cit.*, 308. In maniera simile, anche G. VINEY et P. JOURDAIN, *op. cit.*, 15, per i quali il «*danno non deriva dalla vita del fanciullo, ma dal suo handicap*, ed è proprio quest’ultimo che permette di giustificare il risarcimento» (il corsivo è degli A.).

³² Cass., 2 ottobre 2012, n. 16754, cit., 182; così, M. FEOLA, *op. loc. ult. cit.*; EAD., *Violazione*, cit., 616, che condivide il pensiero di M. FABRE-MAGNAN, *op. cit.*, 301. Le ipotesi “assai poco convincenti” erano state prospettate da F. CHABAS, *Note*, cit., 2311.

³³ Cass., 2 ottobre 2012, n. 16754, cit., 182; conf. M. FEOLA, *Essere o non essere*, cit., 394, ed EAD., *Violazione*, cit., 617, ove si citano, tra virgolette, traducendole, due espressioni di M. FABRE-MAGNAN, *op. loc. ult. cit.* Nello stesso senso, P. SARGOS, *Rapport a Cass.*, Ass. plén., 17 novembre 2000, in *Sem jur.*, 2000, II, *Jur.*, 10438, 2297.

La Cassazione, a differenza della sentenza del 2004, che «non affrontò specificamente il problema», pone al centro dell'indagine «quella che venne (del tutto condivisibilmente) ritenuta da più parti la questione giuridica essenziale, quella, cioè, del rapporto di causalità»³⁴. In proposito, lungi dall'esaurire la problematica in una prospettiva di «*biologisation du droit*»³⁵, la Suprema corte ricorda come si fosse proposto di esaminare la questione «sotto un profilo rigorosamente giuridico, così come accade ad esempio in caso di contagio da trasfusione, ove la causa “biologica” della malattia è certamente il virus HIV o HCV, ma nessuno dubita che la responsabilità vada imputata, sulla base di un criterio di causalità giuridicamente rilevante, a quel soggetto (pubblico o privato) che, con la sua colpevole omissione, abbia provocato, reso possibile o non impedito il contagio»³⁶.

A fronte delle critiche rivolte alla decisione del 2004, la Cassazione apprezza, invece, la «lunga e approfondita riflessione» contenuta nell'«*iter* motivazionale della sentenza del 2009»³⁷. Con particolare riguardo alla «grande novità» consistente «nel riconoscimento che gli effetti protettivi del rapporto obbligatorio (contrattuale o da cd. “contatto sociale”) instaurato tra la paziente e i sanitari che la assistono durante la gestazione si producono non solo a favore del marito, bensì anche del figlio»³⁸. «Per la prima volta» questo giudice di legittimità si è spinto, sia pur in presenza di una fattispecie parzialmente diversa, «a valutare l'incidenza della nascita di un bambino in condizioni menomate sul piano dell'esistenza dell'intera famiglia, e non più solo della coppia, riconoscendo un autonomo diritto al risarcimento anche al protagonista principale di una vicenda di danno pre-

³⁴ Cass., 2 ottobre 2012, n. 16754, cit., 182; e già, M. FEOLA, *Essere o non essere*, cit., 397, ove si afferma che «La questione giuridica preminente in materia di responsabilità del medico nei confronti del fanciullo handicappato è quella che concerne la sussistenza del rapporto di causalità».

³⁵ Cass., 2 ottobre 2012, n. 16754, cit., 183. L'espressione francese citata dalla Cassazione è del *Doyen* Nerson la quale, a sua volta, è ricordata da P. SARGOS, *op. cit.*, 2299, e riportata da M. FEOLA, *op. loc. ult. cit.*

³⁶ Cass., 2 ottobre 2012, n. 16754, cit., 183; così, testualmente, già M. FEOLA, *Violazione*, cit., 619, ove si afferma che «Il problema del nesso causale deve essere riguardato sotto il profilo non biologico, ma giuridico»: ad esempio, «nel caso di contagio, non v'è dubbio che la causa biologica della malattia sia il virus HIV o dell'epatite B o C. Ma nessuno dubita che la responsabilità vada imputata, sulla base di un criterio di causalità giuridica, a quel soggetto che, con la sua *faute*, ha provocato o reso possibile il contagio».

³⁷ Cass., 2 ottobre 2012, n. 16754, cit., 183.

³⁸ Cass., 2 ottobre 2012, n. 16754, cit., 183; e già M. FEOLA, *Le responsabilità*, cit., 92 ss. L'importante “novità” introdotta da questa sentenza è sottolineata anche sulla base di un riscontro comparativo con una successiva decisione, la quale, tuttavia, nulla aggiunge alla sentenza del 2009, limitandosi a qualificare il danno non patrimoniale dei genitori come danno esistenziale (in nota a Cass., Sez. III, 4 gennaio 2010, n. 13, cfr. M. FEOLA, *La Cassazione e il diritto del minore «a nascere sano»*, in *Danno e resp.*, 2010, 702 ss.).

natale»³⁹. Tuttavia, riguardo alla «irrisarcibilità del danno direttamente subito dal neonato», la Cassazione, nel 2009, incorre nello «stesso equivoco concettuale immanente alla sentenza n. 14488/2004»: quello secondo il quale «il nato» non avrebbe «comunque diritto ad alcun risarcimento del danno per essere venuto alla vita, in quanto privo della titolarità di un interesse a non nascere»⁴⁰.

Questa concezione «della vita come oggetto di tutela, da parte dell'ordinamento, in termini di “sommo bene”, di alterità normativa *superiorem non recognoscens*», percorsa «da forti aneliti giusnaturalistici», è destinata «a cedere il passo al raffronto con il diritto positivo»⁴¹. È la stessa legge che, nel riconoscere alla donna il diritto di interrompere la gravidanza, non soltanto nei primi novanta giorni, ma anche «dopo», esplicitamente prevede l'ipotesi che il «serio» (art. 4 l. 22 maggio 1978, n. 194) o «grave» (art. 6 lett. *b*) pericolo per la salute fisica o psichica della donna possa essere determinato da «accertati processi patologici, tra cui quelli relativi a rilevanti anomalie o malformazioni del nascituro» (art. 6 lett. *b*)⁴².

Sgombrato il campo «dall'equivoco che si annida nella poco felice locuzione “diritto a non nascere se non sano”», e «ricondata la vicenda alla sua più corretta dimensione giuridica», la Cassazione afferma che «il principio di diritto che appare predicabile è quello secondo il quale la propagazione intersoggettiva dell'illecito legittima un soggetto di diritto, quale il neonato, per il tramite del suo legale rappresentante, ad agire in giudizio per il risarcimento di un danno che si assume in ipotesi ingiusto»⁴³. Per la Suprema corte, la protezione del nascituro non passa, invece, «attraverso la negazione di diritti del tutto immaginari, come quello a “non nascere se non sano”, locuzione che semplicemente non rappresenta un diritto»⁴⁴.

L'intero «plessio normativo, ordinario e costituzionale» muove «nella direzione del concepito inteso come oggetto di tutela e non anche come soggetto di diritto»⁴⁵. E poiché «la lesione inferta al concepito si manifesta e diviene attuale al momento della nascita, la situazione soggettiva tutelata è il diritto alla salute, non quello a nascere sano»⁴⁶. Colui che «nasce malato per via di un fatto lesivo ingiusto occorsogli durante il concepimento» non fa «valere un diritto alla vita né un diritto a nascere sano né tantomeno un diritto a non nascere». Fa valere, ora per allora, «la lesione della sua salute». Oggetto «della pretesa e della tutela risarcitoria è, pertanto, sul piano

³⁹ Cass., 2 ottobre 2012, n. 16754, cit., 183 e 184.

⁴⁰ Cass., 2 ottobre 2012, n. 16754, cit., 184.

⁴¹ Così, Cass., 2 ottobre 2012, n. 16754, cit., 185.

⁴² Lo rileva, con estrema lucidità, Cass., 2 ottobre 2012, n. 16754, cit., 185.

⁴³ Le espressioni tra virgolette sono tutte tratte da Cass., 2 ottobre 2012, n. 16754, cit., 186.

⁴⁴ Cass., 2 ottobre 2012, n. 16754, cit., 186.

⁴⁵ Con estrema chiarezza, Cass., 2 ottobre 2012, n. 16754, cit., 188.

⁴⁶ Cass., 2 ottobre 2012, n. 16754, cit., 188 (il corsivo è nel testo della sentenza).

morfologico, la nascita malformata, su quello funzionale (quello, cioè, del dipanarsi della vita quotidiana) il perdurante e irredimibile stato di infermità. Non la nascita non sana. O la non nascita»⁴⁷.

Al momento e per effetto della nascita si verifica una «propagazione intersoggettiva dell'effetto dell'illecito»⁴⁸ e sorge un diritto di credito al risarcimento, del quale diviene titolare un soggetto fornito della capacità giuridica per essere nato⁴⁹.

