

denza di merito aveva invece già dato risposta positiva alla questione (App. Milano 30 marzo 1973, *Foro it.*, Rep. 1973, voce *Società*, n. 102, e *Giur. merito*, 1973, I, 498, con nota di VOLTERRA); in particolare, è stata dichiarata l'ammissibilità di una società di fatto tra una società in nome collettivo ed una società in accomandita semplice (Trib. Genova 18 marzo 1974, *Foro it.*, Rep. 1974, voce cit., n. 171) e si è ritenuta legittima l'iscrizione nel registro delle imprese dell'atto costitutivo di una società personale partecipata da un'altra società di persone (Trib. Napoli 8 gennaio 1993, *id.*, Rep. 1993, voce cit., n. 397, e *Società*, 1993, 818, con nota di F. LAURINI; in quest'ultima pronuncia, in particolare, il collegio giudicante non ha ravvisato alcuna violazione né sotto il profilo dell'*intuitus personae*, né sotto quello dell'incompatibilità tra i tipi sociali, né, infine, sotto quello dell'intersecazione dei rispettivi regimi di responsabilità).

In dottrina, accanto ad opinioni favorevoli (ad es., FERRI, *Le società*, 1^a ed., Torino, 1987, III, 131), si registrano però anche posizioni che escludono la liceità della partecipazione (cfr., rappresentativamente, GHIDINI, *Società personali*, Padova, 1972, 93). A sostegno di quest'ultima posizione si è invocato l'*intuitus personae* che dovrebbe caratterizzare le società personali (v. OPPO, *Sulla partecipazione di società a società personali*, in *Riv. dir. civ.*, 1976, I, 10; GHIDINI, *Società personali*, cit.) e si è fatto leva sul rilievo che un rapporto fiduciario sarebbe concepibile solo fra persone fisiche. A ciò si è però replicato che l'*intuitus personae* costituisce carattere normale, ma non essenziale, delle società di persone, poiché nulla vieta ai soci di prevedere la libera trasferibilità delle quote e, quindi, la possibilità che i soci cambino senza il consenso degli altri soci (cfr. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale*, Torino, 2008, II, 71; sul punto, v. anche SPADA, *La tipicità delle società*, Padova, 1974, 239; FORNASIERO, *Organizzazione e «intuitus» nelle società*, Padova, 1984; PISCITELLO, *Società di persone a struttura aperta*, Torino, 1995, 42). Altri autori hanno però ravvisato l'impossibilità, per una società di persone, di essere socio di un'altra società di persone nel regime di responsabilità, fondato sulla prevalenza dei creditori sociali rispetto a quelli particolari dei singoli soci, e sulla responsabilità dei soci nei confronti anche dei medesimi creditori sociali (DI SABATO, *Manuale delle società*, 5^a ed., Torino, 1995, 68).

Pur non essendo direttamente toccato dalla riforma del diritto societario, attuata dal d.leg. n. 6 del 2003, il tema di cui si discute può essere influenzato. La diversa questione, lungamente dibattuta in dottrina e giurisprudenza, se una società di capitali possa divenire socia di una società di persone (possibilità negata, per l'incompatibilità delle rispettive discipline, da Cass. 29 aprile 1980, n. 2874, *Foro it.*, Rep. 1981, voce cit., n. 162, nonché da Cass., sez. un., 17 ottobre 1988, n. 5636, *id.*, 1988, I, 3248, ma ammessa dalla prevalente dottrina: *ex multis*, cfr. GALGANO, *Le società di persone*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da CICU-MESSINEO, Milano, 1982, 386; DI SABATO, *op. cit.*, 1961; JAEGER-DENOZZA, *Appunti di diritto commerciale*, Milano, 1997, I, 153; *contra*, OPPO, *Sulla partecipazione di società a società personali*, cit.; GHIDINI, *op. cit.*, 92), è stata risolta in senso positivo dal legislatore della riforma. L'ormai acquisita possibilità per una società di capitali di partecipare ad una società di persone (art. 2361, 2° comma, c.c. e art. 111 *duodecies* disp. att. c.c.) dovrebbe, a maggior ragione, confermare che di una analoga partecipazione può ben essere titolare un'altra società personale, tanto più che — come anche la sentenza in epigrafe non manca di sottolineare — non varrebbero ad escluderla neppure gli argomenti addotti *ante* riforma per negare la partecipazione di società di capitali in società di persone. [R. RANUCCI]

CORTE DI CASSAZIONE; sezione III civile; sentenza 11 maggio 2009, n. 10741; Pres. VARRONE, Est. SPAGNA MUSSO, P.M. SALVI (concl. conf.); A. (Avv. IRTI) c. P. e altri (Avv. ESPOSITO, GENITO), C. (Avv. DE RUBERTO) e altro. *Conferma App. Napoli 19 marzo 2004*.

Professioni intellettuali — Responsabilità del medico — Infertilità — Terapia farmacologica — Rischi — Omessa informazione — Gravi malformazioni del nascituro — Danni risarcibili a questo ed ai genitori (Cost., art. 32; cod. civ., art. 1176, 1218, 2043, 2236; l. 23 dicembre 1978 n. 833, istituzione del servizio sanitario nazionale, art. 33).

Santi la soggettività giuridica — entro determinati limiti — del concepito e il suo diritto a nascere, nei confronti di questo e dei suoi genitori rispondono per i danni, patrimoniali e non, connessi a rilevanti patologie del feto, i sanitari che abbiano

mancato di informare la madre (il cui rapporto con i medici produce effetti protettivi nei confronti del nascituro) dei probabili rischi connessi all'assunzione di farmaci per facilitare il concepimento, quando tali sostanze abbiano determinato l'insorgenza di gravi malformazioni del nascituro. (1)

Svolgimento del processo. — Con atto notificato il 28 febbraio 1992, il 5 marzo 1992 ed il 4 maggio 1992 i coniugi P.D. e V.S., in proprio e quali genitori del minore F., premettevano: che la V. non era riuscita ad ottenere, dopo il matrimonio, la gravidanza per problemi di «annidamento», per cui, nel 1986, si era rivolta in Napoli al centro A., del prof. A.V., ove era stata affidata alle cure sia del dott. C.D. che del dott. R.C.; che le era stato prescritto un medicinale denominato Clomid e che dopo alcuni mesi era insorta la gravidanza; che, a seguito di ciò, il C. sospendeva la cura a base di Clomid e prescriveva altra terapia a base di Progesteronum; che, durante la terapia, la V. veniva sottoposta ad indagini ed accertamenti, senza però il rilascio di relativa certificazione medica; che in data 22 febbraio 1987 la stessa V. partoriva presso detto centro, con la nascita di un bambino di nome F., il quale presentava gravissime malformazioni (consistenti in ectrodattilia del tipo monodactilus agli arti superiori, lobster olge agli arti inferiori, ipospadia ed atresia anale); che, a seguito di accertamenti, era stato escluso che dette malformazioni fossero di origine ereditaria; che, pertanto, le stesse erano dipese dalla somministrazione dei suddetti medicinali e non erano state rilevate nel periodo di gravidanza e di sviluppo del feto, con grave responsabilità dei medici curanti.

Ciò premesso, convenivano in giudizio il centro A., in persona di A.V., nonché i dott. C. e R. per sentirli dichiarare responsabili dei fatti in questione, con condanna al risarcimento di tutti i danni patiti.

Si costituiva l'A., deducendo di non avere alcuna responsabilità contrattuale o extracontrattuale nei confronti della V. (che si era affidata alle cure degli altri convenuti e non aveva partorito nel centro); inoltre, che presso detto centro era stata solo in alcune occasioni visitata dal C. (al quale era permesso di ricevere i pazienti nella sola giornata di sabato, usando però ricettari suoi personali).

Si costituivano altresì il C. ed il R., deducendo: di essere meri esecutori delle direttive del centro A. e del tutto privi di autonomia terapeutica; che la V. non aveva avuto problemi di annidamento bensì di ovulazione (con conseguente prescrizione del Clomid, sospeso dopo l'inizio della gravidanza); che sia il Clomid che il Progesteronum non avevano natura teratogena e che, comunque, le denunciate malformazioni non potevano essere accertate, mediante ecografia, prima del quinto mese di gravidanza.

Espletate due consulenze medico-legali di ufficio, nonché prove testimoniali e prodotta documentazione varia, l'adito Tribunale di Napoli, con sentenza depositata in data 25 maggio 2001, dichiarava la responsabilità esclusiva dell'A., condannandolo al pagamento, in favore del P. e della V., quali genitori di F., della somma di lire 2.152.400.000, nonché in favore della V. in proprio della somma di lire 78.037.000 e del P. in proprio della somma di lire 41.508.000, oltre interessi e spese di lite; rigettava la domanda nei confronti del C. e del R. e dichiarava compensate le spese di lite fra questi ultimi e gli attori.

Proponeva appello l'A. che, dopo aver chiesto in via preliminare la sospensione dell'efficacia esecutiva della sentenza impugnata, contestava che vi fosse prova della prescrizione alla V. di due cicli di Clomid, come ritenuto dal tribunale, e deduceva che l'unica prescrizione di tale farmaco risultava in data antecedente a quella erroneamente ritenuta dal tribunale (per cui la relativa assunzione era avvenuta in epoca lontana dalla gravidanza) e che non era necessario in proposito richiedere alcun «consenso informato». Aggiungeva che il Clomid era privo di effetti teratogeni e che essendo stato prescritto in epoca in cui non vi era gravidanza non era possibile prevedere eventuali malformazioni del feto, teoricamente rilevabili in epoca in cui non era più possibile ricorrere all'aborto terapeutico. Censurava, infine, la mancata declaratoria di responsabilità dei dott. C. e R., il tasso dei riconosciuti interessi compensativi e la condanna alle spese di lite.

