

Nascita indesiderata

Giurisprudenza-normativa e “diritto a non nascere se non sano”. La Corte di cassazione in vena di *revirement*?

CASSAZIONE CIVILE, Sez. III, 11 maggio 2009 n. 10741 - Pres. Varrone - Est. Spagna Musso - P.M. Salvi (conf.)

... *Omissis*...(*).

IL COMMENTO di Francesco Di Ciommo

All'esito di una riflessione che si snoda tra considerazioni di teoria generale del diritto, in particolare in materia di fonti e di interpretazione, e l'affermazione di una certa soggettività giuridica del nascituro, la Cassazione, con la pronuncia in rassegna, torna a pronunciarsi in materia di responsabilità sanitaria per erroneo trattamento medico prenatale, riconoscendo il diritto al risarcimento ai genitori ed al bambino, ma non per i danni derivanti dalla lesione del c.d. diritto "a non nascere se non sano". L'originale percorso argomentativo seguito dalla Corte, tuttavia, offre il destro alla prefigurazione di scenari evolutivi della giurisprudenza in materia, nel segno dell'allargamento della sfera dei danni risarcibili, sino a ricomprendere la lesione di una posizione giuridica del nascituro che si potrebbe identificare in termini di diritto "a nascere in un ambiente familiare idoneo".

1. La c.d. "giurisprudenza-normativa" nel nuovo assetto delle fonti secondo la Cassazione.

Con la sentenza n. 10741/09 in epigrafe (1), la Cassazione, confermando la pronuncia di merito emessa dalla Corte d'Appello di Napoli, attraverso un apparato argomentativo meritevole di particolare attenzione ed una soluzione, in parte, senz'altro originale, mette la parola fine ad una complessa vicenda giudiziaria in materia di responsabilità sanitaria per omessa o insufficiente informazione fornita alla gestante circa le proprietà teratogene del farmaco alla stessa somministrato per determinarne l'ovulazione. In breve, la causa concerne la pretesa risarcitoria promossa dai genitori, anche nell'interesse del bambino, nato con gravi patologie ricollegabili all'utilizzazione del

farmaco, i quali lamentano di non essere stati adeguatamente informati dei potenziali rischi derivanti dall'uso del farmaco in questione e, dunque, di non aver potuto assumere una scelta consapevole circa il trattamento sanitario a cui la donna voleva sottoporsi per superare i propri problemi di sterilità; in assenza di tale informazione, i sanitari, sempre secondo la prospettazione degli originari attori, devono rispondere dei danni causati sia ai genitori che al bambino. Di contro, la tesi difensiva degli originari convenuti

Nota:

(1) La sentenza è già pubblicata in questa *Rivista* (2009, 1167) con nota di S. Cacace, *Figli indesiderati nascono. Il medico in tribunale*; nonché in *Il quotidiano Giuridico*, 12 giugno 2009, con commento di G. Sigillò, *Responsabilità medica. Soggettività giuridica del nascituro e diritto al risarcimento del danno*.

- in realtà condotta a più voci a cagione della diversa posizione in giudizio dei medici coinvolti nella vicenda - contesta, in particolare, l'esistenza di prove circa l'omissione informativa in parola, oltre che la sussistenza del nesso di causalità tra tale omissione e i danni patiti dal figlio e dai suoi genitori, nonché la stessa configurabilità nel nostro ordinamento del danno da nascita indesiderata.

Prima di cimentarsi con la delicata tematica appena riassunta, al fine di risolvere il caso concreto la Suprema corte sente il bisogno di svolgere due "ineludibili premesse argomentative". Proprio da tali "premesse" giova cominciare l'analisi della sentenza in commento, non solo per la rilevanza che esse hanno sul *decisum* e sui potenziali sviluppi della giurisprudenza in materia, bensì per le fondamentali implicazioni di teoria generale che le stesse sottendono.

Le due "ineludibili premesse argomentative" in esame sono: una, incentrata su "l'attuale modo di essere e di strutturarsi del nostro ordinamento, in particolare civilistico, quale basato su una pluralità di fonti, con conseguente attuazione di c.d. principi di decodificazione e depatrimonializzazione"; l'altra, relativa alla "funzione interpretativa del giudice in ordine alla formazione della c.d. giurisprudenza-normativa, quale autonoma fonte del diritto". Nello svolgimento di tali premesse la Cassazione si sofferma sull'apporto, nell'attuale assetto delle fonti, della c.d. "giurisprudenza-normativa", che viene considerata, nella pronuncia in rassegna, "in linea con la maggiore consapevolezza dei giudici di operare in un sistema ordinamentale che, pur essendo di *civil law* e, quindi, non basato su soli principi generali [...] si configura come semi-aperto [...] perché fondato non solo su disposizioni di legge riguardanti dettagliate e settoriali discipline ma anche su c.d. clausole generali [...] che scientemente il legislatore trasmette all'interprete per consentirgli, nell'ambito di una più ampia discrezionalità, di attualizzare il diritto, anche mediante l'individuazione (là dove consentito, come nel caso dei diritti personali, non tassativi) di nuove aree di protezione di interessi". Sempre secondo la Suprema corte, "in tal modo, con evidente applicazione del modello ermeneutico tipico della *Interessenjurisprudenz* (c.d. giurisprudenza degli interessi, in contrapposizione alla *Begriffsjurisprudenz* o giurisprudenza dei concetti quale espressione di un esasperato positivismo giuridico)", si eviterebbe sia il rischio del mancato adeguamento dell'ordinamento all'evolversi dei tempi, insito nei c.d. sistemi-chiusi, che quello dell'arbitrarietà ed incontrollabilità dell'opinione dei giudici, insito nei c.d. sistemi aperti.

Lo sforzo ricostruttivo compiuto nel caso di specie pare significativo. Tanto significativo da rendere quasi irrilevanti i passaggi in cui, con una certa fretta, la Cassazione liquida l'esperienza giuridica di *common law*, rischiando di fraintenderne contenuti e meccanismi. In poche battute, sostanzialmente quelle qui appena riportate, il Collegio descrive l'attuale assetto delle fonti del diritto ed i nuovi equilibri costituzionali per giungere ad affermare, se ben si intende, che il nostro ordinamento è caratterizzato dal principio di legalità (la sentenza lo identifica nel *Rule of Law*), ma che in tale assetto "il primato della legge passa necessariamente attraverso l'attività ermeneutica del giudice" volta a tutelare al meglio gli interessi meritevoli. Come dire: il giudice è soggetto, come ogni altro cittadino, alla legge, ma è il giudice che decide quale sia la legge elevando la tutela degli interessi a valore assoluto.