3. La «condotta colpevole», la legittimazione soggettiva, l'evento di danno e gli interessi tutelati

In presenza della richiesta della gestante di essere sottoposta a tutti gli accertamenti necessari ad escludere malformazioni del feto, il ginecologo aveva proposto e fatto eseguire il solo “Tritest”, omettendo di prescrivere riscontri più specifici al fine di escludere alterazioni cromosomiche del feto⁵⁰. A seguito della nascita di una bambina affetta da sindrome di Down, la Suprema corte rileva come la colpevolezza della condotta si sia, nella specie, manifestata sotto il duplice profilo della non sufficiente attendibilità del *test* in presenza di una esplicita richiesta di informazioni finalizzate all'interruzione della gravidanza da parte della gestante e del «difetto di informazioni circa la gamma complessiva delle possibili indagini e dei rischi ad essa correlati»⁵¹.

L'«indiscutibile e indiscussa» rilevanza giuridica del concepito nel nostro ordinamento non ha quale «ineludibile conseguenza la creazione *ex nihilo* di una sua soggettività, ma si sostanzia [...] nel riconoscimento, ben più pregnante e pragmatico, della sua *qualità di oggetto speciale di tutela*»⁵². Affrancato il discorso giuridico «”dai pantani della soggettività”» e «convertita in questione giuridica la posizione del soggetto che, attualmente esistente, avanza pretese risarcitorie», la Suprema corte afferma con risolutezza che «va riconosciuto al neonato/soggetto di diritto/giuridicamente ca-

⁴⁷ Cass., 2 ottobre 2012, n. 16754, cit., 188.

⁴⁸ Cass., 2 ottobre 2012, n. 16754, cit., 189. Discorrevva esplicitamente di una «propagazione intersoggettiva delle conseguenze di un medesimo fatto illecito», M. FEOLA, *Le responsabilità*, cit., 94; EAD., *La Cassazione*, cit., 704, sulla scia di A. LISERRE, *Ancora in tema*, cit., 1693.

⁴⁹ Così, Cass., 2 ottobre 2012, n. 16754, cit., 189.

⁵⁰ Cfr. Cass., 2 ottobre 2012, n. 16754, cit., 175.

⁵¹ Cass., 2 ottobre 2012, n. 16754, cit., 196.

⁵² Cass., 2 ottobre 2012, n. 16754, cit., 191 (della quale sono le parole in corsivo citate nel testo) si allontana dall'impostazione seguita da Cass. n. 10741/2009, sul fondamento di quella autorevole dottrina che aveva contestato a questa decisione l'aver voluto «intraprendere discorsi sui massimi sistemi», nel «cimentarsi sul se e sul come neutralizzare l'art. 1, comma 1°, c.c., per il quale la capacità giuridica si acquista solo al momento della nascita» (F. GALGANO, *Danno da procreazione*, cit., 537).

pace (art. 1 c.c.)» il diritto di chiedere il risarcimento del danno conseguente alla nascita malformata «dal momento in cui è nato»⁵³.

Così, snidato l'«equivoco costituito dalla pretesa equazione “diritto di nascere o di non nascere/diritto al risarcimento da nascita malformata”», risulta «innegabile come l'esercizio del diritto al risarcimento da parte del minore in proprio non sia in alcun modo riconducibile ad un impersonale “non nascere”, ma si riconnetta, personalmente e soggettivamente, a quella singola, puntuale e irripetibile vicenda umana che riguarda quel determinato (e altrettanto irripetibile) soggetto che, invocando un risarcimento, fa istanza al giudice di piena attuazione del dettato costituzionale[...], onde essere messo in condizione di poter vivere meno disagiamente, anelando ad una meno incompleta realizzazione dei suoi diritti di individuo singolo e di parte sociale scolpiti dall'articolo 2 della Costituzione»⁵⁴.

Confinata «nella sfera dell'irrilevante giuridico» quel «vero e proprio “dibattito sulle ombre”» volto a sostenere che tale facoltà «potrebbe attuarsi soltanto attraverso due modalità dell'impossibile, il non essere dell'essere ovvero l'essere del non essere», la «legittimità dell'istanza risarcitoria *iure proprio* del minore deriva, pertanto, da una omissione colpevole cui consegue non il danno della sua esistenza, né quello della malformazione in sé sola considerata, ma la sua stessa esistenza diversamente abile»⁵⁵.

Affermando, «per il tramite del diritto, ciò che una logica astrattamente giusnaturalistica vorrebbe viceversa negare», l'evento di danno risulta costituito, «nella specie, dalla individuazione di sintesi della “nascita malformata”, intesa come condizione dinamica dell'esistenza riferita ad un soggetto di diritto attualmente esistente»⁵⁶. Come si era già affermato, è la condotta dei sanitari a ledere «il diritto del nato, quantunque l'azione lesiva sia stata posta in essere prima della sua nascita»⁵⁷. È l'azione lesiva ad essere anteriore alla nascita, «non l'evento lesivo»⁵⁸, che ad essa è successi-

⁵³ Le espressioni tra virgolette sono tratte da Cass., 2 ottobre 2012, n. 16754, cit., 191 e 192, la quale, a differenza di Cass. n. 10741/2009, si affranca dall'«odierno aspro dibattito sul diritto alla vita» (la critica di F. GALGANO, *op. loc. ult. cit.*, era diretta proprio a quest'ultima decisione).

⁵⁴ Cass., 2 ottobre 2012, n. 16754, cit., 194, la quale fa esplicito riferimento a quella dottrina che ha proposto di collegare direttamente all'art. 2 cost. il diritto dell'individuo al pieno svolgimento della propria personalità [nell'ambito di una copiosa letteratura, basti rammentare, per tutti, P. PERLINGIERI, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Camerino-Napoli, 1972, 12 ss. e *passim*; D. MESSINETTI, *Personalità (diritti della)*, in *Enc. dir.*, XXXIII, Milano, 1983, 355 ss.; N. OCCHIOCUPO, *Liberazione e promozione umana nella Costituzione. Unità di valori nella pluralità di posizioni*, Milano, 1984, 58 ss.].

⁵⁵ Testualmente Cass., 2 ottobre 2012, n. 16754, 195, 194 e 195, sulla scia della dottrina francese (per tutti, M. FABRE-MAGNAN, *op. cit.*, 307 e 308) e italiana (P.G. MONATERI, «*La marque de Caïn*», cit., 298; M. FEOLA, *Violazione*, cit., 615; EAD., *Essere o non essere*, cit., 394) che ha condiviso la soluzione proposta dall'*arrêt* Perruche.

⁵⁶ Ancora Cass., 2 ottobre 2012, n. 16754, cit., 195.

⁵⁷ F. GALGANO, *op. cit.*, 539.

⁵⁸ F. GALGANO, *op. loc. ult. cit.*

vo. Il *vulnus* lamentato dal minore è non soltanto «la malformazione in sé considerata», bensì lo «stato *funzionale* di infermità, la condizione evolutiva della vita handicappata»⁵⁹.

Come si è acutamente rilevato, la Cassazione «ha il grande merito intellettuale di affrontare alla radice»⁶⁰ questa delicata problematica, attraverso un radicale mutamento di prospettiva che s'impenna sulla tutela *oggettiva* del nascituro. Nel disgiungere, sulla scia di una nota dottrina⁶¹, la tutela dalla sequenza classica “soggetto-diritto-pretesa-azione”, la Suprema corte giudica «tanto necessario quanto *sufficiente* considerare il nascituro *oggetto* di tutela indipendentemente da ogni discussione sulla sua soggettività, o dalla ricostruzione del principio della centralità della persona»⁶². La tutela riguarda “entità protette”, «onde, stabilito che il nascituro possa venire considerato una tale “entità” non è ulteriormente necessario – per la Corte – addentrarsi nella questione del “soggetto” o della “persona”»⁶³. Il superamento della questione della soggettività giuridica del concepito consente di uscire “dal guado” e rende finalmente liberi «dalle categorie metafisiche costituite dalla triade concettuale *personalità, soggettività, capacità*»⁶⁴.

Così puntualmente ricostruito l'evento dannoso risarcibile, la Cassazione esprime il convincimento che la domanda risarcitoria avanzata personalmente dal bambino malformato trovi il suo diretto fondamento negli artt. 2, 3, 29, 30 e 32 della Costituzione⁶⁵. Se la violazione dell'art. 2 Cost. è individuata nella «innegabile [...] limitazione del diritto del minore allo svolgimento della propria personalità», e se quella dell'art. 3 Cost. è rappresentata dalla «sempre più evidente» limitazione «al pieno sviluppo della persona», la lesione degli artt. 29, 30 e 31 Cost. costituisce la conseguenza dell'«arrivo del minore in una dimensione familiare “alterata”», la quale «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»⁶⁶. La violazione dell'art. 32 Cost., poi, ha ad oggetto la salute «non soltanto nella sua dimensione statica di assenza di malattia, ma come condizione dinamico/funzionale di benessere psichico»⁶⁷. Le situazioni soggettive, «giuridicamente tutelate e giuridicamente rilevanti, sono pertanto riconducibili non alla sola nascita né al solo

⁵⁹ Così, Cass., 2 ottobre 2012, n. 16754, cit., 193.