Si costituivano il R. ed il C., che contestavano la natura teratogena del Clomid ed affermavano nuovamente che le malfor-

mazioni non potevano essere rilevate in tempo utile per praticare un aborto terapeutico; il solo C. eccepiva la prescrizione quinquennale del diritto degli attori nei suoi confronti e l'assenza da parte sua della facoltà di prescrivere, autonomamente, terapie nel centro.

Si costituivano altresì i coniugi P.-V., in proprio e nella qualità, proponendo a loro volta appello incidentale, con il quale chiedevano dichiararsi anche la responsabilità del C. e del R., censurando la liquidazione dei danni per come effettuata dal giudice di primo grado.

La Corte d'appello di Napoli, previa sospensione dell'efficacia esecutiva della sentenza per le somme eccedenti l'importo di lire 500.000.000, con sentenza n. 995, depositata in data 19 marzo 2004, così statuiva: «in parziale accoglimento dell'appello principale, nonché dell'appello incidentale dei coniugi P., dichiara anche il dott. C.D. responsabile dei danni subiti dai predetti coniugi e dal loro figlio F. e lo condanna, in solido con il dott. A.V., al pagamento, in favore dei coniugi P.-V. in proprio e nella qualità, delle somme già liquidate dal tribunale a titolo di danni, con detrazione degli importi già ricevuti dai danneggiati, nonché alla rifusione delle spese di lite di primo grado già liquidate in favore degli attori».

Avverso detta pronuncia propone ricorso, con atto notificato in data 3 febbraio 2005, l'A. con tre motivi, (r.g. 3697/05), illustrati da memoria; resistono con autonomi controricorsi il P. e la V. nonché il C., che, a sua volta, propone ricorso incidentale con cinque motivi (r.g. 7013/05, con atto notificato in data 14-15 marzo 2005, anche a P.F., divenuto maggiorenne in data 22 febbraio 2005), illustrati da memoria, cui resiste l'A. con controricorso.

Il C. ha proposto altresì ulteriore ricorso (r.g. 7006/05, con atto notificato sempre in data 14-15 marzo 2005, anche a P.F.), e sempre con cinque motivi del tutto analoghi a quelli contenuti nel ricorso incidentale; in relazione a detto ricorso del C., resistono con autonomi controricorsi sia l'A., sia i coniugi P.-V., sia in proprio P.F. (come detto divenuto maggiorenne).

Infine, il C. ha depositato nota di replica al procuratore generale in udienza.

Motivi della decisione. — *Ricorso A.* Con il primo motivo si deduce violazione e falsa applicazione degli art. 1218, 2043, 1223 e 2056 c.c., nonché dei principi in materia di rapporto di causalità; omessa, insufficiente e contraddittoria motivazione.

Si censurano due profili argomentativi della corte territoriale, in ordine al disposto risarcimento dei danni: la violazione dell'obbligo informativo nei confronti della V. da parte dei medici curanti, «che non potevano essere all'oscuro dei rischi rappresentati dal farmaco prescritto»; l'assunzione da parte della V. di clomifene (contenuto nel Clomid), causa delle malformazioni del figlio.

Si afferma che «la conclusione è infondata. La corte napoletana non imputa ai medici di aver prescritto un farmaco erronéo, cioè incapace di curare la sterilità, ma di aver violato il dovere informativo circa i rischi di esso. L'obbligazione di curare è stata esattamente e diligentemente adempiuta. I medici non hanno prescritto un farmaco erronéo, e dunque, sotto questo riguardo, non sono responsabili né verso i genitori né verso il minore».

Con il secondo motivo si deduce violazione e falsa applicazione degli art. 115 e 191 ss. c.p.c. e omessa, insufficiente e contraddittoria motivazione su un punto decisivo della controversia.

Si afferma che, in ordine alla ritenuta somministrazione del Clomid in due cicli (uno anteriore alla gravidanza, l'altro «più prossimo»), gli attori non hanno fornito alcuna prova (al di fuori della sola dichiarazione resa dalla V. al consulente tecnico d'ufficio).

Con il terzo motivo si deduce violazione e falsa applicazione degli art. 2 e 32 Cost., 5 c.c., nonché dei principi della l. 194/78 e omessa, insufficiente e contraddittoria motivazione su un punto decisivo della controversia.

Si deduce che «la sentenza impugnata omette di motivare intorno al titolo di risarcimento accordato al minore. Posto che esso non è riconducibile all'inadempimento del dovere informativo, è altresì da escludere che discenda da violazione del diritto a non nascere».

Ricorso incidentale C. Con il primo motivo si deduce «viola-

zione e falsa applicazione degli art. 112, 324, 329, 345, 346 e 167 c.p.c., concernenti norme di legge sul procedimento, per superamento dei limiti della domanda e del giudicato formatosi sulla sentenza di primo grado. Violazione dei principi del contraddittorio e del diritto di difesa (art. 360, nn. 3 e 4, c.p.c.)».

Si afferma che «del tutto illegittimamente la corte d'appello ha disposto la condanna del C.D. al risarcimento dei danni pretesi dagli attori, senza considerare che mancava una domanda della parte in tal senso ed anzi, per effetto della mancata impugnazione da parte dei coniugi P. del capo della sentenza di primo grado concernente il rigetto della domanda nei confronti del C., nei loro confronti si era formato il giudicato»; si aggiunge che erroneamente la corte d'appello ha dichiarato la responsabilità anche del C. in quanto mancava una domanda in tal senso; si aggiunge ancora che «la domanda originaria formulata in citazione dai coniugi P. anche nei confronti dei C. e R. per la declaratoria di responsabilità professionale e la condanna al risarcimento dei danni, già relegata in forma subordinata nelle conclusioni rassegnate in primo grado dagli attori e comunque esplicitamente rigettata dal tribunale, doveva ritenersi del tutto abbandonata in grado di appello, non essendo stata riproposta (art. 346 c.p.c.) con appello incidentale dagli stessi coniugi P., né avendo comunque formato oggetto di considerazioni nei motivi della loro impugnativa parziale, con conseguente acquisizione (art. 329, ultimo comma, c.p.c.) e formazione del giudicato».

Con il secondo motivo si deduce violazione degli art. 1228, 1299, 2055 e 2232 c.c., nonché violazione e falsa applicazione degli art. 324, 329 e 346 c.p.c. concernenti norme di legge sul procedimento e sul giudicato interno.

Si afferma che «del tutto illegittimamente la Corte d'appello di Napoli ha condannato il C.D. al risarcimento dei danni nei confronti degli attori senza considerare che, essendosi formato il giudicato sulla circostanza che il contratto d'opera professionale era sorto direttamente tra la V. ed il A. nonché in ordine alla sussistenza di un rapporto di collaborazione retribuita tra l'A. ed il C., la fattispecie rientrava nella previsione dell'art. 2232 c.c., con la conseguente non configurabilità di una responsabilità diretta dei collaboratori nei confronti dei clienti del professionista, dovendo essi rispondere soltanto in sede di eventuale rivalsa esercitata dal professionista titolare, ove ne sussistano le condizioni di legge».

Con il terzo motivo si deduce violazione e falsa applicazione degli art. 112, 132 e 189 c.p.c. nonché 118 disp. att. c.p.c., concernenti norme di legge sul procedimento, in relazione ai limiti della domanda (art. 360, nn. 3 e 4, c.p.c.). Violazione e falsa applicazione degli art. 1223 e 2056 c.c. per la determinazione dei danni. Omessa motivazione.

Si afferma che «la corte d'appello è incorsa in un'ulteriore grave violazione là dove, condannando il C. al risarcimento dei danni liquidati dal tribunale, ne ha condiviso l'errore, consistente nell'inammissibile superamento, per di più senza la benché minima motivazione, delle indicazioni quantitative fornite dagli attori in ordine al danno biologico ed al danno morale».

Con il quarto motivo si deduce violazione e falsa applicazione degli art. 2697, 1228, 2043, 2232, 2236 c.c. (art. 360, nn. 3 e 4, c.p.c.). Violazione e falsa applicazione degli art. 113, 115, 116 e 132 c.p.c., nonché 118 disp. att. c.p.c., concernenti norme di legge sul procedimento e sulla valutazione delle prove per superamento delle risultanze processuali (art. 360, nn. 3, 4 e 5, c.p.c.). Omessa motivazione.

Si afferma che «manca agli atti il benché minimo elemento per ritenere che il C. non avesse provveduto ad informare la paziente in ordine ai rischi potenziali dell'utilizzazione del farmaco e, stante la natura extracontrattuale dell'asserita responsabilità verso gli attori di tale medico collaboratore dell'A., l'onere della prova incombeva ai coniugi P.».

Con il quinto motivo si deduce violazione e falsa applicazione degli art. 1223, 1225, 2043, 2056 e 2697 c.c. Violazione degli art. 112, 115, 116 e 132 c.p.c. nonché 118 disp. att. c.p.c. concernenti norme di legge sul procedimento e sulla valutazione delle prove (art. 360, nn. 3 e 4, c.p.c.). Omessa motivazione.