In questo contesto, appare interessante, ma anche in un certo senso pericoloso, il riferimento, contenuto nella sentenza in rassegna, alla giurisprudenza degli interessi, laddove non accompagnato da un rigoroso esame dei criteri logici che il giudice deve seguire nell'applicare ed eventualmente "formare" il diritto (2). A tal proposito, infatti, giova evidenziare che anche nella *jurisprudence* nordamericana, alla quale senza mezzi termini fa riferimento la sentenza in esame, infatti, non mancano i contestatori della tesi per cui i giudici, di fronte alle lacune dell'ordinamento giuridico, possono, anzi devono, comportarsi come fossero il legislatore (3). Il dibattito tra le due correnti di pensiero, in verità - al netto delle pur rilevanti questioni metodologiche relative al modo di approcciare il diritto -, si riduce sostanzialmente al confronto sui contenuti della discrezionalità di cui il giudice gode nell'esercizio della sua funzione interpretativa ed applicativa del diritto, oltre che sul

Note:

(2) In tema di teoria dell'argomentazione giuridica e, in particolare, della logica che deve presiedere allo svolgimento dell'attività giudiziale, v. R. Alexy, *Teoria dell'argomentazione giuridica*, trad. it., Milano, 1998; nonché N. MacCormick, *Ragionamento giuridico e teoria del diritto*, trad. it., Torino, 2001; F. Viola - G. Zaccaria, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Roma-Bari, Bari, 2004; R. Guastini, *L'interpretazione dei documenti normativi*, Milano, 2004; G. Zagrebelsky, *La legge e la sua giustizia*, Milano, 2008; e, da ultimo, A. Incampo, *Metafisica del processo. Idee per una critica della ragione giuridica*, Bari, opera in corso di pubblicazione che si è potuta leggere in anteprima per gentile concessione dell'Autore.

(3) Tra i primi, R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Mass., 1977, trad. it., *I diritti presi sul serio*, Bologna, 1982; diversamente H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, Oxford, 1963, trad. it., *Il concetto del diritto*, Torino, 1965.

ruolo del giudice e sugli obiettivi concreti che la giurisprudenza è chiamata a realizzare (4).

A questo punto, deve necessariamente domandarsi, nell'ambito della gerarchia delle fonti, la c.d. giurisprudenza-normativa dove vada collocata, salvo che non si voglia reputare che la gerarchia riguarda solo le fonti poste, di talché la giurisprudenza-normativa sarebbe, in senso stretto, fuori dall'assetto gerarchico delle fonti. Quest'ultima, probabilmente, la soluzione più semplice e corretta sul piano dogmatico, che impone però il seguente corollario: il giudice (civile) interpreta la legge e laddove ritenga, alla luce dei valori costituzionali, che essa non tutela a sufficienza una situazione giuridica meritevole, interviene e crea la forma giuridica di tutela necessaria, anche eventualmente in contrasto con la legge stessa, e senza subire alcun sindacato di costituzionalità, in quanto al momento non esiste un meccanismo sicuro di sindacato della costituzionalità degli orientamenti pretori, anche consolidati, salvo che questi riguardino la stretta interpretazione di una o più norme di legge, e sempre che un giudice sollevi nel futuro la questione di costituzionalità dinnanzi alla Consulta.

C'è sicuramente materia e spazio per approfondire la riflessione, posto che - giova ribadirlo - la questione è di quelle davvero centrali in quanto riguarda direttamente l'equilibrio tra i poteri dello Stato, oltre che il modo di essere, e dunque di evolversi, dell'ordinamento giuridico.

2. Il c.d. "danno da nascita indesiderata"

Al di là di quanto evidenziato nel precedente paragrafo circa le "ineludibili premesse argomentative" svolte dalla Suprema corte, la sentenza in epigrafe - come anticipato - si segnala per come, nel merito, tratta il tema specifico oggetto del procedimento pretorio nel quale essa è stata resa. La materia è quella nota del danno da nascita, eventualmente indesiderata, fattispecie rientrante nel più ampio novero delle responsabilità mediche per condotte professionali (omissive o commissive) che durante la gravidanza provocano danni alla salute del nascituro ed eventualmente, di conseguenza, anche suoi ai genitori. Tali danni, oltre che da prescrizione di farmaci con proprietà teratogene, possono derivare dall'errata o mancata diagnosi prenatale circa la salute del feto.

Le due situazioni, apparentemente simili, sono in realtà, sul piano giuridico, molto diverse in quanto, al contrario di quanto avviene nel caso di prescrizione di farmaci teratogeni, la errata o mancata diagnosi non incide causalmente sulla produzione della pato-

logia successivamente riscontrata nel bambino, sicché i genitori potranno lamentare nei confronti dei sanitari esclusivamente di aver subito un'informazione lacunosa circa lo stato di salute del feto, e che tale difetto di informazione ha di fatto impedito alla madre di poter decidere se effettuare o meno l'aborto terapeutico nei termini previsti dalla legge. In tal caso, dunque, i genitori potranno ottenere in giudizio esclusivamente il c.d. risarcimento da nascita indesiderata; mentre si reputa che il bambino non abbia diritto ad alcun risarcimento del danno in quanto - questo il ragionamento sostanzialmente seguito dalla giurisprudenza in materia (v. *infra*) - la mancata diagnosi medica, avendo impedito alla madre la scelta abortiva, si sarebbe tradotta per il bambino comunque in un vantaggio, quello di nascere benché malato, o quanto meno non avrebbe leso un suo diritto soggettivo, visto che nel nostro ordinamento non esisterebbe, in nessun caso, il diritto di non nascere.

In tale ambito, negli ultimi dieci anni si è avuto, senza alcun dubbio, a favore dei genitori, un progressivo ampliamento della sfera di responsabilità civile per cattiva assistenza sanitaria che si sia tradotta nella nascita di un bambino non voluto in quanto malato. In particolare, sotto questo profilo può osservarsi che ancora nel 1999 la Suprema corte sosteneva che solo la sussistenza delle condizioni per procedere all'interruzione della gravidanza avrebbe potuto consentire di ritenere esistente il nesso di causalità tra il comportamento non adeguato dei sanitari e il danno, per concludere nel senso che l'inadempimento all'obbligo di corretta informazione, da parte del medico nei confronti della paziente, di per sé non rileva ai fini del risarcimento, se questa non dà prova della sussistenza, nel caso concreto, delle condizioni previste dall'art. 6 della legge n. 194/1978 per il ricorso all'interruzione volontaria di gravidanza ed inoltre che ella avrebbe senz'altro abortito se ben informata (5).

L'inversione di tendenza si ebbe con la sentenza n. 6735 del 10 maggio 2002 (6), con la quale la Cassazione, per la prima volta, stabilì che la perdita del di-

Note:

(4) Cfr. R.A. Posner, *Overcoming Law*, Cambridge, Mass., 1998.

(5) Così Cass. 24 marzo 1999, n. 2793, in *Foro it.*, 1999, I, 1804, con nota di Palmieri, e in *Danno e resp.*, 1999, 766 con nota di Gorgoni; nonché, sebbene con qualche differenza, Cass. 8 luglio 1994, n. 6464, *Foro it.*, Rep. 1995, voce *Professioni intellettuali*, nn. 163, 164, e, per esteso, in *Corr. giur.*, 1995, 91, con nota di Batà, e Cass. 1 dicembre 1998 n. 12195, in *Foro it.*, 1999, I, 77, con nota di Palmieri.