⁶⁰ P.G. MONATERI, *Il danno al nascituro e la lesione della maternità cosciente e responsabile*, in *Corriere giur.*, 2013, 61.

⁶¹ È lo stesso P.G. MONATERI, *op. ult. cit.*, 59, a sottolineare come la Cassazione abbia seguito, sul punto, il pensiero di A. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, Milano, 2001, *passim*.

⁶² P.G. MONATERI, *op. ult. cit.*, 60.

⁶³ P.G. MONATERI, *op. loc. ult. cit.*

⁶⁴ Cass., 2 ottobre 2012, n. 16754, cit., 191.

⁶⁵ Cass., 2 ottobre 2012, n. 16754, cit., 191 s.

⁶⁶ Cass., 2 ottobre 2012, n. 16754, cit., 193.

⁶⁷ Cass., 2 ottobre 2012, n. 16754, cit., 193.

handicap, bensì [...] alla futura vita handicappata intesa nella sua più ampia accezione funzionale, la cui “diversità” non è discriminata in un giudizio metagiuridico di disvalore tra nascita e non nascita, ma soltanto tutelata, rispettata ed alleviata per via risarcitoria»⁶⁸.

Proprio il riferimento ad una nozione “positiva” e dinamica di salute, così come qualificata dallo stesso legislatore (art. 1, lett. o del D. Lgs. n. 81 del 2008), consente quel «mutamento di prospettiva [...] veramente notevole»⁶⁹ che è a fondamento di questo *revirement*.

4. *La «questione giuridica essenziale»: la sussistenza del rapporto di causalità. Critica delle tesi che, ipotizzando la sola lesione della «personalità», o evocando una funzione «sanzionatoria e deterrente» della responsabilità civile, continuano a dubitare della risarcibilità del danno da «nascita malformata»*

Se può essere contestata, secondo la Cassazione, 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 «appare senz'altro predicabile una volta identificato con esattezza l'evento di danno nella nascita malformata»⁷⁰. Tale evento è «senz'altro riconducibile, secondo un giudizio prognostico *ex post*, all'omissione, volta che una condotta diligente e incolpevole avrebbe consentito alla donna di esercitare il suo diritto all'aborto (si come espressamente dichiarato al medico nel caso di specie)»⁷¹.

La Suprema corte afferma, 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)»⁷².

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”⁷³. Ripercorrendo l'itinerario eziologico scandito dalla Cassazione, si rileva che l'omissione del medico, che tace colposamen-

⁶⁸ Cass., 2 ottobre 2012, n. 16754, cit., 193.

⁶⁹ P.G. MONATERI, *Il danno*, cit., 62.

⁷⁰ Testualmente, Cass., 2 ottobre 2012, n. 16754, cit., 195.

⁷¹ Cass., 2 ottobre 2012, n. 16754, cit., 195.

⁷² Cass., 2 ottobre 2012, n. 16754, cit., 195 e 196.

⁷³ P.G. MONATERI, «*La marque de Caïn*», cit., 298.

te 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»⁷⁴ al fine di poter esercitare una sua legittima manifestazione di volontà. Questo ragionamento sarebbe criticabile per più profili: innanzitutto, perché questa soluzione richiederebbe la «costruzione dell'aborto come diritto o facoltà di scelta della donna» e, in questo modo, opererebbe un ritorno «al soggettivismo della volontà»⁷⁵, essendo «un ragionamento di collegamento negoziale» a sorreggere «*alla fine l'intera costruzione*»⁷⁶. 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»⁷⁷. 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»⁷⁸.

Con riferimento alla prima obiezione, però, v'è da rilevare come la Cassazione non qualifichi 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 del 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”»⁷⁹. Qui non sarebbe «in considerazione la dimensione fisica organica dell'uomo, ma la dimensione morale della scelta tragica»⁸⁰.

⁷⁴ Le parole tra virgolette sono di P.G. MONATERI, *Il danno*, cit., 64.

⁷⁵ P.G. MONATERI, *op. ult. cit.*, 63.

⁷⁶ P.G. MONATERI, *op. ult. cit.*, 64 (il corsivo è dell'A.).

⁷⁷ P.G. MONATERI, *op. loc. ult. cit.*

⁷⁸ P.G. MONATERI, *op. loc. ult. cit.* (il corsivo è dell'A.).

⁷⁹ P.G. MONATERI, *op. ult. cit.*, 63 e 64.

⁸⁰ P.G. MONATERI, *op. ult. cit.*, 64.

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. 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 gravidanza. 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 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»⁸¹, la quale, a sua volta, è causa di ulteriori danni patrimoniali e non patrimoniali (questi ultimi aventi ad oggetto un danno morale, con connotazione “esistenziale”, 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 francese⁸², occorre «passare dal nesso causale naturalisticamente inteso ad un nesso causale giuridicamente inteso per poter operare l’equiparazione *de qua*»⁸³. Così, secondo un’«eziologia giuridicamente rilevante» è proprio l’inadempimento ad aver «comunque cagionato una quotidianità afflitta da malattia»⁸⁴. Come si è rilevato puntualmente interpretando quanto affermato in un precedente scritto in materia⁸⁵, proprio la costante interpretazione giurisprudenziale dell’art. 1223 c.c., secondo cui la risarcibilità deve essere estesa ai danni

⁸¹ P.G. MONATERI, *op. loc. ult. cit.* (il corsivo è dell’A.).

⁸² Affermavano la sussistenza di un nesso causale inteso in senso giuridico, tra gli altri, G. VINEY et P. JOURDAIN, *Les conditions de la responsabilité*, cit., II éd., 1998, 15; P. JOURDAIN, *Réflexions sur un méfentendu*, in *Rec. Dalloz*, 2001, *Jur. comm.*, 336; J.L. AUBERT, *Indemnisation d’une existence handicapée qui, selon le choix de la mère, n’aurait pas dû être (à propos de l’arrêt de l’Assemblée Plénière du 17 novembre 2000)*, *ivi*, 2001, *Chron.*, 489 ss.; M. FABRE-MAGNAN, *Avortement*, cit., 311 (per ulteriori indicazioni si rinvia a M. FEOLA, *Violazione*, cit., 619 ss.). Una critica alla «biologisation» del nesso causale è in P. SARGOS, *Rapport*, cit., 2299.

⁸³ Così, lo stesso P.G. MONATERI, *op. ult. cit.*, 63.

⁸⁴ Lo ammette anche S. CACACE, *Il giudice “rottamatore” e l’enfant préjudice*, in *Danno e resp.*, 2013, 160.

⁸⁵ Lo scritto specificamente citato è M. FEOLA, *La Cassazione*, cit., 704.

mediati e indiretti purché consistenti in effetti normali del fatto-inadempimento, secondo il criterio della c.d. regolarità causale⁸⁶, consentiva 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»⁸⁷.

E tale «ricostruzione», diversamente da quanto poi si afferma, non sembra celare «difficoltà concettuali»⁸⁸ 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»⁸⁹. 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 dottrina⁹⁰ e della stessa giurisprudenza costituzionale⁹¹, ha trovato progressivamente un autonomo riconoscimento (negli artt. 2, 13 e 32, comma 2, cost.) come «diritto fondamentale e inviolabile della persona umana»⁹². Le obbligazioni del medico e delle strutture sanitarie pubbliche o private nelle quali egli opera 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

⁸⁶ Cass., Sez. un., 1° luglio 2002, n. 9556, in *Giust. civ.*, 2003, I, 2195, e Cass., Sez. un., 11 gennaio 2008, n. 581, in *Foro it.*, 2008, I, c. 453. In dottrina, sul punto, A. LISERRE, *Ancora in tema*, cit., 1693.

⁸⁷ A. MASTRORILLI, *To be or not to be: comparare l'incomparabile*, in *Danno e resp.*, 2013, 496, che cita (in nota 19) proprio M. FEOLA, *op. loc. ult. cit.*

⁸⁸ Così, invece, A. MASTRORILLI, *op. loc. cit.*

⁸⁹ Anche A. MASTRORILLI, *op. ult. cit.*, 497.

⁹⁰ Nell'ambito di una copiosa dottrina, cito soltanto, e per tutti, l'insegnamento di S. RODOTÀ, *Il nuovo habeas corpus: la persona costituzionalizzata e la sua autodeterminazione*, in S. RODOTÀ e M. TALLACCHINI, *Ambito e fonti del Biodiritto*, in *Trattato di Biodiritto* diretto da S. Rodotà e P. Zatti, Milano, 2010, 169.

⁹¹ Corte cost., 23 dicembre 2008, n. 438, in *Foro it.*, 2009, I, c. 1328, per la quale il c.d. diritto al consenso informato, quale vero e proprio diritto della persona che trova fondamento nei principi espressi negli artt. 2, 13 e 32 della Costituzione, svolge una funzione di sintesi tra due diritti fondamentali della persona, quello all'autodeterminazione e quello alla salute, in quanto se è vero che ogni individuo ha il diritto di essere curato, è altresì vero che egli ha il diritto di ricevere le opportune informazioni al fine di garantire la libera e consapevole scelta da parte del paziente e, quindi, la sua stessa libertà personale.