Si afferma che «in ogni caso, la sentenza impugnata è palesemente illegittima là dove la corte d'appello, pur individuando la fonte della responsabilità dei medici unicamente nell'asserita omissione dell'informativa alla paziente sui rischi dell'utilizzazione del farmaco, ha poi disposto la condanna al risarcimento

anche in favore del minore per le malformazioni con cui è nato, quasi che le stesse potessero ritenersi cagionate dall'omessa informativa».

Preliminarmente, disposta la riunione dei ricorsi ai sensi dell'art. 335 c.c., deve rilevarsi sia che ammissibile è il ricorso principale nella parte in cui risulta proposto nei confronti di P.D. e V.S., oltre che in proprio, quali genitori esercenti la potestà sul minore F., in quanto ad essi notificato in data 3 febbraio 2005 e prima che detto minore diventasse maggiorenne in data 22 febbraio 2005; sia che è ammissibile il ricorso incidentale del C. (nella «versione» del ricorso incidentale come anche del ricorso dallo stesso C. proposto come «principale», ricorsi entrambi dall'identico contenuto) in quanto proposto con atto notificato in data 17 marzo 2005 allo stesso P.F., ormai diventato maggiorenne, in proprio, come attestato dalla cartolina dell'avviso di ricevimento, prodotta in atti. In relazione a tale notifica (del ricorso incidentale del C.) si ribadisce quanto già statuito da questa corte (Cass. 116/04, *Foro it.*, Rep. 2004, voce *Impugnazioni civili*, n. 24), secondo cui «qualora la capacità di stare in giudizio in rappresentanza del figlio minore venga meno per il raggiungimento della maggiore età da parte di quest'ultimo dopo la pubblicazione della sentenza, l'impugnazione va proposta nei confronti dell'ex minore divenuto maggiorenne (e notificata presso il suo domicilio reale) e non nei confronti dei genitori (ovvero del figlio rappresentato dai genitori)».

In relazione al ricorso principale il primo motivo presenta profili, da un lato, di inammissibilità e, dall'altro, di infondatezza.

Infatti, quanto al primo aspetto, detta doglianza non individua la *ratio decidendi* dell'impugnata decisione sul punto perché, contrariamente a quanto asserito dal ricorrente, la corte napoletana non si limita a ritenere violato il dovere informativo in ordine ai rischi connessi all'assunzione, da parte della madre, di clomifene ma imputa ai medici anche la prescrizione, ai fini dell'ovulazione, di detto farmaco con proprietà teratogene, sulla base di quanto specificamente asserito in una delle espletate c.t.u. e dei dati statistici in essa indicati; ciò risulta in modo evidente dalla motivazione della pronuncia in esame in cui, dopo aver premesso non rispondere al vero «che l'unica prescrizione del Clomid alla paziente sia stata fatta in epoca lontana dall'ovulazione», si afferma che il consulente «ha descritto una casistica di malformazioni su nati da donne, che avevano assunto il clomifene; in particolare ha riportato che, su 2.269 gravidanze associate con somministrazione di tale farmaco, si sono avuti cinquantotto prodotti del concepimento malformati ed ha descritto le malformazioni riscontrate, fra le quali ci sono anche quelle di cui è affetto il minore F., l'ipospadia, la sindattilia e le lesioni congenite intestinali. Ha aggiunto che in otto madri del gruppo di cinquantotto il farmaco fu assunto durante le prime sei settimane di gravidanza. Ha evidenziato, inoltre, che nei primi quarantadue mesi di commerciabilità della sostanza si era avuta notizia di sette infanti malformati su sette gravidanze. Tali dati statistici sono incontrovertibili e, come ha assunto il primo ausiliario, la considerazione della scarsa frequenza della teratogenicità non giustifica certo la negligenza sulla pericolosità del farmaco, già evidenziata dalla letteratura all'epoca dell'assunzione da parte della V., né l'aver trascurato, da parte dei medici, le precauzioni necessarie per la somministrazione. Si noti a tale ultimo proposito che anche il secondo ausiliario, che pure ha assunto una posizione più cauta sulla capacità teratogena del Clomid, non l'ha negata recisamente...».

Ed è proprio sulla ritenuta, in premessa, potenzialità dannosa del farmaco in questione, che la corte di merito configura la sussistenza di colpevolezza in ordine al mancato esercizio di una corretta informazione, sostenendo che «da tutto quanto osservato discende innanzitutto la considerazione che i medici curanti, che non potevano essere all'oscuro dei rischi rappresentati dal farmaco prescritto per la presenza di studi scientifici in proposito anche all'epoca della prescrizione, sono colpevoli in quanto non hanno reso edotta la donna di tali rischi, anche se non frequenti; la conoscenza di essi avrebbe consentito ai coniugi P. di valutare appieno la scelta di ricorrere o meno a tale farmaco per indurre l'ovulazione, ben consapevoli delle possibilità, a cui andavano incontro, di insorgenza di malformazioni nel feto».

Riguardo, poi, al secondo aspetto, il primo motivo è infondato la dove prospetta che la mancata corretta informazione in

questione ha inciso esclusivamente sul «potere di scelta» spettante ai genitori sul «se assumere o non assumere il farmaco» per cui la violazione del dovere informativo può dar luogo a risarcimento del danno soltanto in favore dei genitori, nel senso che «la condotta omissiva dei medici determina la perdita del potere di scelta ma non presenta alcun rapporto di causalità con le menomazioni del bambino. Altro è non informare, non trasmettere dati conoscitivi, che consentirebbero una scelta consapevole; altro, determinare un danno fisico a soggetto diverso dalle parti negoziali».

Tale tesi non può assolutamente essere condivisa: ritiene, infatti, la corte che, limitatamente alla titolarità di alcuni interessi personali protetti, vada affermata la soggettività giuridica del nascituro, e, in via consequenziale, il nesso di causalità tra il comportamento dei medici (di omessa informazione e di prescrizione dei farmaci dannosi) e le malformazioni dello stesso nascituro che, con la nascita, acquista l'ulteriore diritto patrimoniale al risarcimento.

L'asserzione della configurabilità del nascituro quale soggetto giuridico comporta lo sviluppo di due ineludibili premesse argomentative: 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 e la funzione interpretativa del giudice in ordine alla formazione della c.d. giurisprudenza-normativa, quale autonoma fonte di diritto.

È indubbio che il vigente codice civile, contrariamente alle sue origini storiche sulla scia delle codificazioni europee ottocentesche che videro nel *Code Napoléon* la più evidente manifestazione, non rappresenta oggi più l'unica fonte di riferimento per l'interprete in un ordinamento caratterizzato da più fonti, tra cui una posizione preminente spetta alla Costituzione repubblicana del 1948 (che ha determinato il passaggio dallo Stato liberale allo Stato sociale, caratterizzato da un punto di vista giuridico dalla c.d. centralità della persona), oltre alla legislazione ordinaria (finalizzata anche all'adeguamento del testo codicistico ai principi costituzionali), alla normativa comunitaria, ed alla stessa giurisprudenza normativa; tale pluralità di fonti (civilistiche) ha determinato i due suddetti fenomeni, tra loro connessi, della decodificazione e della depatrimonializzazione, intendendosi la prima come il venir meno della tradizionale previsione di disciplina di tutti gli interessi ritenuti meritevoli di tutela in un unico testo normativo, a seguito del subentrare di altre fonti, e la seconda nell'attribuzione alla persona (in una prospettiva non individuale ma nell'ambito delle formazioni sociali in cui estrinseca la propria identità e l'insieme dei valori di cui è espressione) una posizione di centralità, quale portatrice di interessi non solo patrimoniali ma anche personali (per quanto esplicitamente previsto, tra l'altro, nello stesso testo costituzionale, con particolare riferimento agli art. 2 e 32).

In tale assetto ordinamentale l'apporto della giurisprudenza, in specie di legittimità nell'espletamento della funzione di «nomofilachia» (vale a dire di indirizzo ai fini di un'uniforme interpretazione delle norme) della Corte di cassazione, assume sempre più rilievo nel sistema delle fonti 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 come avviene nei paesi di *common law* (Inghilterra, Stati Uniti ed altri), caratterizzati dal vincolo che una determinata pronuncia giurisprudenziale assume per le decisioni successive, si configura come semi-aperto perché fondata non solo su disposizioni di legge riguardanti settoriali e dettagliate discipline ma anche su c.d. clausole generali, e cioè su indicazioni di «valori» ordinamentali, espressi con formule generiche (buona fede, solidarietà, funzione sociale della proprietà, utile sociale dell'impresa, centralità della persona) 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.

In tal modo, con evidente applicazione del modello ermeneutico tipico dell'*interessenjurisprudenz* (c.d. giurisprudenza degli interessi, in contrapposizione alla *begriffsjurisprudenz* o giurisprudenza dei concetti quale espressione di un esasperato positivismo giuridico) si evita sia il rischio, insito nel c.d. sistema chiuso (del tutto codificato e basato sul solo dato testuale delle

disposizioni legislative senza alcuno spazio di autonomia per l'interprete), del mancato, immediato adeguamento all'evolversi dei tempi, sia il rischio che comporta il c.d. sistema aperto, che rimette la creazione delle norme al giudice sulla base anche di parametri socio-giuridici (ordine etico, coscienza sociale, ecc.) la cui valutazione può diventare arbitraria ed incontrollata.