(6) In *Foro it.*, 2002, I, 3115, con nota di Simone e osservazioni di Palmieri.

ritto di scelta della donna d'interrompere la gravidanza, in presenza di malformazioni del feto, si pone su un piano di regolarità causale rispetto alla tempestiva informazione, oggetto di indagine diagnostica prenatale, circa la presenza di gravi patologie del nascituro, sicché, in definitiva, la paziente in giudizio, per ottenere il risarcimento dei danni da mancata informazione prenatale, non ha bisogno di provare che ella, se avesse avuto un'informazione sanitaria adeguata, avrebbe senz'altro scelto di abortire, mentre è il medico convenuto che in giudizio è chiamato eventualmente a dimostrare il contrario.

La Cassazione, sempre nella sentenza n. 6735/2002, compiva altri due importanti passi nella prospettiva dell'allargamento dell'aria di risarcibilità dei danni causati da cattiva prestazione sanitaria prenatale, dato che: da un lato, affermava la natura contrattuale della responsabilità dei sanitari, con ciò gravando questi ultimi dell'onere di provare in giudizio di aver adempiuto ai propri obblighi o che l'inadempimento si deve a forza maggiore, e nel contempo sollevando gli attori da ogni onere probatorio circa la colpa professionale dei convenuti; dall'altro, ricomprendeva tra i soggetti potenzialmente danneggiati, accanto alla paziente, suo marito.

Conferma dell'evoluzione pretoria in parola si ebbe con la sentenza del 21 giugno 2004 n. 11488 (7), nella quale, tra l'altro, il Supremo Collegio confermava che "non compete alla gestante la prova della gravità della colpa del medico ma spetta a quest'ultimo provare che l'impossibilità della prestazione sia derivata da causa a lui non imputabile". Ciò, peraltro, sulla scia dell'orientamento pretorio che si andava consolidando nell'affermare che "in tema di responsabilità contrattuale del professionista medico che si sia reso responsabile di una diagnosi errata, integrante per sé l'inadempimento [...], la prova della mancanza di colpa deve essere fornita dal debitore della prestazione e dell'eventuale di incertezza sulla stessa si deve giovare il creditore e non il debitore" (così Cass. 4 marzo 2004 n. 4400 (8), sul punto v. anche *infra*).

Nello stesso periodo la giurisprudenza chiariva meglio i contorni del diritto il cui risarcimento, in capo alla gestante, veniva ammesso e tutelato nei termini appena sintetizzati, precisando che "la lesione del diritto costituzionalmente garantito all'autodeterminazione nella scelta procreativa [...] impone al danneggiato di condurre giorno per giorno, nelle occasioni più minute, come in quelle più importanti, una vita diversa che, per quanto si voglia nobilitata dalla dedizione al congiunto svantaggiato, è pur sempre peggiore di quella che egli avrebbe altrimenti condotto" (così App. Perugia 15 dicembre 2004 (9)).

3. La (sinora costante) negazione, da parte della giurisprudenza italiana, del diritto "a non nascere se non sano"

In sede di affermazione pretoria del diritto all'autodeterminazione procreativa da parte della gestante, si è altresì ritenuto che l'obbligazione medica di eseguire e comunicare una corretta diagnosi prenatale sia finalizzata anche a consentire il ricorso a forme di terapia genica in utero per disinnescare, o quanto meno arginare, il processo patologico in evoluzione, nonché a programmare l'esecuzione di cure risolutive ovvero limitative dei danni al bambino (ed al suo nucleo familiare) al momento della nascita, così che il sanitario risponde dei danni in termini di patologie che si sarebbero potute evitare, nonché di perdita di *chance* di guarigione del nascituro, ed ovviamente di tutte le conseguenze dirette di tali circostanze (10).

Al contrario, è opinione giurisprudenziale consolidata, almeno tra i giudici italiani, quella per cui, se l'insorgere o l'aggravamento delle patologie non evidenziate dalla errata diagnosi prenatale non erano comunque evitabili dal sanitario, ed ovviamente se questi non le ha determinate con la propria condotta, non si ha responsabilità per i danni patiti dal bambino nato malato e dunque, eventualmente, indesiderato. E ciò in considerazione del fatto che non sarebbe "configurabile nel nostro ordinamento un diritto a non nascere se non sano in quanto non c'è rapporto biunivoco e diretto tra malformazione prenatale e interruzione volontaria della gravidanza. Alla luce dell'art. 6 legge n. 194/1978, è esclusa la possibilità di praticare l'aborto cd. eugenetico o selettivo (ossia per la sola causa che il feto è malformato), essendo invece requisito essenziale il pericolo di vita o di integrità della salute psicofisica della donna (11). L'argomento utilizzato dalla giurisprudenza per giustificare il mancato riconoscimento del diritto a non nascere se non sano, in vero, non convince.

Si dirà che in materia non può ragionarsi in termini di frontiere mobili. Si dirà che la vita è sacra o che, in ogni caso, l'ordinamento giuridico non riconosce come meritevole di tutela l'interesse a non nascere,

Note:

(7) In *Foro it.*, 2004, I, 3328, con nota di Bitetto.

(8) In *Foro it.*, 2004, I, 1403

(9) In *Foro it.*, Rep. 2005, voce *Danni civili*, 244

(10) Così Trib. Reggio Calabria, 31 marzo 2004, in questa *Rivista*, 2005, 769, con nota di Bitetto.

(11) Così Cass., sez. III, 14 luglio 2006, n. 16123, in *Foro it. Rep.* 2006, voce *Responsabilità civile*, n. 277, nonché in *Giur. it.* 2007, 1921, con nota di Lubelli; più di recente, Trib. Pesaro, 26 maggio 2008, in *Giust. civ.* 2008, 2273, con nota di Amoroso.

mentre riconosce in tutte le forme il diritto alla vita. Per conseguenza si continuerà ad affermare che il bambino nato con una grave malformazione o, comunque, una grava malattia, non diagnosticata durante la gravidanza dai sanitari preposti in tempo utile per consentire alla madre di interrompere la gravidanza, come consentito dalla legge, non ha comunque diritto ad alcun risarcimento del danno per essere venuto alla vita, in quanto, per l'appunto, egli non era titolare di un interesse a non nascere. Ma la sensazione, rinforzata anche dalla sentenza in epigrafe, è che le cose non stiano proprio così - come peraltro dimostra, ad esempio, la complessa vicenda francese in materia (12) - e che anche la giurisprudenza italiana cominci in qualche modo a lanciare segnali di consapevolezza.