⁹² V. MONTANI, *L'inadempimento medico per la (sola) violazione del consenso informato*, in *Danno e resp.*, 2012, 629.

d'informazione nell'ambito degli obblighi di protezione⁹³ o di *sécurité* – da rilevare, però, come la dottrina francese tenda a distinguere, sotto il profilo sistematico, le *obligations de sécurité* dalle *obligations d'information, de renseignement, de mise en garde et de conseil*, trattando le relative problematiche in maniera autonoma, parallela ed equivalente⁹⁴ –, 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»⁹⁵. L'inesatto adempimento degli obblighi d'informazione «assume una valenza causale sul danno o sui danni subiti dal paziente»⁹⁶ 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 di poter affermare che «La negligenza non causa il danno ma diventa titolo per imporre al convenuto l'obbligo risarcitorio»⁹⁷. Il rapporto di causalità non riguarda soltanto la responsabilità extracontrattuale, ma, evidentemente, anche quella che trova la sua fonte in un contratto o in un'altra relazione giuridicamente rilevante. Del pari, non pare decisivo, al fine di risolvere la *vexata quaestio*, evocare una funzione «punitiva»⁹⁸, «sanzionatoria e deterrente»⁹⁹ 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»¹⁰⁰. Così argomentando, anzi, si definisce una funzione di *compensation*, che storicamente (seppur, oggi, anacronisticamente)¹⁰¹ è fondata proprio sulla teoria della differenza, mentre la finalità satisfattorio-punitiva implica una valutazione fondata non soltanto sull'entità del

⁹³ In senso affermativo, A. MASTRORILLI, *To be*, cit., 497, e V. MONTANI, *op. cit.*, 631, sulla scia di C. CASTRONOVO, *Profili della responsabilità medica*, in *Scritti in onore di P. Rescigno*, V, *Responsabilità civile e tutela dei diritti*, Milano, 1998, 126.

⁹⁴ Per tutti, G. VINEY et P. JOURDAIN, *Les conditions*, cit., III éd., 2006, 453 ss. e 473 ss., ove distinguono nettamente, sotto il profilo sistematico, le due problematiche *sub* 1) e *sub* 2). Sulle obbligazioni di *sécurité* sia consentito rinviare a M. FEOLA, *Le obbligazioni di sécurité*, Torino, 2012, *passim*.

⁹⁵ Cass., Sez. III, 28 luglio 2011, n. 16543, in *Danno e resp.*, 2012, 625.

⁹⁶ Cass., 28 luglio 2011, n. 16543, cit., 625.

⁹⁷ Così, invece, A. MASTRORILLI, *op. loc. ult. cit.*

⁹⁸ A. MASTRORILLI, *op. loc. ult. cit.*

⁹⁹ E. PALMERINI, *Nascite indesiderate e responsabilità civile: il ripensamento della Cassazione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, I, 203.

¹⁰⁰ A. MASTRORILLI, *op. loc. ult. cit.*

¹⁰¹ Cfr. A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Il danno ingiusto (Dall'ermeneutica “bipolare” alla teoria generale e “monocentrica” della responsabilità civile)*, Parte II, *Ingiustizia, patrimonialità, non patrimonialità nella teoria del danno risarcibile*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2003, 232 ss. Sul punto, sempre attuali sono le pagine di R. SCOGNAMIGLIO, *Appunti sulla nozione di danno*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1969, 468 ss.

danno cagionato alla persona offesa, ma anche sul «carattere di maggiore o minore anti giuridicità della condotta (gravità del reato, circostanze aggravanti, intensità del dolo o della colpa, carattere abietto dell'azione, ecc.)» e sulle «condizioni economiche del responsabile»¹⁰². 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»¹⁰³, «oltre ogni ragionevole dubbio», non essendo sufficiente la soluzione civilistica ispirata al criterio del «più probabile che non»¹⁰⁴. 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, dei rischi, dei risultati conseguibili e delle eventuali conseguenze negative»¹⁰⁵.

La migliore dottrina francese che ha studiato la questione di causalità successivamente all'*arrêt Perruche* aveva qualificato il danno da «nascita malformata» del minore come *dommage immédiat*, e il danno morale dei genitori soltanto come *dommage par ricochet*. Tant'è che si era affermato come «il riconoscimento dell'esistenza del danno dei genitori» implicasse «*a fortiori* quello del pregiudizio del bambino», non potendosi ammettere l'esistenza (e, soprattutto, la risarcibilità) di «un danno *par ricochet* senza un *dommage immédiat*»¹⁰⁶.

Nell'unica sequenza causale possibile è la «nascita malformata» del minore a causare *anche* il danno non patrimoniale della madre, e quelli, eventuali, e per taluno 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*¹⁰⁷, costituendo essa un tipico danno-evento, ma non un

¹⁰² A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *op. cit.*, 251.

¹⁰³ Cfr., in proposito, la celeberrima decisione resa, sul c.d. caso Franzese, da Cass., Sez. Un. pen., 10 luglio 2002, in *Foro it.*, 2002, II, c. 623.

¹⁰⁴ Cass., Sez. un., 11 gennaio 2008, n. 581, in *Foro it.*, 2008, I, c. 453 ss.

¹⁰⁵ Cass., 28 luglio 2011, n. 16543, cit., 624.

¹⁰⁶ G. VINEY et P. JOURDAIN, *Les conditions*, II éd., 1998, cit., 17.

¹⁰⁷ Cfr., ad es., Cass., 9 febbraio 2010, n. 2847, in *Foro it.*, 2010, I, c. 2113; Cass., 8 ottobre 2007, n. 20987, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, I, 289, con nota di C. SGANGA, la quale esplicitamente afferma che non è l'inadempimento da mancato consenso informato ad essere di per sé oggetto di risarcimento, ma il «danno consequenziale», secondo i principi di cui all'art. 1223 c.c. In tal senso già Cass., Sez. III, 31 maggio 2003, nn. 8828 e 8827, in *Danno e resp.*, 2003, 819 ss., annotate da F.D. BUSNELLI, *Chiaroscuri d'estate. La Corte di Cassazione e il danno alla persona* (826 ss.), da G. PONZANELLI, *Ricomposizione dell'universo*

danno-conseguenza¹⁰⁸. Quest'ultimo, invece, ha ad oggetto proprio *tutte* le conseguenze patrimoniali, biologiche e morali (e/o esistenziali) che la violazione del diritto ad una procreazione "cosciente e responsabile" ha provocato, da dimostrare 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»¹⁰⁹.

Sotto il profilo delle scelte di «politica del diritto» e della «efficiente allocazione dei danni e dei risarcimenti»¹¹⁰, anche la dottrina che solleva perplessità sulla questione della causalità sottolinea come l'«intento» della sentenza sia «encomiabile, il risultato meritorio»¹¹¹: «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»¹¹².

5. Le responsabilità contrattuale ed extracontrattuale del medico e della struttura sanitaria (pubblica o privata) nei riguardi della gestante e del minore "nato malformato". Il risarcimento del danno da «nascita malformata» come responsabilità delittuale da inadempimento

Il risarcimento del danno al minore per la sua «nascita malformata» può assumere i connotati sia della responsabilità contrattuale, sia di quella extracontrattuale.

La tradizione italiana degli ultimi anni è stata nel senso della responsabilità contrattuale.

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

non patrimoniale: le scelte della Corte di Cassazione (829 ss.) e da A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *L'art. 2059 c.c. va in Paradiso* (831 ss.).

¹⁰⁸ Cfr. V. MONTANI, *op. cit.*, 633.

¹⁰⁹ Così, Cass., Sez. un., 11 novembre 2008, nn. 26972, 26973, 26974 e 26975, in *Danno e resp.*, 2009, 32, con il commento di A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Il danno non patrimoniale secondo le Sezioni unite. Un "de profundis" per il danno esistenziale*.

¹¹⁰ S. CACACE, *op. ult. cit.*, 161.

¹¹¹ S. CACACE, *op. ult. cit.*, 160.

¹¹² Le espressioni tra virgolette sono di S. CACACE, *op. ult. cit.*, 160 e 161; così, già, M. FEOLA, *Violazione*, cit., 618 ss.

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 nascita¹¹³. Orientamento, questo, che troverà conferma nella giurisprudenza successiva, anche con riferimento alle condotte omissive dei sanitari. Ma se, in un primo tempo, la Cassazione¹¹⁴ 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)¹¹⁵, escludendo che l'errore o l'omissione delle informazioni doverose possano giustificare il risarcimento del danno psico-fisico con cui il bambino nasce; più di recente, la Suprema Corte, nell'affermare la sussistenza del nesso di causalità tra la condotta omissiva dei medici (che avevano mancato d'informare la donna sugli effetti potenzialmente teratogeni di una cura avverso la sterilità) e le malformazioni subite dal nascituro, ha qualificato il rapporto che la paziente pone in essere con la struttura sanitaria (e con il medico), 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 andiccappato, che è considerato il «destinatario "finale" del negozio»¹¹⁶.