La funzione interpretativa del giudice, i suoi limiti, la sua *vis expansiva* sono, dunque, funzionalmente collegati all'assetto costituzionale del nostro ordinamento quale Stato di diritto anch'esso caratterizzato dal *Rule of law* (vale a dire dal principio di legalità), assetto in cui il primato della legge passa necessariamente attraverso l'attività ermeneutica del giudice.

Pertanto, proprio in virtù di una interpretazione basata sulla pluralità delle fonti e, nel caso in esame, sulla clausola generale della centralità della persona, si addivene a ritenere il nascituro soggetto giuridico. Tale tesi trova conforto in numerose disposizioni di legge, oltre che in precedenti giurisprudenziali di questa corte e della Corte costituzionale. E, infatti, l'art. 1 l. 40/04, nell'indicare le finalità della procreazione medicalmente assistita statuisce la tutela dei diritti «di tutti i soggetti coinvolti compreso il concepito» (tra l'altro, la Corte costituzionale ha dichiarato con sentenza 45/05, *id.*, 2005, I, 629, inammissibile la richiesta di sottoporre a referendum abrogativo detta intera legge perché «costituzionalmente necessaria» in relazione agli interessi tutelati, anche a livello internazionale, con particolare riferimento alla convenzione di Oviedo del 4 aprile 1997); l'art. 1 l. 194/78 prevede testualmente che «lo Stato garantisce il diritto alla procreazione cosciente e responsabile, riconosce il valore sociale della maternità e tutela la vita umana dal suo inizio»; l'art. 254, 1° comma, c.c. prevede che il riconoscimento del figlio naturale può effettuarsi non solo a favore di chi è già nato ma anche dopo il solo concepimento; la l. 405/75, nel disciplinare l'istituzione dei consultori familiari, afferma esplicitamente l'esigenza di protezione della salute del «prodotto del concepimento»; l'art. 32 Cost. (che oltre a prevedere come fondamentale il diritto alla salute e che ha costituito norma primaria di riferimento per l'interprete in relazione all'evoluzione dei diritti della persona), riferendosi all'individuo quale destinatario della relativa tutela, contempla implicitamente la protezione del nascituro; «il diritto alla vita», quale spettante ad «ogni individuo», è esplicitamente previsto non solo dall'art. 3 della dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1948 (approvata dall'assemblea generale delle Nazioni unite il 10 novembre 1948) ma anche dall'art. 2 della carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 7 dicembre 2000 (poi inglobata nella Costituzione europea), alla quale il recente trattato di Lisbona (con il quale in data 13 dicembre 2007 i capi dei governi europei hanno deciso di dotare l'Unione europea di nuovo assetto istituzionale) ha riconosciuto l'efficacia, negli ordinamenti degli Stati membri, propria dei trattati dell'Unione europea; la Corte costituzionale con la sentenza 35/97 (*id.*, 1997, I, 653) attribuisce al concepito il diritto alla vita, dando atto che il principio della tutela della vita umana è stato oggetto anche di un riconoscimento nella dichiarazione sui diritti del fanciullo (approvata dall'assemblea generale delle Nazioni unite nel 1959 a New York e nel cui preambolo è previsto che «il fanciullo, a causa della sua mancanza di maturità fisica ed intellettuale, necessita di una protezione e di cure particolari, ivi compresa una protezione legale appropriata, sia prima che dopo la nascita»).

Deve, quindi, oggi intendersi per soggettività giuridica una nozione senz'altro più ampia di quella di capacità giuridica delle persone fisiche (che si acquista con la nascita ex art. 1, 1° comma, c.p.c.), con conseguente non assoluta coincidenza, da un punto di vista giuridico, tra soggetto e persona, e di quella di personalità giuridica (con riferimento agli enti riconosciuti, dotati conseguentemente di autonomia «perfetta» sul piano patrimoniale): sono soggetti giuridici, infatti, i titolari di interessi protetti, a vario titolo, anche sul piano personale, nonché gli enti non riconosciuti (che pur dotati di autonomia patrimoniale «imperfetta» sono idonei a essere titolari di diritti ed a esercitarli, a mezzo dei propri organi rappresentativi; sul punto, Cass. 8239/00, *id.*, Rep. 2001, voce *Associazione non riconosciuta*, n. 10).

In tale contesto, il nascituro o concepito risulta comunque dotato di autonomia soggettività giuridica (specifica, speciale, attenuata, provvisoria o parziale che dir si voglia) perché titolare, sul piano sostanziale, di alcuni interessi personali in via di

retta, quali il diritto alla vita, il diritto alla salute o integrità psico-fisica, il diritto all'onore o alla reputazione, il diritto all'identità personale, rispetto ai quali l'avverarsi della *condicio iuris* della nascita ex art. 1, 2° comma, c.c. (sulla base dei due presupposti della fuoriuscita del feto dall'alveo materno ed il compimento di un atto respiratorio, fatta eccezione per la rilevanza giuridica del concepito, anche sul piano patrimoniale, in relazione alla successione *mortis causa* ex art. 462 c.c. ed alla donazione ex art. 784 c.c.) è condizione imprescindibile per la loro azionabilità in giudizio a fini risarcitori; su tale punto non può non rilevarsi come la questione della soggettività del concepito sia stata già posta più volte all'attenzione del legislatore italiano con alcuni disegni e proposte di legge (tra cui in particolare il d.d.l. 1436/96, di iniziativa di alcuni senatori e la proposta di legge 2965/97 di iniziativa di alcuni deputati).

Ne deriva che, se da un lato, per quanto esposto, appaiono condivisibili le asserzioni già in precedenza espresse da questa corte e di cui alla sentenza 11503/93, *id.*, 1994, I, 2479 (poi pedissequamente fatte proprie dalla sentenza 14488/04, *id.*, 2004, I, 3327) secondo cui «lo stesso diritto alla salute che trova fondamento nell'art. 32 Cost., per il quale la tutela della salute è garantita come fondamentale diritto dell'individuo, oltre che interesse della collettività, non è limitato alle attività che si esplicano dopo la nascita od a questa condizionate, ma deve ritenersi esteso anche al dovere di assicurare le condizioni favorevoli per l'integrità del nascituro nel periodo che la precedono. Numerose norme prevedono del resto forme di assistenza sanitaria alle gestanti non al solo fine di garantire la salute della donna ma altresì al fine di assicurare il miglior sviluppo e la salute stessa del nascituro», non altrettanto può dirsi, dall'altro lato, in ordine alle ulteriori affermazioni (sempre in dette sentenze) secondo cui «attraverso tali norme non viene ovviamente attribuita al concepito la personalità giuridica, ma dalle stesse si evince chiaramente che il legislatore ha inteso tutelare l'individuo sin dal suo concepimento, garantendo se non un vero e proprio diritto alla nascita, che sia fatto il possibile per favorire la nascita e la salute». Ciò in quanto, a parte la considerazione che attualmente l'espressione personalità giuridica ha acquisito uno specifico significato tecnico (come sopra già detto) con riferimento alla sola categoria degli enti riconosciuti (perché è proprio il riconoscimento che attribuisce personalità, ma non soggettività, e con essa un particolare regime di responsabilità patrimoniale), non si può riconoscere all'individuo-concepito la titolarità di un interesse protetto senza attribuirgli soggettività.

Con specifico riferimento al *thema decidendum* in esame il nascituro ha, dunque, il diritto a nascere sano, in virtù, in particolare, degli art. 2 e 32 Cost. (senza dimenticare l'art. 3 della citata dichiarazione di diritti fondamentali dell'Unione europea che esplicitamente prevede il diritto di ogni individuo all'integrità psico-fisica); su tale aspetto, la relativa lesione in questione a carico di P.F. risulta correttamente affermata e motivata sulla base dell'inadempimento dello specifico obbligo a carico sia dell'A., nella qualità, che del C. di non somministrare medicinali potenzialmente dannosi, anche dal punto di vista teratogeno nonché dell'obbligo di corretta informazione, ai fini del consenso, nei confronti della V. in ordine ai rischi della terapia adottata (obbligo, quest'ultimo, che «si riflette» anche nei confronti di P.F., quale terzo destinatario di effetti protettivi in relazione al rapporto madre-medico).

La corte territoriale, infatti, sulla base delle risultanze processuali e della discrezionale valutazione dei dati delle espletate consulenze tecniche d'ufficio, non ulteriormente esaminabili nella presente sede di legittimità, dopo aver premesso che «l'A. ha dichiarato nel suo atto di appello di non impugnare la sentenza, nella parte in cui ha riconosciuto che la V. si rivolse al suo studio (e non al C.) per la cura della sua sterilità ed ha, conseguentemente, dichiarato l'esistenza di un rapporto contrattuale tra l'appellante e la donna, da cui è derivata la responsabilità del detto medico per le malformazioni del minore F.», ha statuito che «da tutto quanto osservato discende innanzitutto la considerazione che i medici curanti, che non potevano essere all'oscuro dei rischi rappresentati dal farmaco prescritto per la presenza di studi scientifici in proposito anche all'epoca della prescrizione, sono colpevoli in quanto non hanno reso edotta la donna di tali rischi, anche se non frequenti; la conoscenza di essi avrebbe consentito ai coniugi P. di valutare appieno la scelta di ricorrere o meno a tale farmaco per indurre l'ovulazione, ben consapevoli

delle possibilità, a cui andavano incontro, di insorgenza di malformazioni nel feto.