4. "Non-soggetti giuridici" e paradossi del sistema della responsabilità civile

Parla provocatoriamente di "non-soggetto giuridico" Jean Carbonnier - nel suo celeberrimo *Flexible droit* (13) - a proposito del concepito, così come, tra l'altro, della persona in stato comatoso o del deceduto. E ciò, non già per evidenziare l'impossibilità, per l'uno e per gli altri, di essere titolari di diritti e/o doveri; bensì per sottolineare come, malgrado siano considerati dal diritto oggettivo sotto molteplici profili, essi non sono riconosciuti portatori di diritti soggettivi se non condizionatamente e indirettamente. Il "non-soggetto giuridico" sarebbe, dunque, un soggetto di diritto - anzi di più: ciò che non è soggetto di diritto non può essere "non-soggetto giuridico" - ma è sostanzialmente privato dei diritti soggettivi, se non nella misura in cui di volta in volta, in modo circoscritto e per ragioni contingenti, l'ordinamento giuridico gliene riconosce qualcuno *pro tempore*. Conclude il suo discorso sul punto Carbonnier osservando come la condizione dei "non-soggetti giuridici" è il riflesso nella nostra visione etnocentrica del mondo e della vita, in quanto "è la tribù dei soggetti giuridici che cerca di immaginare come i non-soggetti percepiscono, sentono, vivono la loro condizione", di talché "non ci stupiremo che le impronte del piede di un non-soggetto giuridico siano leggere e pronte a cancellarsi sulle sabbie del diritto" (14).

L'originale riflessione dello studioso francese sulla condizione dei "non-soggetti giuridici" pare descrivere efficacemente lo stato attuale della giurisprudenza italiana in materia di diritti del concepito. Da un lato, considerato portatore di alcuni diritti della personalità e patrimoniali - da far valere, però, solo se ed in quanto nato -, dall'altro trattato come una non-per-

sona in quanto sostanzialmente disconosciuto negli aspetti più intimi e delicati della sua esistenza.

Dimostrazione emblematica di questa situazione ibrida in cui versa il nascituro nel nostro ordinamento è data proprio dalla giurisprudenza nostrana in materia di diritto del feto ad una corretta diagnosi prenatale. In materia, infatti, come detto, l'indirizzo pretorio attualmente consolidato è nel segno di negare ogni tipo di risarcimento al nascituro che sia venuto alla luce con una patologia non diagnosticata durante la gestazione, quando tale patologia non sia stata causata, o comunque aggravata, dall'attività sanitaria. In altre parole - questo il nucleo del problema - si riconosce il diritto del nascituro a non vedere intaccata la propria salute dalla prestazione medica compiuta sulla madre gestante, ma non anche il diritto dello stesso a che i propri genitori siano, per tempo, preparati (come la scienza medica consente di fare) ad accogliere un figlio ammalato prima che questo venga alla luce e, dunque, tra l'altro, a che essi realizzino la propria scelta generativa in piena consapevolezza. In sostanza, i giudici italiani (come testimonia la sentenza in epigrafe) da un lato ormai riconoscono la soggettività giuridica del nascituro (sebbene "limitatamente alla titolarità di alcuni interessi personali protetti") (15), dall'altro sottovalutano l'importanza che per un essere

Note:

(12) Sul punto, *ex multis*, cfr. da ultimo Cacace, *op. cit.*, *passim*, la quale passa in rassegna, tra le altre, la significativa sentenza della Cour de Cassation, chambre civile 1, 8 luglio 2008 n. 07-12.159, che conferma l'orientamento pretorio prevalente oltreoceano, sostanzialmente incentrato sulla risarcibilità della lesione del diritto a non nascere in capo al neonato handicappato che lamenta la mancata interruzione della gravidanza causata dalla omessa o errata diagnosi sanitaria prenatale. In proposito, per considerazioni meno aggiornate ma altrettanto interessanti, v. anche C. Poncibò, *La nascita indesiderata tra Italia e Francia*, in *Resp. civ. prev.*, 2003, 117; C. Piciocchi, *Il «diritto a non nascere»: verso il riconoscimento delle "wrongful life actions" nel diritto francese?*, in *Dir. pubbl. comp. ed europeo*, 2001, II, 677, nonché C. Oliver - T. Yan, *Il diritto a non nascere. A proposito del caso Perruche*, Milano, 2004. Circa l'esperienza angloamericana v. G. Sarno, *Tort Liability for Wrongfully Causing One To Be Born*, in 83 *American Law Reports (A.L.R.)* 3d (2004) 15, nonché H. TEFF, *The Action for "Wrongful Life" in England and the United States*, in 34 *International and Comparative Law Quarterly* (1985) 423 e ss.)

(13) *Flexible droit*, Paris, 1969, VII ed. 1992, trad. it., *Flessibile diritto*, Milano, 1997

(14) Pagg. 177 e 183 della traduzione italiana.

(15) Il riconoscimento della soggettività giuridica del nascituro nei termini esposti in sentenza, pone una lunga serie di problemi di cui la corte non pare preoccuparsi. *In primis*, infatti, viene da chiedersi quale sia il novero degli "interessi personali protetti" di cui sarebbe titolare il nascituro ed in funzione dei quali, se ben si intende, la Cassazione riconosce, per l'appunto, la soggettività al feto; soggettività che, a questo punto, potremmo definire ad intermittenza, perché si accende e si spegne, appare e scompare, a seconda che l'interesse, emergente nel caso concreto di volta

(segue)

umano, soprattutto appena nato, ha l'ambiente familiare, così come il clima in cui si esplicano i rapporti con i propri genitori, gli equilibri economici ed affettivi che determinano le possibilità di affermazione della personalità, e via dicendo. Il che appare, a dir poco, paradossale se si pensa all'evoluzione che in tutti gli ordinamenti occidentali, compreso il nostro, si è avuta, negli ultimi trent'anni, in materia di risarcimento del danno, con la definitiva caduta degli steccati e dei privilegi e l'affermazione della piena risarcibilità della lesione, cagionata attraverso fatti commessi con dolo o colpa, di qualunque interesse giuridicamente meritevole di tutela (16).

5. Contrattualizzazione del danno derivante da *medical malpractice* anche nei confronti del nascituro: si prepara il *revirement* pretorio in tema di "diritto a non nascere se non sano"?

La sentenza in rassegna, in ben due passaggi, afferma - peraltro con una frase di incerta formulazione - che il nascituro non avrebbe avuto "diritto al risarcimento qualora il consenso informato necessitasse ai fini dell'interruzione di gravidanza (e non di mera prescrizione di farmaci), stante la non configurabilità del diritto a non nascere (se non sano)".