Sul punto, la giurisprudenza francese, invece, aveva assunto un diverso atteggiamento, avendo qualificato come contrattuale la responsabilità del medico (e/o della struttura sanitaria) nei riguardi della donna, ma come delittuale la responsabilità dei sanitari nei confronti del fanciullo nato andiccappato. L'*Assemblée Plénière*, nel decidere il celeberrimo *affaire Perruche*, richiamando gli artt. 1165 e 1382 *code civ.*¹¹⁷, modifica la soluzione precedentemente elaborata dalla Cassazione (che aveva deciso sulla base dell'art. 1147, dettato in tema d'inadempimento del rapporto obbligatorio)¹¹⁸ e qualifica la responsabilità del medico verso il minore come delittuale. Escludendo il ricorso alla figura della *stipulation pour autrui tacite*, giudicata in dottrina come «ipotetica»¹¹⁹, l'*Assemblée Plénière* considera il "fatto" dell'inadempimento degli obblighi d'informazione come una condotta colposa che genera, nei confronti dei genitori, una responsabilità contrattuale

¹¹³ Cass., Sez. III, 22 novembre 1993, n. 11503, in *Giur. it.*, 1994, I, 1, c. 557 s.

¹¹⁴ Cass., 29 luglio 2004, n. 14488, cit., 379 ss. L'orientamento viene riconfermato, ma senza espliciti riferimenti al contratto con effetti protettivi per terzi, da Cass., 14 luglio 2006, n. 16123, cit., 1691 ss.

¹¹⁵ In questi termini, anche Cass., Sez. III, 4 gennaio 2010, n. 13, in *Danno e resp.*, 2010, spec. 699 s. (con nota parzialmente critica di M. FEOLA, *La Cassazione*, cit.), che qualifica, sulla scia dei giudici d'appello, come "esistenziale" il danno non patrimoniale dei genitori consistente nei «rovesciamenti forzati dell'agenda» che conseguono alla «lesione del diritto di autodeterminazione nella scelta procreativa».

¹¹⁶ Cass., 11 maggio 2009, n. 10741, cit., 108.

¹¹⁷ Cass., Ass. plén., 17 novembre 2000, cit., 2309.

¹¹⁸ Cass., I Ch. civ., 26 mars 1996, in *Rec. Dalloz*, 1997, *Jur.*, 36.

¹¹⁹ F. CHABAS, *Note*, cit., 2309, in nota 3.

e, nei riguardi del minore, una responsabilità delittuale. Il richiamo all'art. 1165 intende ribadire il principio secondo il quale, se è vero che i contratti «ne profitent pas aux tiers», la loro inesecuzione può essere costitutiva di una responsabilità extra-contrattuale, «dont les tiers peuvent faire état»¹²⁰. E ciò è perfettamente in linea con la più recente giurisprudenza di legittimità, che è orientata a riconoscere l'opponibilità dei contratti nei confronti dei terzi, considerandoli legittimati «a invocare la loro esecuzione difettosa, allorché abbiano causato ad essi un danno, senza che sia necessario apportare nessun'altra prova»¹²¹.

In questo modo l'*Assemblée Plénière*, pur affermando implicitamente che «la *faute* del medico nei confronti della madre è dunque anche una *faute* nei confronti del bambino»¹²², ha voluto evitare di ricorrere all'«artificio di far entrare [nel contratto] braccia rotte e morti di uomini»¹²³ e, in questo caso, minori nati malformati. Il problema non viene risolto attraverso una ricostruzione «difficile da comprendere e da delimitare», là dove presuppone la «violazione di un'obbligazione considerata in sé indipendentemente da ogni punto di vista contrattuale», ma trova fondamento nella «opponibilità» del contratto nei confronti di terzi, i quali «si limita[no] a far valere il fatto dell'inadempimento, al pari di ogni terzo che può invocare la situazione di fatto costituita dal contratto, che esso sia stato o non sia stato eseguito»¹²⁴. Poiché il nascituro è terzo rispetto al contratto stipulato con la madre, allorché «l'inadempimento dell'obbligazione sorta da questo contratto ha prodotto conseguenze nei suoi confronti, egli [una volta nato] può invocare questa *faute*, considerata come un *faito giuridico*, a fondamento della sua azione per il risarcimento del danno»¹²⁵.

Come si è avuto modo, di recente, di rilevare¹²⁶, la soluzione che ravvisa, in generale, una *responsabilità delittuale da inadempimento*¹²⁷, oltre a non rappresentare una contraddizione in termini, appare perfettamente in linea sia con la tradizione, sia con l'odierna evoluzione del diritto francese. Dire che il contratto in quanto rapporto tra due parti non può nuocere o giovare a terzi «è erroneo perché in tal modo si ignora che esso può bene essere ed anzi è normalmente una fonte di esternalità sia positive che nega-

¹²⁰ In questi termini, è lo stesso F. CHABAS, *op. ult. cit.*, 2309, in nota 4.

¹²¹ Cfr., ad es., Cass., I Ch. civ., 18 juillet 2000, e Cass., I Ch. civ., 15 décembre 1998, le cui massime sono riprodotte in M. FABRE-MAGNAN, *Avortement*, 299, in nota 57.

¹²² M. FABRE-MAGNAN, *op. cit.*, 300.

¹²³ Le parole del *doyen* Carbonnier sono ricordate da Y. CHARTIER, *La réparation du préjudice dans la responsabilité civile*, Paris, 1983, 117.

¹²⁴ P. SARGOS, *Rapport*, cit., 2300, ove cita il pensiero di J.-L. AUBERT, Y. FLOUR et E. SAVAUX, *Les obligations*, 3, *Le rapport d'obligation*, Paris, 1999, § 183.

¹²⁵ P. SARGOS, *op. cit.*, 2299 (il corsivo è aggiunto).

¹²⁶ M. FEOLA, *Le obbligazioni*, cit., 130 ss.

¹²⁷ M. FEOLA, *op. ult. cit.*, 133.

tive»¹²⁸. Proprio l'interferenza, secondo il consueto modello regola-eccezione, tra l'osservanza del principio *de l'effet relatif des contrats* e la nozione di "opponibilità" degli effetti del contratto nei riguardi di terzi offre, nel diritto francese, un generale fondamento a questa inedita forma di responsabilità. Ma la *Cour de Cassation*, palesando fino in fondo l'indole aquiliana che la responsabilità civile assume nel diritto francese, ha per lungo tempo affermato che l'*inexécution* di un'obbligazione era insufficiente, di per sé, a fondare la domanda di un terzo danneggiato a causa dell'inadempimento. Questi avrebbe dovuto comunque provare una «faute délictuelle envisagée en elle-même, indépendamment de tout point de vue contractuel»¹²⁹, ovvero la violazione «di una regola di portata generale» (negligenza, imprudenza, ad es.) costitutiva di una *faute*, ulteriore e indipendente rispetto alle «stipulazioni contrattuali»¹³⁰. Oggi, invece, la giurisprudenza sembra ammettere che l'inadempimento o l'inesatto adempimento dell'obbligazione sono sufficienti a fondare l'esistenza di una *faute* delittuale nei riguardi dei terzi: un medesimo fatto, «susceptible di costituire un *manquement* di un'obbligazione esistente tra due parti legate da un contratto, può rappresentare, nei riguardi dei terzi estranei al contratto, una *faute* quasi-delittuale che implica la responsabilità del suo autore»¹³¹. Ma la questione non è ancora «tranchée»¹³². Mentre alcune sentenze richiedono che l'inadempimento costituisca, indipendentemente dal contratto, la violazione di un'obbligazione generale di prudenza o di diligenza¹³³, altre si sono affrancate da tale indirizzo, avendo deciso che «i terzi rispetto a un contratto sono legittimati ad invocare l'esecuzione difettosa dello stesso allorché essa ha causato loro un danno»¹³⁴. Ciò, dopo tutto, non sarebbe

¹²⁸ A. GAMBARO, *Gli effetti del contratto rispetto a terzi*, in *Gli effetti del contratto nei confronti dei terzi nella prospettiva storico-comparatistica*, a cura di L. Vacca, Atti del IV Congresso Internazionale ARISTEC (Roma, 13-16 settembre 1999), Torino, 2001, 342.

¹²⁹ Cass., I civ., 8 ottobre 1962, in *Bull. civ.*, 1962, I, n. 405; nello stesso senso, Cass., I civ., 7 novembre 1962, in *Sem. jur.*, 1963, II, *Jur.*, 12987.

¹³⁰ M.-L. IZORCHE, *Les effets des conventions à l'égard des tiers*, in *Gli effetti del contratto nei confronti dei terzi nella prospettiva storico-comparatistica*, a cura di L. Vacca, cit., 82.

¹³¹ Tra le prime decisioni in tal senso, Cass., 16 janvier 1973, in *Bull. civ.*, 1973, IV, n. 28.

¹³² M.-L. IZORCHE, *op. cit.*, 83.