In secondo luogo, considerato che non può escludersi la capacità teratogena del clomifene, la sua presenza in circolo all'epoca del concepimento, l'assenza di aberrazioni cromosomiche nei genitori del piccolo F. e di altre cause scatenanti, nonché il verificarsi proprio di alcune di quelle malformazioni evidenziate dalla letteratura scientifica e dalla stessa casa farmaceutica produttrice della sostanza, deve riconoscersi che le malformazioni da cui è affetto il minore fin dalla nascita vadano ascritte all'assunzione, da parte della madre, di clomifene».

Detto argomentare evidenzia che il comportamento posto in essere dall'A. e dal C. ha riguardato, provocando i danni per cui è processo, P.F. dopo il suo concepimento (questione di fatto non ulteriormente valutabile da questa corte) e risulta in linea con quanto già asserito dalla giurisprudenza di legittimità sulla responsabilità medica nei confronti del nascituro in ordine alla somministrazione di farmaci anche potenzialmente dannosi per la salute, e indipendentemente da una corretta informazione ai fini del consenso.

Deve premettersi, in generale, che sia il contratto che la paziente pone in essere con la struttura sanitaria e sia il contratto della stessa con il singolo medico risultano produttivi di effetti, oltre che nei confronti delle stesse parti, anche di ulteriori effetti, c.d. protettivi, nei confronti del concepito e del genitore, come terzi (sul punto, tra le altre, Cass. 14488/04, cit.; 1698/06, *id.*, Rep. 2006, voce *Contratto in genere*, n. 360; 13953/07, *id.*, 2008, I, 1990, e 20320/05, *id.*, 2006, I, 2097); ciò in quanto, con specifico riferimento al tema in esame, l'efficacia del contratto, che si determina in base alla regola generale ex art. 1372 c.c. ovviamente tra le parti, si estende a favore di terzi soggetti, più che in base alla pur rilevante disposizione di cui all'art. 1411 c.c., in virtù della lettura costituzionale dell'intera normativa codicistica in tema di efficacia e di interpretazione del contratto, per cui tale strumento negoziale non può essere considerato al di fuori della visione sociale (e non individuale) del nostro ordinamento, caratterizzato dalla centralità della persona.

Se, in tale prospettiva, causa del contratto (sia tipico che atipico) è la sintesi degli interessi in concreto dei soggetti contraenti, quale fonte dei c.d. effetti essenziali che lo stesso produce, non può negarsi all'accordo negoziale che intercorre tra una paziente-gestante, una struttura sanitaria ed i medici l'idoneità a dar luogo a conseguenze giuridiche riguardo al soggetto nascituro e all'altro genitore, nella sua qualità di componente familiare; detto accordo, infatti, «si proietta» nei confronti del destinatario «finale» del negozio (il concepito che poi viene ad esistenza) come anche nei confronti di chi (genitore), insieme alla madre, ha i diritti ed i doveri nei confronti dei figli di cui all'art. 30 Cost. ed alla connessa normativa codicistica ed ordinaria.

Riguardo al consenso informato, deve ribadirsi che la relativa esigenza del suo «realizzarsi» trova riscontro, oltre che in quanto previsto in tema di codice deontologico dei medici (dapprima nella versione del 1998 agli art. 30 e 32 e in seguito in quella del 2006 agli art. 33 e 35, per cui il medico deve correttamente ed esaurientemente informare il paziente in ordine alle terapie praticate al fine di ottenere il consenso), principalmente nell'art. 32, 2° comma, Cost. (a norma del quale «nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge»), nell'art. 13 Cost. (che garantisce l'invulnerabilità della libertà personale con riferimento anche alla libertà di salvaguardia della propria salute ed integrità fisica), nell'art. 33 l. 833/78 (che esclude trattamenti salutari contro l'assenso del paziente se questo non è in grado di esprimerlo e non ricorrono i presupposti dello stato di necessità ex art. 54 c.p.); detto consenso ha come presupposto una attività di corretta informazione, sia nella fase di formazione del consenso, sia nella fase antecedente che in quella di esecuzione del contratto, riconducibile (come in altri settori) alla clausola generale di buona fede del nostro ordinamento civilistico ex art. 1175, 1337, 1375 c.c.

La violazione di tale obbligo comporta, consistendo in un dovere di comportamento, non un vizio (nullità) del contratto stesso, in mancanza di un'esplicita previsione in tal senso, bensì il risarcimento del danno, come di recente affermato da questa corte a sezioni unite (con la sentenza 26724/07, *id.*, 2008, I, 784).

Come bene messo in evidenza nella decisione impugnata,

nella vicenda in esame la mancata osservanza dell'obbligo dei sanitari del consenso informato ha riguardato esclusivamente la somministrazione a fini terapeutici di medicinali poi rivelatisi dannosi per il concepito e non l'eventuale esercizio del diritto all'interruzione di gravidanza; in proposito ha affermato la corte territoriale che «non appare rilevante la censura dell'appello principale riguardante l'omessa rilevazione e comunicazione alla V. delle malformazioni del feto, onde consentirle di ricorrere all'aborto terapeutico... non potrebbe, a prescindere dalla sussistenza o meno di tali requisiti, comunque riconoscersi un risarcimento a tale titolo, poiché la donna non ha dimostrato che essa avrebbe effettivamente esercitato il diritto all'interruzione di gravidanza, se fosse stata esattamente informata dal medico sulle malformazioni del feto»: è dunque evidente che detta mancanza di consenso (ai fini della terapia e non dell'interruzione di gravidanza), in relazione anche agli effetti nei confronti del nascituro, ha determinato l'obbligo a carico del responsabile al risarcimento del danno.

Non sfugge, infatti, a questo collegio che la mancanza di consenso informato, nella diversa fattispecie da quella in esame con riguardo alla interruzione volontaria di gravidanza (e non in relazione alla sola effettuazione di una terapia), non può dar luogo a risarcimento anche nei confronti del nascituro poi nato con malformazioni, oltre che nei confronti della gestante-madre; ciò perché, in base alla condivisibile giurisprudenza di questa corte (sul punto, tra le altre, la già citata sentenza 14488/04, la 6735/02, *id.*, 2002, I, 3115, e la 16123/06, *id.*, Rep. 2006, voce *Responsabilità civile*, n. 277) non è configurabile nel nostro ordinamento un diritto «a non nascere se non sano» perché, in base alla l. 194/78, sull'interruzione volontaria di gravidanza, e in particolare agli art. 4 e 6 nonché all'art. 7, 3° comma, che prevedono la possibilità di interrompere la gravidanza nei soli casi in cui la sua prosecuzione o il parto comportino un grave pericolo per la salute o la vita della donna, deve escludersi nel nostro ordinamento il c.d. aborto eugenetico. Pertanto il concepito, poi nato, non potrà avvalersi del risarcimento del danno perché la madre non è stata posta nella condizione di praticare l'aborto; tale circostanza non è in contrasto con la tutela riconosciuta al nascituro, quale soggetto giuridico, ed ai suoi interessi e non prospetta profili di incostituzionalità per quanto affermato anche dalla Corte costituzionale, con la pronuncia 27/75, *id.*, 1975, I, 515 (anche se antecedente alla legge sulla interruzione volontaria di gravidanza), secondo cui, pur sussistendo una tutela costituzionale del concepito, deducibile dagli art. 31, 2° comma, e 2 Cost., gli interessi dello stesso possono venire in collisione con altri beni anch'essi costituzionalmente tutelati (come, nel caso di specie, la salute della madre).

Del pari la corte territoriale ha ritenuto la responsabilità dei medici curanti (A. oltre che C.) in ordine alla somministrazione di un farmaco dannoso, e ciò sulla base di una valutazione in fatto non ulteriormente censurabile nella presente sede di legittimità; ha affermato in proposito detta corte: «né può l'A. asserire che, poiché il parto fu preso dai soli dott. C. e R., ogni responsabilità sia da ascrivere esclusivamente ai detti medici. Invero, innanzitutto è dimostrato con i testi e la documentazione della camera di commercio che il reparto della clinica S.S., ove partorisce la donna, è riservato alle partorienti in cura presso il centro A. e che il dott. A. è azionista della detta clinica; in secondo luogo, le malformazioni al minore non sono derivanti da una cattiva conduzione del parto, bensì dalla somministrazione del clomifene, avvenuta durante il periodo in cui la V. era in cura presso il centro A. ed affidata al dott. C.

Deve, dunque, ritenersi la responsabilità concorrente dei dott. A. e C. per i danni causati agli attori».

Altresì infondata è l'ulteriore censura, sempre espressa nel primo motivo, in ordine alla dedotta violazione «dei principi in materia di rapporto di causalità». Sul punto, deve ribadirsi quanto già statuito da questa corte, secondo cui la valutazione del nesso di causalità (materiale), in sede civile, pur ispirandosi ai criteri di cui agli art. 40 e 41 c.p. (per cui un evento è da considerarsi causato da un altro se il primo non può verificarsi in assenza del secondo), fatte salve alcune peculiarità, presenta una rilevante differenza in relazione ai parametri probatori. Infatti, stante la diversità dei valori in gioco tra la responsabilità penale (in cui principale punto di riferimento per il legislatore è l'autore del reato, in relazione a fattispecie tipiche) e quella civile (in cui il legislatore è di regola equidistante dalle parti contendenti,

con particolari situazioni di tutela del danneggiato, e vige, per l'illecito aquiliano, la regola generale del *neminem laedere*), nel primo caso occorre che sia fornita la prova «oltre ogni ragionevole dubbio» (in tal senso l'ormai consolidato indirizzo della giurisprudenza penale di questa corte) mentre in materia civile vige il diverso principio del «più probabile che non», ovvero della prevalenza probabilistica, rispetto alla (quasi) certezza (sul punto, di recente, Cass. 576/08, *id.*, Rep. 2008, voce cit., n. 220, nonché Cass. 21619/07, *ibid.*, n. 219).