La puntualizzazione, per il vero non strettamente necessaria all'interno del percorso argomentativo seguito per decidere il caso concreto, viepiù in quanto ripetuta, mostra le stimmate della proverbiale *excusatio non petita*, gravida di significati più o meno nascosti e, allo stesso tempo, immaginabili. In altre parole, il sospetto è che la corte abbia inteso mettere le mani avanti: non volendo consumare in un *obiter dictum* un *revirement* giurisprudenziale tanto importante, e tuttavia consapevole che le estreme conseguenze dell'applicazione dei principi affermati nell'odierna sentenza potrebbero condurre - anche in applicazione di quella discrezionalità, più o meno tecnica, insita nel concetto stesso di giurisprudenza-normativa, che i giudici di legittimità, come visto, rivendicano senza nascondimenti - proprio al riconoscimento del risarcimento dei danni causati al nascituro anche in caso di omessa o errata diagnosi prenatale, la Cassazione sembra aver voluto arginare, per il momento, la portata innovativa del proprio pronunciamento, così rinviando ad un'occasione più adatta, e forse prossima, la svolta epocale. Nella fattispecie, infatti, non si chiedeva alla corte di valutare la risarcibilità del danno patito dal nascituro per omessa o errata diagnosi prenatale, sicché ogni innovativa affermazione in proposito da parte del-

l'organo giudicante sarebbe stata, con tutta probabilità, ritenuta sconsigliata; in ogni caso l'occasione non si prestava ad approfondire l'argomento nella misura in cui, anche per i suoi complessi risvolti filosofici, morali e sociali, pare opportuno.

Tuttavia, dopo la pronuncia in epigrafe, malgrado i proclami negazionisti, la sensazione è che davvero la giurisprudenza italiana sia ad un passo dal riconoscimento della risarcibilità del danno patito dal nascituro in caso di omessa o errata diagnosi prenatale che si traduce nella lesione del diritto della madre a compiere una scelta procreativa cosciente e responsabile. Due le circostanze che alimentano questa sensazione. La prima riguarda il tenore delle considerazioni - su cui ci si è rapidamente soffermati *supra* - che la Suprema corte dedica all'affermazione della soggettività giuridica del concepito, fino a rivendicare il ruolo propulsivo che la giurisprudenza, anche in Italia, dovrebbe svolgere interpretando ed applicando la legge in modo evolutivo al fine di consentire all'ordinamento giuridico, in particolare nelle materie che maggiormente coinvolgono gli interessi primari della persona, la costante aderenza del dato normativo ai valori costituzionali. La seconda riguarda la definitiva ed esplicita conferma della natura contrattuale della responsabilità dei sanitari per ogni danno causato da loro *malpractice*, tanto nei confronti della paziente, quanto nei confronti di suo marito e - qui la grande novità segnata dalla pronuncia in epigrafe - di suo figlio. Su quest'ultimo punto è bene svolgere qualche ulteriore considerazione.

Note:

(continua nota 15)

in volta esaminato, sia, o non, tra quelli che la giurisprudenza fa rientrare in tale novero. Acclarato ciò, sarebbe da capire se ha davvero senso, e soprattutto se è tecnicamente corretto, e dunque possibile, limitare nei termini appena sintetizzati la soggettività giuridica. Ed ancora, a questo punto, proprio volendo seguire l'impostazione della corte, bisognerebbe domandarsi come si possa riconoscere una qualche soggettività al nascituro senza collegarla alla titolarità del diritto per eccellenza, e cioè del diritto alla vita. Le perplessità appena sintetizzate, e le molte altre che la questione in parola pone, suggeriscono di interrogarsi sulla effettiva necessità, nonché sulla legittimità, considerata la legislazione vigente, di un'operazione ermeneutica finalizzata a riconoscere la soggettività al nascituro, laddove probabilmente, al fine di offrire massima tutela al nascituro, basterebbe parlare di una soggettività in divenire che raggiunge la sua compiutezza al momento della nascita. In proposito, cfr. la nota n. 24.

(16) Circa l'evoluzione che le regole di responsabilità civile hanno avuto nel corso del XX secolo nei paesi occidentali e circa il ruolo cruciale per l'esistenza stessa dell'ordinamento giuridico che il sistema aquiliano è chiamato attualmente a svolgere, sia consentito rinviare a F. Di Ciommo, *Evoluzione tecnologica e regole di responsabilità civile*, Napoli, 2003; nonché Id., *Civiltà tecnologica, mercato ed insicurezza. Le responsabilità del diritto*, in *Scritti in onore di Davide Messinetti*, a cura di F. Ruscello, vol. II, Napoli, 2009, 257.

Già commentando la già citata sentenza di Cassazione n. 6735 del 10 maggio 2002, attenta dottrina aveva notato come quest'ultima rappresentasse una svolta rispetto alla giurisprudenza precedente in quanto, nell'affermare la natura contrattuale dei danni patiti dalla paziente e da suo marito (al quale veniva riconosciuta la legittimazione ad agire per il risarcimento), aveva «senz'ombra di dubbio il pregio di non partire dalla fine, o meglio di non chiudersi all'interno del recinto dell'interesse protetto dalla legge [...]. In altri termini, la relazione medico/paziente, pur dovendo tener conto dei presupposti legittimanti l'interruzione volontaria della gravidanza, non è aprioristicamente ricondotta nell'alveo dell'interesse protetto dalla legge, ossia del pericolo per la salute della donna da cui far discendere la meritevolezza della pretesa azionata [...]; piuttosto [...] è inserita all'interno del complesso delle prestazioni gravanti sul medico in base al rapporto contrattuale [...]. Una volta abbandonata la prospettiva dell'interesse protetto dalla legge [...] viene meno ogni perplessità legata all'idea della sacralità della vita; e si va a valutare l'incidenza di una nascita in condizioni menomate sul piano dell'esistenza della coppia. In questa prospettiva, per tanto, ben si comprende l'estensione della legittimazione attiva del marito, quale soggetto, che, sia pur di riflesso, subisce le conseguenze della privazione del diritto di scelta della donna» (17).

L'affermazione della natura contrattuale, nei confronti del paziente, della responsabilità del medico e della struttura sanitaria nella quale egli eventualmente operi, come noto, è stata per la prima volta affermata in maniera inequivocabile, in forza del ricorso alla categoria della responsabilità "da contatto" sociale, da Cass. 22 gennaio 1999 n. 589 (18). In materia, da allora, la giurisprudenza ha mostrato di apprezzare la ricostruzione in termini contrattuali della responsabilità medica. Da ultimo, la Suprema corte, a sezione unite - con la sentenza 11 gennaio 2008 n. 577 (19) -, si è definitivamente espressa per la sussistenza tra paziente e medico, in ogni caso, di un contatto produttivo di responsabilità contrattuale a carico di quest'ultimo.

La grande novità dell'odierna sentenza, rispetto all'autorevole precedente costituito dalla citata pronuncia n. 6735/2002 (20), consiste nel riconoscimento che gli effetti protettivi del rapporto obbligatorio (contrattuale o "da contatto" che sia (21)), in essere tra la paziente e i sanitari che la assistono durante la gestazione, si producono non solo a favore del marito (a questo si fermava la sentenza n. 6735/2002, che pure sul punto risultava innovativa), bensì anche del figlio. In altre parole, può dirsi che la corte nella pronuncia in epigrafe si è spinta -

per la prima volta - a valutare l'incidenza della nascita di un bambino in condizioni menomate sul piano dell'esistenza dell'intera famiglia, e dunque non più solo della coppia.