¹³³ Ad es., Cass. com., 17 juin 1997, in *Sem. jur.*, 1998, I, 144, in tema di *faute* contrattuale del mandatario nei riguardi del mandante, la quale può essere qualificata come *faute* quasi-delittuale nei confronti di un terzo «a condizione che essa costituisca anche la violazione di un'obbligazione generale di prudenza e diligenza» (nello stesso senso, Cass. com., 16 décembre 1997, *ivi*, 1998, I, 144). Secondo P. JOURDAIN, in *Rev. trim. dr. civ.*, 1998, 113, questa decisione «non potrebbe esprimere meglio l'idea della relatività della *faute* contrattuale», la quale «non costituisce necessariamente una *faute* delittuale nei riguardi dei terzi. Tutto dipende dalla portata del vincolo contrattuale che è stato violato».

¹³⁴ Cass., I civ., 15 décembre 1998, in *Contr. conc. consom.*, 1999, n. 37, con nota di L. LEVENEUR. Tale orientamento è stato condiviso dalla Sezione di diritto commerciale (Cass.

«per nulla scioccante, se si osserva che un buon padre di famiglia (secondo lo standard che serve a definire abitualmente la *faute* delittuale o quasi-delittuale) non deve rendersi colpevole dell'inadempimento, dannoso per i terzi, di un'obbligazione che ha assunto per contratto»¹³⁵.

Rispetto all'alternativa tra responsabilità contrattuale e responsabilità extracontrattuale, la soluzione seguita dalla sentenza n. 16754 del 2012 pare ulteriormente articolata, anche se, come si può verificare, l'idea dominante sembra essere quella seguita dal diritto francese.

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, oltre che nei confronti della madre nella qualità di parte contrattuale (ovvero di un rapporto da contatto sociale qualificato), 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»¹³⁶. 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»¹³⁷.

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.»¹³⁸.

Quindi, se è senz'altro contrattuale (e/o da “contatto sociale”, per l'operatore sanitario) la responsabilità della struttura sanitaria nei riguardi della gestante per il danno morale (e/o “esistenziale”) patito a seguito della violazione del suo diritto ad una “maternità cosciente e responsabile” – responsabilità che viene estesa, sulla base degli effetti di protezione del contratto, non soltanto al coniuge, ma anche ai fratelli ed alle sorelle del soggetto nato malformato –, il risarcimento, al minore “terzo”, del danno da «nascita malformata» assume i connotati dell'illecito extracontrattuale, proprio sulla scia della soluzione prediletta dal diritto francese.

com., 12 marzo 1991, *ivi*, 1991, n. 135) e dalla III sezione civile (Cass., III civ., 25 mars 1998, in *Sem. jur.*, 1998, I, 144).

¹³⁵ L. LEVENEUR, *op. loc. cit.*

¹³⁶ Cass., 2 ottobre 2012, n. 16754, cit., 178.

¹³⁷ Cass., 2 ottobre 2012, n. 16754, cit., 178.

¹³⁸ Cass., 2 ottobre 2012, n. 16754, cit., 191.

6. *La prestazione sanitaria, tra obblighi di prestazione e obblighi di protezione. I limiti alla “contrattualizzazione” della responsabilità: la reticenza, della Cassazione, all’estensione degli effetti di protezione del contratto nei riguardi di terzi pur qualificati da uno stretto rapporto parentale*

L’orientamento della Suprema corte 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 struttura della prestazione sanitaria. D’altronde, che in tema di responsabilità del medico la tematica degli obblighi di protezione trovasse un’applicazione assai controversa era già stato posto in luce, con autorevolezza, da Luigi Mengoni, ove aveva precisato come l’obbligazione di somministrare «cure attente, prudenti e conformi ai canoni della scienza» fosse senz’altro un obbligo di prestazione, giammai un obbligo di protezione, non avendo alcuna autonomia rispetto all’obbligo di curare il malato¹³⁹. 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 (almeno) l’«obbligo di informazione gravante su una parte del contratto nei confronti dell’altra quando l’informazione non costituisca l’oggetto del contratto stesso»¹⁴⁰, il problema potrebbe dirsi superato. Salvo, poi, a non ricomprendere, sempre e comunque, l’obbligo d’informazione proprio nella struttura della prestazione sanitaria¹⁴¹, ma a considerarlo come un obbligo “accessorio”, autonomo e indipendente, per quanto funzionalmente correlato rispetto all’esecuzione della prestazione. In tal senso, nelle varie ipotesi sottoposte al giudizio delle Corti, l’obbligo d’informazione potrebbe atteggiarsi ora come obbligo di prestazione, ora come obbligo di protezione, consentendo il ricorso agli effetti protettivi del contratto qualora l’informazione non integri specificatamente l’oggetto dello stesso.

Non sembra che sulla decisione abbia inciso il c.d. “Decreto Balduzzi” (d.l. n. 158 del 13 settembre 2012), convertito in legge, in maniera peraltro non conforme, nel novembre dello stesso anno (l. n. 189 dell’8/11/2012). L’improvvido richiamo all’art. 2043 c.c., effettuato dopo aver disposto la depenalizzazione delle condotte sanitarie connotate da mera colpa lieve, là dove l’esercente l’attività sanitaria si sia attenuto a linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica (art. 3, comma 1), non assume le caratteristiche di una generale riforma della responsabilità sanitaria, sia perché la disciplina è destinata ai soli medici del servizio pubblico sanita-

¹³⁹ L. MENGONI, *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi» (Studio critico)*, in *Riv. dir. comm.*, 1954, I, 368 e 371.

¹⁴⁰ Con la consueta chiarezza, C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, Milano, 2006, 497.

¹⁴¹ Sul punto, M.R. MARELLA, *Le conseguenze*, cit., 195.

rio¹⁴², sia perché la limitazione della responsabilità penale concerne le sole regole di perizia, senza involgere le ipotesi di colpa per negligenza o imprudenza¹⁴³, sia perché, con riguardo al citato rinvio alla disciplina della responsabilità extracontrattuale, la Cassazione si è affrettata a precisare, proprio in sede di commento alla predetta “riforma”, come sia «evidente che la materia della responsabilità civile segue le sue regole consolidate, e non solo per la responsabilità aquiliana del medico, ma anche per la c.d. responsabilità contrattuale del medico e della struttura sanitaria, da contatto sociale»¹⁴⁴.

La Suprema corte, anzi, pur in assenza di un rapporto di lavoro subordinato o para-subordinato tra clinica e chirurgo, ha esteso ulteriormente la responsabilità contrattuale: sia della struttura sanitaria ove ha avuto luogo il trattamento contestato, giudicandola responsabile (*ex art. 1218 c.c.*) non soltanto dell’inadempimento delle obbligazioni su di essa incombenti, ma anche (ai sensi dell’art. 1228 c.c.) dell’inadempimento della prestazione eseguita dal professionista, in quanto «ausiliario necessario dell’organizzazione aziendale»; sia dello stesso medico che, quale debitore della prestazione chirurgica e/o terapeutica promessa, è considerato responsabile anche dell’operato dei terzi (e, quindi, della stessa clinica) della cui attività si avvale, avendo un dovere specifico di controllo del buon funzionamento delle apparecchiature necessarie all’esecuzione dell’intervento¹⁴⁵. Il collegamento tra il rapporto medico/paziente e quello tra questi e la casa di cura è stato considerato rilevante sul piano giuridico anche in assenza di una relazione di subordinazione o di collaborazione tra clinica e chirurgo, in quanto «di norma, l’individuazione della Casa di cura dove il medico eseguirà la prestazione promessa costituisce parte fondamentale del contenuto del contratto stipulato tra il paziente ed il professionista, nel senso che ciascun medico opera esclusivamente presso determinate cliniche e che, a sua volta, ciascuna Casa di cura accetta solo i pazienti curati da determinati medici»¹⁴⁶.

La soluzione prescelta in tema di danno da “nascita malformata”, invece, trova il suo immediato precedente in una decisione della Suprema corte¹⁴⁷ che, pur avendo riconosciuto tra le parti una responsabilità contrattuale, ha qualificato in termini di responsabilità delittuale i danni arrecati a

¹⁴² Così V. CARBONE, *La responsabilità del medico pubblico dopo la legge Balduzzi*, in *Danno e resp.*, 2013, 383, ove considera l’art. 3 della l. n. 189 del 2012 una «*lex specialis* o norma *ad hoc* o *ad personam*».

¹⁴³ Cass. pen., Sez. IV, 11 marzo 2013, n. 11493, cit. da L. CAPUTI, *Medical malpractice: nodi inestricabili e nuove prospettive*, in *Danno e resp.*, 2013, 857.

¹⁴⁴ Cass., Sez. III, 19 febbraio 2013, n. 4030, in *Danno e resp.*, 2013, 367.

¹⁴⁵ Cass., Sez. III, 26 giugno 2012, n. 10616, in *Danno e resp.*, 2013, 840.

¹⁴⁶ Cass., 26 giugno 2012, n. 10616, cit., 840.