Deve aggiungersi, poi, che in tema di responsabilità contrattuale (o da «contatto sociale», spesso configurabile, sulla base della giurisprudenza di questa corte, in caso di attività medico-chirurgica nell'ambito di strutture sanitarie), come nel caso in esame, rileva in particolar modo l'oggettiva «inesattezza» dell'adempimento da parte del debitore da compararsi al soggettivo criterio di valutazione del suo operato in base alla diligenza media o «rafforzata» di cui, rispettivamente, all'art. 1176, 1° e 2° comma, c.c.

In definitiva, diversi sono i criteri di indagine in ordine alla responsabilità penale ed alla responsabilità civile, perché, con riferimento a quest'ultima, l'illecito extracontrattuale è «sanzionato» con il risarcimento del danno ove il fatto sia oggettivamente probabile e soggettivamente prevedibile, mentre la responsabilità contrattuale, anch'essa fonte *in primis* dell'obbligo risarcitorio, sussiste se la prestazione eseguita non corrisponde a quanto pattuito (per qualità, quantità, vizi, ritardo ed altro) in stretta connessione con il grado di diligenza richiesto nel caso di specie.

Ciò premesso, nella vicenda in esame, risultando comunque l'accertamento della sussistenza del nesso di causalità come *quaestio facti*, è da rilevare che logica e sufficiente è la motivazione sul punto: sia l'A. che il C. sono stati ritenuti responsabili contrattualmente perché, da un lato, non hanno informato compiutamente la V. in relazione alla pericolosità dei farmaci prescritti, con ciò venendo meno allo specifico dovere di comportamento sopra richiamato (sul rapporto di causalità in tema di obbligo informativo, Cass. 14638/04, *id.*, Rep. 2004, voce *Professioni intellettuali*, n. 162) e, dall'altro, hanno «inesattamente» adempiuto la prestazione a loro carico, in modo non diligente ai sensi dell'art. 1176, 2° comma, c.c. prescrivendo un farmaco dannoso per il nascituro (sul tema, Cass. 11316/03, *id.*, 2003, I, 2970). In entrambe dette ipotesi è evidente la sussistenza del nesso di causalità: il comportamento omissivo ha impedito alla V. di acconsentire al trattamento (o di negarlo) in piena consapevolezza dei rischi connessi; la prescrizione del Clomid, sulla base di un'evidente e grave negligenza (per quanto accertato dalla corte territoriale), ha determinato le lesioni e le malformazioni in oggetto.

In relazione a tale ultimo punto in ordine alla diligenza professionale del medico-chirurgo, la sentenza in esame risulta in linea con quanto più volte affermato di recente da questa corte (tra le altre, Cass. 12273/04, *id.*, Rep. 2004, voce cit., n. 157), secondo cui, in linea con la decisione della Consulta 166/73 (*id.*, 1974, I, 19), deve affermarsi che la limitazione stabilita dall'art. 2236 c.c., della responsabilità del prestatore d'opera intellettuale alla colpa grave, configurabile nel caso di mancata applicazione delle cognizioni fondamentali attinenti alla professione, è applicabile soltanto per la colpa da imperizia nei casi di prestazioni particolarmente difficili; non possono invece mai difettare, neppure nei casi di particolare difficoltà, nel medico gli obblighi di diligenza del professionista che è un debitore qualificato, ai sensi dell'art. 1176, 2° comma, c.c., e di prudenza, che pertanto, pur in casi di particolare difficoltà, risponde per colpa lieve.

In parte infondato e in parte inammissibile è il secondo motivo (del ricorso principale) in ordine alla prova «offerta» dagli attori, con specifico riferimento alla «duplice» somministrazione del farmaco, nonché in ordine all'accoglimento «acritico» da parte della corte territoriale del contenuto della relazione tecnica.

Infondata è la censura sul regime probatorio nella controversia in esame: in proposito deve ribadirsi quanto già statuito in modo consolidato da questa corte (tra le altre, Cass. 9471/04, *id.*, Rep. 2004, voce cit., n. 151) che, dando luogo la relazione che si instaura tra medico (nonché la struttura sanitaria) e paziente ad un rapporto di tipo contrattuale (quand'anche fondato sul solo contatto sociale), in base alla regola di cui all'art. 1218

c.c. compete non già al paziente «allegarne» e provarne la sussistenza, ma al medico ed alla struttura sanitaria dimostrarne la mancanza; il paziente ha l'onere di «allegare» l'inesattezza dell'adempimento non la colpa né tanto meno la gravità della colpa.

Per il resto detto secondo motivo è inammissibile là dove tende ad un non consentito riesame delle risultanze di causa (modalità di somministrazione del Clomid) o dei dati della consulenza di ufficio, discrezionalmente valutabili dal giudice di merito.

Altresì inammissibile è il terzo motivo in quanto non censura, come tra l'altro esposto in sede di esame del primo motivo, la *ratio decidendi* dell'impugnata decisione, fondata sulla violazione di due obblighi (quello relativo all'informazione della paziente e quello riguardante la prescrizione di un farmaco potenzialmente dannoso), limitandosi ad esporre un convincimento proprio del ricorrente in antitesi a quello della corte territoriale, con specifico riferimento alla violazione del diritto a nascere sano.

Non meritevole di accoglimento è anche il ricorso incidentale in relazione a tutti i motivi.

Quanto al primo motivo si osserva innanzitutto che la responsabilità del C. è stata affermata dalla corte di Napoli in virtù di un compiuto esame delle risultanze processuali e con ampia e logica motivazione; ha dedotto, infatti, detta corte che: «egli seguì la donna nell'ambito della struttura dell'A. per tutto il periodo della gravidanza e quello precedente, le prescrisse i farmaci e gli esami necessari e la operò al momento del parto, avvenuto con taglio cesareo... egli non ha dimostrato la assunta imposizione del protocollo da seguire e dei farmaci da prescrivere da parte dell'A.;... dagli atti di causa è emerso che egli collaborava con il centro A. da alcuni anni come assistente del titolare, era inserito nella struttura e veniva retribuito regolarmente per l'opera professionale prestata in favore delle pazienti del centro (cfr. deposizioni dei testi di parte attrice e dei convenuti C. e R., nonché ricevute di pagamento degli emolumenti prodotti dal C.). Ma l'inserimento di un medico in una struttura pubblica o privata non lo esime certamente da responsabilità personale per l'opera professionale prestata ai pazienti, in considerazione del fatto che è proprio il medico che valuta il caso del paziente, decide il programma terapeutico da attuare e ne controlla l'evolversi nel tempo».

Quanto poi alla dedotta mancanza di una domanda di accertamento di responsabilità (e di conseguente pronuncia risarcitoria) nei confronti del C., si rileva: i coniugi P.-V. hanno convenuto sia l'A., nella qualità, che i dott. C. e R. per sentirli condannare al risarcimento di tutti i danni subiti in relazione alla loro condotta complessiva nell'ambito del rapporto sanitario-paziente, che non può non comprendere, per quanto già esposto, sia il dovere generale di una corretta informazione, sia l'obbligo di non prescrivere farmaci potenzialmente lesivi del bene salute (come poi «in concreto» accertato in sede di consulenza di ufficio); inoltre, mentre l'A., in sede di gravame, non proponeva alcuna domanda di condanna del C., solo prospettando una differente tesi rispetto a quanto ritenuto in primo grado, la condanna, a titolo solidale, nei confronti dello stesso C. fu introdotta innanzi al tribunale da detti coniugi e dagli stessi riproposta, in via d'appello incidentale, in secondo grado.

Né, infine, l'appello principale dell'A. introduceva questioni «nuove» (rispetto all'originaria *causa petendi*), tali da comportare l'inammissibilità del gravame, con riflessi sull'impugnazione incidentale.

Privo di pregio è anche il secondo motivo, in ordine al presunto giudicato formatosi sull'inserimento nella struttura e sull'esistenza di un rapporto contrattuale tra la V. e l'A., con ritenuta conseguente esclusione della responsabilità «diretta» del C.: in base degli art. 1228 e 2232 c.c., va rilevato che la solidarietà tra vari soggetti obbligati verso il danneggiato non è esclusa dal diverso titolo di responsabilità a carico degli «ausiliari» o «sostituti» rispetto ai «padroni» o «committenti», soprattutto in casi in cui un unico evento dannoso è ascrivibile a più persone, come nella vicenda in esame, in cui, per la corte territoriale, il rapporto tra la V. ed i sanitari in questione, pur nella diversità dei compiti di ciascuno, era da considerarsi unico (come testualmente si afferma nella sentenza impugnata, in relazione alla «responsabilità concorrente dei dott. A. e C. per in danni causati agli attori»).

In definitiva, si evince dalla motivazione dei giudici di secondo grado la configurazione dell'attività svolta dal C., nell'ambito del centro A., da «contatto sociale» con la V., con conseguente assunzione di obblighi personali e diretti da parte del C.