6. Ipotesi di lavoro: dal diritto "a non nascere se non sano" al diritto "a nascere in un ambiente familiare idoneo"

Il riconoscimento compiuto dalla sentenza in epigrafe circa l'esistenza, in fase prenatale, in capo al personale sanitario di obblighi professionali di natura contrattuale anche nei confronti del nascituro, sembra foriero di concreti sviluppi in materia di risarcimento del danno a favore di quest'ultimo. Del resto, già qualche anno fa, la dottrina italiana si chiedeva come fosse possibile escludere il nascituro dal novero dei terzi nei cui confronti il contratto tra la madre ed il medico ha effetti protettivi (22), e per questa via sosteneva l'esistenza dell'interesse del feto alla corretta diagnosi prenatale in sé considerata (23).

A questo riguardo, giova evidenziare come, sempre in dottrina, si sia recentemente osservato che, malgrado "il nascituro, da un punto di vista terminologico, non sia una figura rintracciabile nella nostra Costituzione; ciò però non significa che non possa essere ricondotto nell'ambito di tutela a essa proprio. Quando infatti la Costituzione riconosce l'idoneità a essere titolare di situazioni giuridiche attive e passive solo a chi è partecipe della qualità e dignità di uomo, non può non fare riferimento al carattere biologico del soggetto, dal che deriva l'inevitabilità del riconoscimento in

Note:

(17) Così R. Simone, *Nascita indesiderata: il diritto alla scelta preso sul serio*, in *Foro it.* 2002, I, 3120.

(18) *Ex multis*, in *Foro it.*, 1999, I, 3332, con note di Di Ciommo e La Notte.

(19) In *Resp. civ. e prev.*, 2008, 849, con nota di Gorgoni

(20) Seguita quest'ultima, tra l'altro, da Cass., 29 giugno 2004, n. 14488, cit.; Trib. Venezia, 4 ottobre 2004, *id.*, Rep. 2005, voce *Sanità pubblica*, nn. 572-3; Trib. Genova, 10 gennaio 2006, *id.*, 2006, I, 537; Trib. Firenze, 30 settembre 2007, in *Riv. it. medicina legale*, 2008, 1, 362, e più di recente da Trib. Monza, 27 febbraio 2008, in *Resp. civ. e prev.* 2008, 9, 1846, con nota di Della Corte.

(21) Sul tema, *ex multis*, sia consentito rinviare a F. Di Ciommo, *Note critiche sui recenti orientamenti giurisprudenziali in tema di responsabilità del medico ospedaliero*, in *Foro it.*, 1999, I, 3336.

(22) Così Poncibò, *op. cit.*, 886.

(23) Cfr. G. Monateri, "La Marque de Caïn". *La vita sbagliata, la vita indesiderata e le reazioni del comparatista al distillato dell'Alambicco*, in A. D'Angelo (a cura di), *Un bambino non voluto è un danno risarcibile?*, Milano, 1999, 285; R. De Matteis, *Danno esistenziale e la tutela della vita prenatale: dai torts wrongful life ai torts wrongful birth*, in Dal Lago e Bordonò (a cura di), *La nuova disciplina del danno non patrimoniale*, Milano, 2005, 297 ss.

capo al nascituro dei diritti inviolabili dell'uomo previsti dall'art. 2 cost., il quale esalta l'imprescindibile legame di tali diritti con la natura umana. Tale conclusione trova puntuale conferma negli artt. 2, 30, 31, 32 e 37 Cost. [In particolare] Le espressioni che fanno riferimento alla maternità, contenute negli artt. 31, comma 2 e 37 comma 1 cost. [...] si saldano logicamente con la normativa [...] per cui la maternità viene in rilievo come situazione esistenziale plurima da salvaguardare, in quanto la tutela giuridica si dirige sia verso la madre che nei confronti del figlio e, ai fini che qui interessano, è da intendersi estesa anche alla gestante e al nascituro [...] Dalla rassegna [...] delle disposizioni del codice civile [...] può evincersi che l'attribuzione delle situazioni giuridiche imputabili al concepito, delle quali solo quelle di natura patrimoniale sono subordinate all'evento nascita, implica necessariamente la valutazione del medesimo come centro di interessi suscettibili di tutela" (24).

Una volta chiarita - del resto in sostanziale sintonia con quanto afferma l'odierna sentenza della Suprema corte (25) - la "dimensione" soggettiva che il nascituro ha nel nostro ordinamento, va altresì considerato che la nostra giurisprudenza è ormai determinata nell'affermare che in tema di responsabilità civile nell'attività medico-chirurgica, ove sia dedotta una responsabilità contrattuale della struttura sanitaria e/o del medico per l'inesatto adempimento della prestazione sanitaria, l'insuccesso o il parziale successo di un intervento di routine o, comunque, con alte probabilità di esito favorevole, implica di per sé la prova del nesso di causalità tra condotta sanitaria e danno, giacché tale nesso, in ambito civilistico, consiste anche nella relazione probabilistica concreta tra comportamento ed evento dannoso, secondo il criterio, ispirato alla regola della normalità causale, del «più probabile che non» (26).

Alla luce delle considerazioni che precedono, risulta evidente che il nascituro ha certamente un diritto al risarcimento del danno ingiusto da lui subito nel caso in cui la diagnosi prenatale effettuata durante la gravidanza non abbia raggiunto lo scopo di informare in modo completo e corretto i suoi genitori. Il punto, allora, è comprendere cosa debba intendersi per danno ingiusto nel caso di specie.

E, dunque, il punto è, da un lato, capire se la vita sia effettivamente tutelata nel nostro ordinamento come sommo bene, di talché non può in alcun modo configurarsi un interesse a non nascere giuridicamente tutelato (e quindi, nel caso di lesione, eventualmente risarcibile); dall'altro, chiedersi se nel caso di specie l'interesse leso sia davvero quello alla "non vita", o meglio a "non nascere", e non già (al

contrario) quello a nascere in un ambiente familiare preparato a, e desideroso di, accogliere il neonato affetto da una qualche patologia.