¹⁴⁷ Cass., Sez. III, 8 maggio 2012, n. 6914, in *Danno e resp.*, 2012, 1201 s., con nota di D. ZORZIT, *La Cassazione “dimentica” il contratto con effetti protettivi a favore del terzo: vero oblio o consapevole ripudio?*

terzi (pur “vicini” alla prestazione) dall’inesatto adempimento di un’obbligazione di sicurezza. Si trattava, nella specie, dell’azione promossa da una figlia avverso una casa di riposo la quale, non avendo adempiuto ai propri obblighi di protezione e di “controllo” nei confronti della madre che ivi era ricoverata, ne aveva consentito il suicidio. La Cassazione, pur confermando in astratto la risarcibilità del danno non patrimoniale anche in caso di inadempimento contrattuale, rileva come il rapporto contrattuale fosse intercorso tra la casa di riposo e la ricoverata, «non certo tra la prima e la figlia della seconda»¹⁴⁸. La tesi della ricorrente «sarebbe stata legittimamente prospettata» là dove la stessa avesse domandato il risarcimento del «danno proprio della vittima (effettiva contraente nel rapporto con la casa di cura); ella, invece, chiede il risarcimento del danno non patrimoniale da sé stessa subito a causa della morte della madre, con la conseguenza che l’ambito risarcitorio nel quale la domanda deve essere inquadrata è necessariamente di natura extracontrattuale»¹⁴⁹.

La Cassazione, anche in questo caso, esclude che la figlia, “terza” rispetto al contratto stipulato tra la madre e l’istituto, possa chiedere, ai sensi dell’art. 1218 c.c., il risarcimento del danno non patrimoniale patito *iure proprio* per la perdita della madre, attraverso lo strumento della traslazione degli effetti di protezione del contratto nei riguardi di terzi pur “qualificati” da uno stretto rapporto parentale. E la soluzione è, ancora una volta, in linea con gli archetipi della scienza giuridica francese, che qualifica il risarcimento del danno *par ricochet* nei riguardi degli «”ayants droit” admis à se prévaloir d’un droit à réparation» in termini di responsabilità extracontrattuale¹⁵⁰, anche là dove il danno sia stato causato a “terzi” da un inadempimento di obbligazioni che hanno la propria fonte in un contratto.

7. L’onere della prova nella responsabilità delittuale da inadempimento

Le descritte interferenze tra le responsabilità contrattuale ed extracontrattuale pongono, a questo punto, un problema di onere probatorio. In assenza di un’espressa ed univoca dichiarazione della volontà di interrompere la gravidanza in caso di malattia genetica, così come invece accaduto

¹⁴⁸ Cass., 8 maggio 2012, n. 6914, cit., 1201.

¹⁴⁹ Cass., 8 maggio 2012, n. 6914, cit., 1201.

¹⁵⁰ Infatti, le vittime *par ricochet* «sont en principe assujetties au régime des articles 1382 et suivants du Code civil» (per tutti, G. VINEY et P. JOURDAIN, *Les conditions*, III éd., 2006, cit., 173, dei quali sono anche le parole citate nel testo tra virgolette), avendo la Cassazione, anche di recente, contestato la possibilità di ricorrere alla «construction jurisprudentielle» fondata sulla *stipulation pour autrui tacite* (Cass., I Ch. civ., 28 octobre 2003, in *Rec. Dalloz*, 2004, *Jur.*, 233, con nota di P. DELEBECQUE, e in *Rev. trim. dr. civ.*, 2004, 96, con le osservazioni di P. JOURDAIN). Per un raffronto tra il *Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte* e la *stipulation pour autrui tacite* sia consentito rinviare a M. FEOLA, *Le obbligazioni*, cit., 55-139.

nel caso deciso nella sentenza n. 16754 del 2012, la Cassazione ritiene che la sola richiesta di accertamento diagnostico assuma il carattere di presunzione semplice che il giudice, di là da «qualsivoglia automatismo probatorio», deve valutare sulla base delle «circostanze concrete e specifiche»¹⁵¹ della singola vicenda processuale. La questione, «assai delicata», della materiale possibilità di ricostruzione dell'efficacia probatoria della presunzione semplice deve trovare risposta «nella specificità ed unicità di quello stesso processo», sulla base dei «fatti così come narrati», delle circostanze «come di volta in volta evidenziate», delle «stesse qualità personali delle parti agenti e resistenti»¹⁵². In assenza di qualsiasi ulteriore elemento che «"colori" processualmente la presunzione *de qua*», il principio di vicinanza della prova «e quello della estrema difficoltà (ai confini con la materiale impossibilità) di fornire la prova negativa di un fatto» (cioè, della «volontà di non abortire nonostante la diagnosi infausta») inducono a ritenere che «sia onere di parte attrice integrare il contenuto di quella presunzione con elementi ulteriori (di qualsiasi genere) da sottoporre all'esame del giudice per una valutazione finale circa la corrispondenza della presunzione stessa all'asserto illustrato in citazione»¹⁵³.

Questo indirizzo è stato confermato da una più recente decisione, la quale, pur intendendo collocarsi «in sostanziale continuità»¹⁵⁴ con il *leading case* del 2012, sembra seguire una linea ermeneutica più rigorosa¹⁵⁵, là dove limita il valore dei meccanismi presuntivi fondati su criteri di valutazione di tipo statistico sia nell'accertamento delle condizioni legittimanti il ricorso all'aborto terapeutico, sia nella prova della volontà di ricorrervi, qualora la gestante fosse stata correttamente informata delle malformazioni del feto. A fronte di un onere probatorio «oggettivamente difficile», in quanto volto a dimostrare «non già quel che si è nei fatti verificato, ma quel che si sarebbe presumibilmente verificato, ove il medico avesse adempiuto alla sua obbligazione», la prova della volontà della gestante d'interrompere la gravidanza non può essere desunta dalla sola «richiesta [...] anche di più accertamenti diagnostici, ove non espressamente funzionalizzati alla verifica di eventuali anomalie del feto»¹⁵⁶, essendo tale atto soltanto un indizio di per sé privo dei caratteri di gravità ed univocità.

L'inversione dell'onere della prova, che viene a gravare sull'attore/creditore e non sul debitore convenuto, viene giustificata dalla Cassazione come applicazione dell'orientamento delle Sezioni unite in tema di

¹⁵¹ Cass., 2 ottobre 2012, n. 16754, cit., 196.

¹⁵² Cass., 2 ottobre 2012, n. 16754, cit., 196.

¹⁵³ Cass., 2 ottobre 2012, n. 16754, cit., 197.

¹⁵⁴ Così Cass., Sez. III, 22 marzo 2013, n. 7269, in *Danno e resp.*, 2013, 1072 ss.

¹⁵⁵ C. TRECCANI, *Richiesta di accertamento diagnostico e onere della prova: i primi punti fermi della Corte di cassazione*, in *Danno e resp.*, 2013, 1079.

¹⁵⁶ Le espressioni citate tra virgolette sono tratte da Cass., 22 marzo 2013, n. 7269, cit., 1075 e 1074.

“vicinanza della prova” nella “prova negativa di un fatto”¹⁵⁷, quindi, pur sempre nell’ambito della responsabilità contrattuale, piuttosto che attraverso una qualificazione della fattispecie in termini di responsabilità extracontrattuale.

Un distinto discorso, poi, riguarda l’ulteriore rapporto tra l’“inadempimento” nei confronti della gestante e il danno arrecato al “terzo” nato malformato, ovvero tra «violazione di una relazione giuridicamente rilevante, anche quando non sussista un obbligo di prestazione, e lesione della sfera giuridica altrui al di fuori di tale relazione»¹⁵⁸, pur là dove la fattispecie esaminata sia stata qualificata implicitamente dalla Cassazione in termini di responsabilità delittuale da inadempimento. Se è incontestato che il rapporto intercorrente tra la madre e la struttura sanitaria sia disciplinato dalle regole probatorie relative alla responsabilità contrattuale, sorge il dubbio che altrettanto possa dirsi per l’ulteriore relazione che legittima il risarcimento del danno da nascita malformatata direttamente nei riguardi del minore. Istantivamente si potrebbe essere propensi ad affermare che, trattandosi di responsabilità delittuale, sia pure “da inadempimento”, dovrebbe applicarsi la disciplina generale della prova che è propria del torto per *faute prouvée* (art. 2043 c.c.). Ma, a ben guardare, la circostanza che il fatto sia rappresentato da un inadempimento che causa conseguenze dannose nei riguardi di un “terzo” pur estraneo agli obblighi di prestazione nascenti dal contratto, e non da una qualsiasi *faute*, può determinare alcune conseguenze. Si è già detto come la stessa scienza giuridica francese inizi a non richiedere più l’elemento della *faute* delittuale o quasi-delittuale, ma consideri sufficiente l’inesatto adempimento dell’obbligazione a fondare una responsabilità delittuale verso terzi. E tale soluzione appare perfettamente in linea con quella autorevole dottrina italiana che, in ipotesi analoghe, ora considera come non necessaria la prova della colpa del danneggiante ai fini dell’accertamento della responsabilità¹⁵⁹, ora «esclude» che il soggetto “inadempiente” possa liberarsi mediante la sola dimostrazione dell’assenza di colpa, non essendo tale prova sufficiente secondo l’art. 1218 c.c.¹⁶⁰.