Inammissibili sono le doglianze di cui al terzo e il quarto motivo: a parte la considerazione, come già detto, che la corte di Napoli ha dato ampiamente conto delle ragioni del decidere, anche con riferimento dei danni liquidati a P.F. ed ai suoi genitori (sia non patrimoniali che patrimoniali), le censure, in particolare, di cui a detti motivi in parte sono generiche (non è infatti dato comprendere «l'arbitrarietà» e la mancanza di motivazione in proposito dedotte dal ricorrente incidentale nel terzo motivo) e in parte riguardano circostanze di fatto (l'entità delle lesioni e dei danni patrimoniali in sede di terzo motivo nonché il comportamento del C. in ordine all'obbligo di informazione, la prova in proposito offerta dalla V., la dannosità del Clomid in relazione alla terapia praticata nell'ambito del quarto motivo) non ulteriormente valutabili in questa sede.

Per quanto già esposto, assorbito è il quinto motivo.

In conclusione, deve affermarsi, stante la soggettività giuridica di P.F. sul piano personale (nei limiti indicati), quale concepito, il suo diritto a nascere sano ed il corrispondente obbligo di detti sanitari di risarcirlo (diritto al risarcimento che per il nascituro, avente carattere patrimoniale, è condizionato, quanto alla titolarità, all'evento nascita ex art. 1, 2° comma, c.c., ed azionabile dagli esercenti la potestà) per mancata osservanza sia del dovere di una corretta informazione (ai fini del consenso informato) in ordine alla terapia prescritta alla madre (e ciò in quanto il rapporto instaurato dalla madre con i sanitari produce effetti protettivi nei confronti del nascituro), sia del dovere di somministrare farmaci non dannosi per il nascituro stesso.

Non avrebbe invece quest'ultimo avuto diritto al risarcimento qualora il consenso informato necessitasse ai fini dell'interruzione di gravidanza (e non della mera prescrizione di farmaci), stante la non configurabilità del diritto a non nascere (se non sano). Ancora, e sempre sulla base del nesso di causalità quale prospettabile nella vicenda in esame ai sensi dell'art. 1218 e dell'art. 1176, 2° comma, c.c., risulta dovuto, come stabilito nella sentenza impugnata, il risarcimento in questione nei confronti dei coniugi P.

In relazione alla natura della controversia sussistono giusti motivi per dichiarare interamente compensate tra tutte le parti le spese del presente giudizio.

Infine, ricorrono i presupposti ex art. 52, 2° comma, d.leg. 196/03, in materia di presunzione di dati personali, per disporre, in caso di diffusione della presente sentenza in qualsiasi forma, per finalità di informazione giuridica su riviste, supporti elettronici o mediante reti di comunicazione elettronica, che sia omessa l'indicazione delle generalità e degli altri dati identificativi degli interessati nella presente controversia.

(1) I. - Con la pronuncia in epigrafe la Suprema corte ribadisce con fermezza la sussistenza del diritto alla salute del nascituro, la cui menomazione è suscettibile di risarcimento quando le malformazioni del neonato siano dipese dalla somministrazione di farmaci dannosi, la pericolosità dei quali sia stata sottaciuta alla madre in sede di prestazione di terapia coadiuvante dell'ovulazione. La violazione del diritto del neonato a nascere sano è fonte di un'autonoma voce di danno patrimoniale, condizionata (per la titolarità) dall'evento nascita; la relativa azione risarcitoria è esperibile dagli esercenti la potestà genitoriale. Sennonché, per affermare la responsabilità verso il minore per il danno prenatale, la sentenza s'ingegna di edificare un'autonoma soggettività giuridica del concepito.

La singolarità della fattispecie consiste nella circostanza che gli attori — genitori del neonato malformato — non contestano il difetto di informazione per omessa diagnosi prenatale e mancata interruzione della gravidanza, bensì la causazione dell'evento dannoso per incauta somministrazione di farmaci per favorire il concepimento non presentati come pericolosi, ma rivelatisi tali anche nelle prime settimane di gestazione.

In senso conforme un manipolo di pronunce: Cass. 9 maggio 2000, n. 5881, *Foro it.*, Rep. 2001, voce *Danni civili*, n. 141, e, per esteso, *Danno e resp.*, 2001, 169, con nota di A. D'ANGELO, *Limitata prospettiva di vita e quantificazione del danno*; Trib. Reggio Calabria 31 marzo 2004, *Foro it.*, Rep. 2005, voce *Professioni intellettuali*, n. 229, nonché *Danno e resp.*, 2005, 179, con nota di A.L. BITETTO, «*Wrongful birth*»: *diritti dei genitori e assistenza tempestiva al figlio disabile*; Trib. Genova

30 marzo 1998, *Foro it.*, Rep. 2000, voce cit., n. 177, e *Resp. civ.*, 1999, 997, con nota di M. GORGONI, *Disfunzioni tecniche e di organizzazione sanitaria e responsabilità professionale medica*; Trib. Milano 17 dicembre 1991, *Foro it.*, Rep. 1992, voce *Responsabilità civile*, n. 111, e 13 maggio 1982, *id.*, Rep. 1983, voce *Danni civili*, n. 79, dove vengono in esponente i postumi di natura permanente riportati dal nato come conseguenza immediata e diretta di una condotta negligente dei sanitari.

II. - Più cospicua la giurisprudenza, di legittimità (Cass. 14 luglio 2006, n. 16123, *id.*, Rep. 2006, voce *Responsabilità civile*, n. 277, e *Corriere giur.*, 2006, 1691, con nota di A. LISERRE, *Ancora in tema di mancata interruzione di gravidanza e danno da procreazione*; 20 ottobre 2005, n. 20320, *Foro it.*, 2006, I, 2097, con osservazioni di A.L. BITETTO, cui si rinvia per ulteriori richiami giurisprudenziali) e di merito (Trib. Pesaro 26 maggio 2008, *id.*, Rep. 2008, voce *Professioni intellettuali*, n. 129; Trib. Cagliari 12 aprile 2006, *id.*, Rep. 2007, voce cit., n. 175, e, per esteso, *Riv. giur. sarda*, 2007, 419, con nota di F. CAPPAL, *Omessa diagnosi delle malformazioni del nascituro: il punto sugli interessi coinvolti e sui danni risarcibili*; Trib. Catania 29 marzo 2006, *Foro it.*, Rep. 2006, voce cit., n. 26, nonché *Merito*, 2006, fasc. 7, 15, con nota di F. ANTEZZA, *La responsabilità civile per mancata diagnosi di malattia del feto*; Trib. Padova 24 ottobre 2005, *Foro it.*, Rep. 2007, voce cit., n. 173, e *Nuova giur. civ.*, 2006, I, 1330, con nota di C. SIANO, *Principi giurisprudenziali in materia di responsabilità medica e risarcimento del danno per nascita indesiderata di un figlio handicappato*; App. Roma 12 luglio 2005, *Foro it.*, Rep. 2005, voce cit., n. 223; Trib. Perugia 25 gennaio 2005, *ibid.*, n. 221, e, per esteso, *Merito*, 2005, fasc. 4, 6, con nota di P. CENDON, *Malformazione del feto e mancata interruzione della gravidanza: i danni non patrimoniali dei genitori*), intesa ad affermare la responsabilità del sanitario — che abbia o meno di informare i genitori sui rischi di malformazione del nascituro precludendo alla madre la scelta d'interrompere la gravidanza — per i danni, conseguenti alla nascita del figlio malformato, nei confronti dei genitori. Non, invece, nei confronti del minore, nel presupposto che il nostro ordinamento non ammetta un diritto a non nascere del minore.

III. - Consolidato appare l'orientamento giurisprudenziale che ritiene configurabile il nesso causale fra il comportamento omissivo del medico ed il pregiudizio subito dal paziente ogniquale, attraverso un criterio necessariamente probabilistico, si reputi che l'opera del medico, correttamente e prontamente prestata, avrebbe avuto serie ed apprezzabili possibilità di evitare il danno verificatosi: v., da ultimo, Cass. 17 gennaio 2008, n. 867, *Foro it.*, Rep. 2008, voce *Responsabilità civile*, n. 228, e Trib. Brindisi 2 febbraio 2009, *id.*, 2009, I, 1633, con nota di richiami cui si rinvia per gli ulteriori spunti giurisprudenziali e bibliografici.

Più in particolare, in perfetta sintonia con l'odierno *decisum* si precisa che, secondo i principi generali di cui all'art. 2697 c.c., l'onere di provare l'esistenza del nesso causale tra l'evento lesivo e la condotta del medico grava sul danneggiato, cui però, in considerazione del rapporto contrattuale esistente, non compete l'allegazione della colpa del medico o della struttura sanitaria: cfr., *ex multis*, Cass. 8 ottobre 2008, n. 24791, *id.*, Rep. 2008, voce *Professioni intellettuali*, n. 123; 24 aprile 2008, n. 10668, *ibid.*, n. 121; 11 gennaio 2008, n. 584, e 11 gennaio 2008, n. 577, *id.*, 2008, I, 451 e 455, con osservazioni di A. PALMIERI.

Nel senso che la limitazione di responsabilità del medico alle ipotesi di dolo e colpa grave, di cui all'art. 2236, 2° comma, c.c., non ricorre con riferimento ai danni causati al paziente per negligenza o imperizia, ma soltanto per i casi implicanti risoluzione di problemi tecnici di particolare difficoltà trascendenti la preparazione medica o non ancora sufficientemente studiati dalla scienza medica, incidendo in tal caso al sanitario di darne la relativa prova in applicazione del suindicato principio, v., da ultimo, Cass. 8 ottobre 2008, n. 24791, cit.; 24 aprile 2008, n. 10668, cit.; 17 gennaio 2008, n. 867, cit.; 26 giugno 2007, n. 14759, *ibid.*, 2961.