La risposta affermativa al primo quesito è supportata da influenze giusnaturalistiche, ma soffre il raffronto con il diritto positivo. Nel momento in cui l'ordinamento giuridico riconosce alla madre il diritto di abortire, se pure solo nei limiti e nei casi previsti dalla legge, non vi è alcun dubbio che esso sacrifica il diritto del feto a venire alla luce (se pure, secondo alcuni, si tratti di vita in potenza e non ancora di vita piena) in funzione della tutela del superiore diritto alla procreazione cosciente e responsabile (cfr. l'art. 1 legge n. 194 del 1978). Più precisamente, l'ordinamento riconosce alla madre il diritto ad interrompere la gravidanza quando questa si trovi "in circostanze per le quali la prosecuzione della gravidanza, il parto o la maternità comporterebbero un serio pericolo per la sua salute fisica o psichica, in relazione o al suo stato di salute, o alle sue condizioni economiche, o sociali o familiari, o alle circostanze in cui è avvenuto il concepimento, o a previsioni di anomalie o malformazioni del concepito" (art. 4 della legge n. 194 del 1978). Con una felice soluzione lessicale, la situazione giuridica soggettiva attribuita alla gestante dalla norma appena citata è qualificata in termini di diritto alla procreazione cosciente e responsabile. Acclarato ciò, e passando a trattare il secondo quesito poc'anzi posto, deve ulteriormente chiedersi se sia ragionevole ritenere, nell'ambito di una lettura costituzionalmente orientata della legge n. 194 del 1978, che il diritto alla procreazione cosciente e responsabile sia solo attribuibile alla madre, e non an-

Note:

(24) Così E. Moscati, *La tutela dell'embrione*, in *Le sfide del diritto*, a cura di G. Dalla Torre e C. Mirabelli, Soveria Mannelli, 2009, 89, in part. 91-92. In proposito, già F.D. Busnelli, *L'inizio della vita umana*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, I, 533, osservava che «la titolarità dei diritti alla dignità e identità, alla vita e alla salute può direttamente desumersi, a favore del concepito stesso, dai principi fondamentali della Costituzione», per concludere che il collegamento di questi diritti «al presidio formale della soggettività può consentire di progettare nuove misure di tutela». Cfr., altresì, sul tema, *ex multis*, F. Giardina, *Soggettività, capacità, identità. Dialogo con Francesco*, in AA.VV., *Liber amicorum per Francesco D. Busnelli. Il diritto civile tra principi e regole*, Milano, 2008, I, 127; P. Schlesinger, *Il concepito e l'inizio della persona*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, I, 247; e G. Ballarani, *La capacità giuridica statica del concepito*, in *Dir. fam.*, 2007, 1462.

(25) Fatte salve le perplessità sinteticamente esposte alla nota n. 15.

(26) Così, di recente, Cass., sez. III, 16 gennaio 2009, n. 975, in *Foro it.*, Mass. 55; 8 ottobre 2008, n. 24791, in *Danno e resp.*, 2009, 414, con nota di Gagliardi; 14 febbraio 2008, n. 3520, in *Foro it.*, Rep. 2008, voce *Professioni intellettuali*, n. 118, nonché Cass., Sez. Un., 11 gennaio 2008, n. 577, *id.*, 2008, I, 455, con nota di A. Palmieri.

che al nascituro. In altre parole, la questione è: quando la legge tutela, in alcune ipotesi espressamente previste, l'interesse ad impedire la prosecuzione della gravidanza, così in sostanza definitivamente consentendo alla madre di cancellare, per propria decisione, ogni chance di vita del feto, si può davvero pensare che ciò sia previsto nell'esclusivo interesse della donna e non anche del nascituro?

La risposta riposa sulla seguente constatazione. In definitiva, ai sensi delle norme costituzionali e primarie citate, non risulta azzardato affermare che nel nostro ordinamento giuridico esiste un interesse protetto in capo al nascituro a che, in presenza di determinati rischi tassativamente individuati dalla legge, la prosecuzione della gravidanza sia il risultato di una scelta, per l'appunto, cosciente e responsabile della madre, la quale, eventualmente in caso di diagnosi prenatale che evidenzia un serio problema di salute per il bambino, può decidere di portare avanti la gravidanza perché confida nelle condizioni di salute, economiche e sociali, proprie e familiari, ma può anche, al contrario, decidere di interrompere la gravidanza se, all'esito di una valutazione complessiva della situazione, ritenga il rischio sussistente. La possibilità per la madre di decidere in un verso o nell'altro determinerà, evidentemente, nel caso in cui la scelta ricada sulla prima opzione, un atteggiamento psicologico assolutamente favorevole da parte della madre nei confronti del nascituro, in quanto per la gestante essa costituirà un atto di coraggio ed anche una precisa assunzione di responsabilità.

Il diritto civile italiano, soprattutto se letto alla luce dei principi costituzionali di eguaglianza, nonché di tutela della persona e della salute individuale (artt. 3 e 2 della cost.), non sembra consentire altra lettura della legge n. 194 del 1978 che quella appena proposta, a tenore della quale, giova ribadirlo, l'interesse alla procreazione cosciente e responsabile non è solo della madre, ma altresì del bambino, e ciò anche quando questo si trovi ancora nel ventre materno. Ovviamente, la titolarità del relativo diritto soggettivo, riconosciuto espressamente dall'art. 1 della legge, non può che spettare alla madre, in quanto solo alla donna è concessa la legittimazione attiva all'esercizio del diritto di procreare coscientemente e responsabilmente valutando le circostanze e decidendo, al fine, se portare avanti la gravidanza o meno. Il bambino, una volta nato, non potrà eventualmente rimproverare alla madre la scelta di portare avanti la gravidanza, in quanto - indipendentemente dalle sue condizioni di salute - il figlio, sul piano giuridico, ha esclusivamente l'interesse tutelato a che la madre sia messa in condizione di scegliere

consapevolmente e responsabilmente, e non anche l'interesse a che la scelta della madre sia nel senso di interrompere la gravidanza. È la madre, infatti, che nell'interesse proprio ed in quello del figlio deciderà per il meglio. Né potrebbe essere viceversa, visto che il feto non ha ancora una propria piena soggettività giuridica (27), ed in ogni caso non è in grado di intendere e volere, sicché non potrebbe in alcun modo esprimere una propria volontà in merito.

Se quanto sin qui detto risulta convincente, allora dovrà ammettersi che, quando l'omessa o errata diagnosi sanitaria prenatale sulla salute del feto impedisce alla madre di compiere la prescritta scelta consapevole e responsabile circa la prosecuzione della gravidanza, la condotta dei medici avrà cagionato un danno diretto alla madre che non ha potuto esercitare un suo diritto previsto espressamente dalla legge, ma anche, conseguentemente e necessariamente, un danno al nascituro, il cui interesse a che la madre potesse compiere la scelta in parola sarà stato inevitabilmente frustrato.

A ben vedere, non si tratta (e non c'è quindi alcun bisogno) di riconoscere l'esistenza, in capo al nascituro, di un "diritto a non nascere se non sano" (28), bensì di sancire la meritevolezza di tutela dell'interesse del nascituro a che la madre compia una scelta consapevole e responsabile, e dunque per prima cosa informata, circa la gravidanza, il parto e la maternità. Anzi, in tale prospettiva, il presupposto logico del riconoscimento del diritto al risarcimento per il nascituro è che la madre avrebbe, con tutta probabilità, scelto di tenere il bambino anche se correttamente informata, durante la gravidanza, dell'eventuale patologia del feto. A tale presupposto logico, infatti, si aggancia l'idea che ciò sarebbe avvenuto all'esito di una scelta consapevole e responsabile, che quindi avrebbe ben disposto la madre, e più in generale la coppia dei genitori, ad accogliere responsabilmente il neonato e ad accudirlo nel modo più adatto.