In altri termini, il fatto dell’inadempimento assorbe per intero sia l’elemento della colpa, che è proprio della responsabilità delittuale per *faute*, sia quello “oggettivo” (antigiuridicità o “ingiustizia”), che, com’è noto, non rileva autonomamente in tema di responsabilità contrattuale, risultando implicitamente presente nella «violazione di un rapporto giuridicamen-

¹⁵⁷ Cass., Sez. un. civ., 30 ottobre 2001, n. 13533, in *Danno e resp.*, 2001, 1567 s.

¹⁵⁸ Testualmente, C. CASTRONOVO, *La Cassazione supera se stessa e rivede la responsabilità precontrattuale*, in *Europa e dir. priv.*, 2012, 1240, in nota a Cass. civ., 20 dicembre 2011, n. 27648; e già ID., *La relazione come categoria essenziale dell’obbligazione e della responsabilità contrattuale*, *ivi*, 2011, 72 s.

¹⁵⁹ C. CASTRONOVO, *La Cassazione*, cit., 1234.

¹⁶⁰ Così, L. MENGONI, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale* (in *Riv. dir. comm.*, 1956, II), ora in *Scritti*, vol. II, *Obbligazioni e negozio*, Milano, 2011, 281.

te rilevante», anche là dove esso «tipicamente non nasce da contratto, e tipicamente non deriva da inadempimento di un obbligo di prestazione»¹⁶¹. Malgrado si definisca come delittuale tale responsabilità, quest'ultima trova il suo fondamento nella violazione di obblighi di protezione o di *sécurité* nei riguardi di “terzi” qualificati, che sono autonomi, ma funzionalmente collegati all'inadempimento di obbligazioni che hanno la loro fonte in una relazione giuridicamente rilevante. È possibile, quindi, che anche sotto il profilo probatorio possano applicarsi le regole che sono proprie della responsabilità contrattuale, rispetto a quelle che, per tradizione, connotano la disciplina della responsabilità extracontrattuale per colpa. Quanto meno in Italia, ove vige un regime di chiara differenziazione probatoria per le due specie della responsabilità civile, il principio di vicinanza della prova potrebbe consentire al “terzo” danneggiato – di là dallo specifico onere probatorio richiesto per la prova negativa di un fatto – di limitarsi ad allegare l'inadempimento «astrattamente idoneo a provocare il danno», incombendo sul debitore l'onere di «dimostrare o che tale inadempimento non vi è stato ovvero che, pur esistendo, esso non è stato eziologicamente rilevante»¹⁶².

8. *I danni (patrimoniali e non patrimoniali) risarcibili. Il danno da «nascita malformata» quale causa di un'«esistenza diversamente abile»*

Malgrado le Sezioni unite abbiano (forse, un po' troppo frettolosamente)¹⁶³ riunito le voci dei danni biologico e “morale” (e/o esistenziale) nell'«unica categoria legislativamente prevista, che è quella del danno non patrimoniale»¹⁶⁴, è necessario distinguere i danni patiti dalla donna (in base alla responsabilità contrattuale), dal marito e dai fratelli 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 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 del risarcimento.

¹⁶¹ C. CASTRONOVO, *op. ult. cit.*, 1237.

¹⁶² Così Cass., Sez. un., 11 gennaio 2008, n. 577, in *Danno e resp.*, 2008, 792.

¹⁶³ Con riferimento all'orientamento delle Sezioni unite (11 novembre 2008, nn. 26972, 26973, 26974, 26975, cit., 31 s.) si è parlato di un orientamento «riduzionista» che, “globalizzando” il danno non patrimoniale, «ingenera confusione tra i diversi criteri di valutazione e di liquidazione» (A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Chiaroscuri d'autunno. Il danno non patrimoniale e le Sezioni unite*, in *Il danno non patrimoniale. Guida commentata alle decisioni delle S.U.*, 11 novembre 2008, nn. 26972/3/4/5, Milano, 2009, 362 ss.).

¹⁶⁴ Lo rileva, in proposito, P.G. MONATERI, *Il danno al nascituro*, cit., 65.

Il risarcimento alla donna ed al marito, come già precisato dalla Cassazione in una precedente decisione¹⁶⁵, dovrà avere ad oggetto sia il danno patrimoniale sia il danno non patrimoniale.

Con riferimento al primo, 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»¹⁶⁶. Con una valutazione «necessariamente equitativa», il giudice di merito deve liquidare il complessivo danno patrimoniale, individuando «il momento del raggiungimento della indipendenza economica alla età di trenta anni»¹⁶⁷.

Nel liquidare il danno non patrimoniale dei coniugi, «indipendentemente da un danno morale o biologico, peraltro sempre possibile»¹⁶⁸, la Cassazione risarcisce specificatamente quel danno consistente nel «condurre giorno per giorno, nelle occasioni più minute come in quelle più importanti, una vita diversa e peggiore (quanto si voglia nobilitata dalla dedizione al congiunto svantaggiato, ma peggiore [...]) di quella che avrebbe altrimenti condotto»¹⁶⁹. Utilizzando come parametro di riferimento quello di calcolo del danno biologico, si approva la liquidazione equitativa effettuata dai giudici di appello della somma di euro 200.000,00 «alla attualità» in favore di ciascuno dei coniugi¹⁷⁰. Il medesimo danno da “nascita indesiderata”¹⁷¹ deve essere risarcito, ora, anche ai fratelli del minore nato malformato, una volta che la Suprema corte ha inserito «a pieno titolo»¹⁷² 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»¹⁷³. Con riferimento alla madre, poi, potrà essere risarcito anche il danno biologico specificamente previsto dagli artt. 4 e 6 della l. n. 194 del 1978, allorché il «grave pericolo per la salute fisica o psichica della donna» (art. 6, lett. *b*) si sia tradotto in una patologia accertabile e valutabile in sede medico-legale.

Riguardo ai danni risarcibili direttamente al minore, una posizione di assoluto rilievo assume il danno da “nascita malformata”, da valutare e liquidare sulla base del *calcul au point*. La giurisprudenza, nel risolvere un

¹⁶⁵ Cass., 4 gennaio 2010, n. 13, cit., 700.

¹⁶⁶ Cass., 4 gennaio 2010, n. 13, cit., 700.

¹⁶⁷ Cass., 4 gennaio 2010, n. 13, cit., 700.

¹⁶⁸ Cass., 4 gennaio 2010, n. 13, cit., 701.

¹⁶⁹ Cass., 4 gennaio 2010, n. 13, cit., 699 s.

¹⁷⁰ Cass., 4 gennaio 2010, n. 13, cit., 701.

¹⁷¹ Così Cass., 4 gennaio 2010, n. 13, cit., 699.

¹⁷² Cass., 2 ottobre 2012, n. 16754, cit., 178.

¹⁷³ Cass., 2 ottobre 2012, n. 16754, cit., 178.

caso analogo, ha quantificato 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, rispettivamente, della madre e del padre) a titolo di danni non patrimoniali subiti *iure proprio* dai singoli genitori¹⁷⁴. Ma la Suprema corte, nella sentenza n. 16754 del 2012, indica ulteriori specifici elementi che devono essere oggetto di risarcimento. Non limita il danno non patrimoniale subito dal minore “nato malformato” al solo danno biologico, bensì individua 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»¹⁷⁵. Oltre alla «malformazione in 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»¹⁷⁶. In aggiunta al danno biologico dovrà essere risarcito anche il danno morale nella sua connotazione relazionale ed esistenziale, in quanto, come afferma la stessa Suprema corte, «il vivere una vita malformata è di per sé una condizione esistenziale di potenziale sofferenza»¹⁷⁷.

La «nascita malformata», quindi, è causa di un’«esistenza diversamente abile». Il definire la nuova figura di danno con riferimento alla prima alternativa, piuttosto che alla seconda, significa non già voler limitare l’area della risarcibilità ai soli aspetti biologici e “passati”, ma individuare, con espressione di sintesi, l’evento iniziale che, a sua volta, è causa delle ulteriori “conseguenze” dannose che sono, inevitabilmente, rivolte verso il presente ed il futuro. Nell’eventualità che il giudice voglia procedere, secondo i contestati dettami delle sentenze di San Martino¹⁷⁸, ad una valutazione unitaria e globalizzante del “danno non patrimoniale”, il risarcimento non può non avere ad oggetto anche l’«esistenza diversamente abile», ovvero «*lo stato funzionale di infermità, la condizione evolutiva della vita handicappata intese 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*»¹⁷⁹.

¹⁷⁴ Cass., 11 maggio 2009, n. 10741, cit., 94.

¹⁷⁵ Cass., 2 ottobre 2012, n. 16754, cit., 193.

¹⁷⁶ Cass., 2 ottobre 2012, n. 16754, cit., 191.

¹⁷⁷ Cass., 2 ottobre 2012, n. 16754, cit., 178.

¹⁷⁸ Com’è noto, l’appellativo si deve a F.D. BUSNELLI, ... *E venne l’estate di San Martino*, in *Il danno non patrimoniale*, cit., 91 ss.

¹⁷⁹ Cass., 2 ottobre 2012, n. 16754, cit., 193 (i corsivi sono nel testo della sentenza).