In definitiva, può anche criticarsi la decisione legislativa di consentire alla madre di scegliere se proseguire o meno la gravidanza in presenza di determina-

Note:

(27) Giova a questo proposito richiamare quanto sinteticamente esposto nella nota n. 15.

(28) Sul tema, da ultimi, *ex multis*, M. Franzoni, *Errore medico, diritto di non nascere, diritto di nascere sano*, in *Resp. civ.*, 2005, 486; M. Feola, *Essere o non essere: la Corte di Cassazione e il danno prenatale*, in questa *Rivista.*, 2005, 379; O. Rilampa, *Il diritto a non nascere e la condizione giuridica del nascituro*, in *Resp. civ.*, 2006, 71; M. Gorgoni, *Responsabilità per omessa informazione delle malformazioni fetali*, in *Resp. civ. prev.*, 2007, 62; e S. Landini, *Responsabilità civile dei genitori e diritto a non esistere*, in *Fam. pers. succ.*, 2007, 251.

te condizioni, ma una volta che una tale opzione legislativa è stata adottata, e sino a quando la situazione sul piano normativo resterà quella attuale, non vi è alcun dubbio che esiste nel nostro ordinamento un diritto della madre, ed un interesse del nascituro, alla procreazione cosciente e responsabile. Ledere un interesse di tal fatta vuol anche dire porre lo sfortunato nascituro in condizioni di disegualianza rispetto agli altri nascituri, ed anche questo non può essere consentito nel nostro ordinamento. In altre parole, se ogni madre, in presenza delle condizioni previste dalla legge, ha diritto a scegliere se portare a compimento la gravidanza, la lesione di un tale diritto pregiudica, oltre che la madre, anche il suo bambino rispetto a tutti gli altri bambini che invece sono nati all'esito di una scelta genitoriale consapevole.

Concretamente, la mancata possibilità di scelta per la madre si tradurrà, verosimilmente, nella nascita di un bambino malformato o, comunque, gravemente malato, in un ambiente familiare, nella migliore delle ipotesi, non preparato ad accoglierlo. Al momento di quantificare la portata del danno causato dalla lesione dell'interesse del nascituro appena definito, si dovrà necessariamente fare i conti con la realtà quotidiana di una vita, già complicata a causa della malattia, resa ancor più difficile dal disagio psicologico, oltre che organizzativo ed eventualmente economico, dei genitori che non hanno potuto scegliere di avere (o non avere) il figlio problematico. È evidente che il danno in parola non sarà in alcun modo quantificabile, se non via equitativa. E ciò in quanto, giova ribadirlo, la condotta omissiva o, comunque, erronea dei sanitari che avrebbero dovuto diagnosticare la malattia del feto non ha determinato la patologia. In altre parole, la lesione dell'interesse del minore ad una procreazione cosciente e responsabile da parte della madre non si traduce ne (e non potrà, nelle aule di giustizia, confondersi con) la patologia sofferta dal figlio, mentre senz'altro si concretizzerà in sofferenza personale, ulteriori problemi di salute, spese, emergenze economiche e quant'altro, per il fatto che il bambino, venuto ad esistenza, non ha trovato, o non ha potuto trovare (29), un ambiente familiare e sociale, ed in particolare una madre, in condizioni di accudirlo come sarebbe stato nel caso la sua nascita fosse stata la conseguenza di una scelta ponderata.

Poiché non è detto, e difficilmente *a posteriori* può affermarsi con certezza, che la madre, qualora debitamente e tempestivamente informata dai sanitari, non avrebbe optato per la interruzione della gravidanza, è evidente che il bambino, una volta nato, non potrà imputare interamente ai sanitari i danni

sopra evidenziati. Ed anche in questo senso il prudente apprezzamento del giudice si eserciterà nel valutare equitativamente il danno risarcibile.

La prospettiva appena delineata a titolo di ipotesi di lavoro sembra coerente anche con la recente evoluzione del sistema della responsabilità civile risultante dalle fondamentali pronunce del 2003 della Corte costituzionale e della Cassazione. Come noto, infatti, la Corte costituzionale, già nella sentenza n. 184 del 14 luglio 1986 (30), aveva chiarito che il danno, anche alla salute, va inteso come lesione dell'interesse protetto, piuttosto che come menomazione fisica in sé. Il discorso è scivoloso, perché ovviamente richiama il concetto di danno in *re ipsa*, tanto che la corte, successivamente, sembrò fare marcia indietro, quando nella sentenza n. 374/1994 parlò espressamente di "errore che rapporta il danno risarcibile alla lesione per se stessa, indipendentemente dalle conseguenze pregiudizievoli". Tutto ciò sino alla sentenza n. 233/2003 (31), la quale - muovendosi sulla scia delle sentenze della Corte di cassazione n. 8827 e 8828 del 2003 (32) - pur ponendosi in aperto contrasto con la sentenza n. 184/1986, in realtà ripropone il concetto di lesione dell'interesse come prevalente rispetto alla diversa prospettiva che fa perno sul danno naturalisticamente inteso (33).

Superato l'equivoco determinato dalla infelice formula "diritto a non nascere se non sano" o "diritto a nascere sano", e ricondotta la vicenda nell'ambito normativo e sociologico suo proprio, appare che, anche sulla scorta della sentenza in epigrafe, i tempi siano ormai maturi per affermare la piena risarcibilità, in caso di lesione colposa o dolosa da parte dei sanitari, del diritto del nascituro a venire ad esistenza all'esito di una scelta genitoriale consapevole e responsabile.

Note:

(29) In tema di perdita di chance in materia di responsabilità sanitaria, v. da ultimo C. Castronovo, *Del non risarcibile aquilano: danno meramente patrimoniale, c.d. perdita di chance, danni punitivi, danno c.d. esistenziale*, nonché L. Nocco, *Le concause naturali tra diritto e politica...del diritto*, entrambi in AA.VV., *Liber amicorum per Francesco D. Busnelli. Il diritto civile tra principi e regole*, cit., rispettivamente I, 635, e II, 355.

(30) In *Foro it.*, 1986, I, 2053, con note di Ponzanelli e Monateri.

(31) In *Foro it.*, 2003, I, 2201, con nota di E. Navarretta.

(32) In *Foro it.*, 2003, I, 2277, nonché tra l'altro in *Danno e resp.*, 2003, 816, con note di F.D. Busnelli, G. Ponzanelli, A. Prociada Mirabelli Di Lauro, in *Corr. giur.*, 2003, 1031, con nota di M. Franzoni, ed in *Resp. civ. e prev.*, 2003, 680, con note di P. Cendon, E. Bargelli, P. Ziviz.

(33) Per un'attenta ricostruzione dell'evoluzione delle giurisprudenze costituzionale in materia, v. G. Comandé, *Il danno alla persona e la Corte costituzionale: tra diritti fondamentali, quantificazione e (dis)parità di trattamento*, in M. Bussani, a cura di, *La responsabilità civile nella giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006, 125.