IV. - Con la sentenza in epigrafe si amplia la sfera dei soggetti terzi nei confronti dei quali il contratto di prestazione medica esplica effetti protettivi: si aggiunge, infatti, il bimbo portatore di handicap. Per l'individuazione dei soggetti rispetto ai quali la mancata o inesatta prestazione sanitaria poteva, sino ad ora, qualificarsi come inadempimento, con tutte le relative conseguenze sul piano risarcitorio, cfr. Cass. 13 gennaio 2009, n. 469, *id.*, Mass., 29; 14 giugno 2007, n. 13953, *id.*, 2008, I, 1990; 26 gennaio 2006, n. 1698, *id.*, Rep. 2006, voce *Contratto in genere*, n. 360; 20 ottobre 2005, n. 20320, cit. (decisione dove si era oltrepassato l'ostacolo costituito dal dato normativo — disciplina dell'aborto — che riconosce esclusivamente alla donna il diritto di interrompere la gravidanza, considerando gli effetti negativi, nella sfera patrimoniale e psichica di entrambi i genitori, di un'eventuale impossibilità di scelta di interrompere la gravidanza).

V. - In ordine alla responsabilità dell'ente per il medico o per il personale sanitario, v., da ultimo, Trib. Brindisi 2 febbraio 2009, cit., dove si è stabilito che l'azienda sanitaria risponde dei danni subiti dalla gestante e dalla figlia in occasione del parto, nonché Cass. 14 giugno 2007, n. 13953, cit., che ha sancito la responsabilità solidale della casa di cura per l'inadempimento della prestazione medico-professionale svolta direttamente dal chirurgo non incardinato nella struttura sanitaria stessa.

VI. - Per un primo commento all'odierna decisione, cfr. F. GALGANO, *Danno da procreazione e danno al feto, ovvero quando la montagna partorisce un topolino*, in *Contratto e impr.*, 2009, 537; G. CRICENTI, *Il concepito soggetto di diritto e i limiti dell'interpretazione*, in *Nuova giur. civ.*, 2009, I, 1268; S. CACACE, *Figli indesiderati nascono. Il medico in tribunale*, in *Danno e resp.*, 2009, 1190.

In dottrina, sulle questioni testé evocate, v., oltre i contributi citati, D. AMOROSO, *Sulle conseguenze risarcitorie della colposa mancata diagnosi prenatale della malformazione del nascituro* (nota a Trib. Pesaro 26 maggio 2008, cit.), in *Giust. civ.*, 2008, I, 2278; L. CAVALLO, *Risarcimento del danno da nascita indesiderata: il padre ha diritto al risarcimento del danno in via immediata e diretta* (nota a Cass. 20 ottobre 2005, n. 20320, cit.), in *Riv. it. medicina legale*, 2007, 1172; C. CERRAI, *I presupposti per il risarcimento dei danni derivanti da nascita indesiderata*, in *Ventiquattrore avvocato*, 2007, fasc. 5, 35; M.J. FONTANELLA, *Il risarcimento del danno da nascita indesiderata*, in *Iustitia*, 2006, 317; M. CATALIOTTI, *L'estensione della tutela risarcitoria ai prossimi congiunti nella fattispecie della nascita indesiderata ad opera della Corte di cassazione italiana - L'esperienza francese a confronto*, in *Dir. uomo*, 2006, fasc. 1, 55; O. RILAMPA, *Il «diritto di non nascere» e la condizione giuridica del nascituro*, in *La responsabilità civile*, 2006, 71. [A.L. BITETTO]

* * *

Fecondazione assistita, malformazioni fetali e ristoro del «bebè prejudice».

I. - La sentenza in rassegna affronta l'annosa questione del riconoscimento (di là dalle pretese dei genitori di un bimbo nato handicappato a causa di un erroneo adempimento delle prestazioni mediche ginecologiche richieste: c.d. *wrongful birth*) del pregiudizio del bambino stesso per una vita indesiderata (c.d. *wrongful life*) (1).

In vero, già da un fugace sguardo alla giurisprudenza europea è facile riscontrare richieste risarcitorie da parte di genitori che non avrebbero messo al mondo il bimbo se il ginecologo avesse: a) evitato la gravidanza, come da essi stessi richiesto; b) informato la madre dei rischi connessi alla gravidanza; c) correttamente eseguito la pratica abortiva ovvero le cure durante il parto; d) adeguatamente eseguito i test genetici sulla vita intrauterina del feto. In tali ipotesi, il risarcimento viene solitamente riconosciuto e comprende il costo del mantenimento del bambino e il danno non patrimoniale dei genitori per lo stravolgimento delle loro consuetudini di vita. Del tutto diversa la sorte dei *claims* dei minori per le sofferenze derivanti dalla loro malformazione, quando nessun trattamento sanitario avrebbe potuto eliminare o attenuare l'handicap, ma si contesti che una corretta informazione ai genitori sulla gravità della menomazione avrebbe evitato la loro nascita (2).

La sostanziale unanimità di vedute sull'irrisarcibilità di una vita indesiderata, per l'impossibilità di compensare un interesse contrario al valore della dignità umana, acuisce l'importanza dell'odierno *decisum* che supera l'ostacolo nominalistico, portando in esponente i pregiudizi, patrimoniali e non, di minori affetti da gravi patologie che solo un accorto intervento medico avrebbe potuto evitare.

Il perno su cui ruotano tutte le affermazioni della Suprema corte è il reputare il contratto tra medico e gestante come rapporto con effetti protettivi a favore di terzi, con conseguente conferimento al medico del dovere di salvaguardare non solo la partoriente ed il futuro padre del bambino, ma anche il concepito, evitando — nei limiti consentiti dalla scienza — il sorgere di qualsiasi danno alla sua salute (3).

La novità risiede nella fattispecie causativa del danno: non un'erronea diagnosi prenatale e la preclusione della *chance* di interruzione volontaria di gravidanza, ma l'incauta somministrazione di farmaci coadiuvanti la fecondazione nel corso della gestazione stessa, nella piena consapevolezza degli elevati rischi di patologie per il feto inerenti a tale prassi.

Sin dalle prime battute si intravede il traguardo: il riconoscimento di una somma di denaro che non corrisponda al maggior peso economico della cura ed assistenza di un figlio disabile, bensì al risarcimento integrale del mantenimento del nascituro e del danno a lui derivante in prima persona dal dovere di sopportare il peso di una vita handicappata. Del resto, il ragionamento di supporto è stringato. Se il diritto del concepito a nascer sano si fonda sull'idea che nessuno può, con comportamento commissivo od omissivo, doloso o colposo, provocare al nasci-

turo lesioni o malattie, la malformazione del neonato va risarcita anche quando non sia dipesa da un errore compiuto dal medico nell'espletamento delle operazioni di parto, ma da trattamenti sanitari volti a favorire il concepimento (4).

II. - Ma, accertata la sussistenza del nesso di causalità come *questio facti* e ritenuti i medici responsabili per non aver informato la gestante sulla pericolosità dei farmaci indicati e per aver prescritto un medicinale dannoso per il nascituro cagionando tanto l'impossibilità di negare il trattamento alla donna quanto le malformazioni al bimbo, l'attenzione dei giudici di piazza Cavour si sposta sulla necessità di configurare la soggettività giuridica del nascituro, al fine di riconoscergli il ristoro del pregiudizio subito a causa delle patologie contratte in occasione della fecondazione assistita a cui la madre si era sottoposta.

L'iter argomentativo muove dall'intenzione di superare le dissertazioni giurisprudenziali e dottrinarie che, proprio all'indomani del caso *Perruche* in Francia (5), negavano in *nuce* il ristoro del *bebè prejudice*, sulla base della mera configurazione del diritto a nascer sani come *adepsota*, dal momento che nessun soggetto esistente avrebbe potuto godere se non in seguito alla sua violazione (6). Il disconoscimento del risarcimento al neonato malformato si fondava, infatti, sulla considerazione che nessun pregiudizio — né la perdita di un bene, né il mancato guadagno di un'utilità attesa — potesse essere riscontrato nel fatto di aver ricevuto la vita, pur sempre dono anche quando irrimediabilmente imperfetta (7).

A sostegno del diritto al risarcimento del nascituro in caso di danni provocati da terapie mediche atte a facilitare il concepimento viene così invocata la giurisprudenza-normativa; e si reputa necessario dotare il concepito di autonoma soggettività giuridica, in quanto titolare (tra gli altri, ancorché di dubbia rilevanza per chi debba ancora venire alla luce) del diritto all'integrità psicofisica, al fine di riconoscergli il diritto a nascer sano subordinato esclusivamente alla condizione dell'evento nascita (8).

III. - L'affermazione che non si possa riconoscere all'individuo concepito la titolarità di un interesse protetto senza attribuirgli soggettività meriterebbe una rimeditazione, dal momento che rischia di incrinare la struttura della responsabilità medica e ostetrica fondata sull'assunto che il bambino, terzo rispetto alla relazione intercorsa tra sua madre ed il ginecologo, goda senz'altro del diritto di ottenere la riparazione del pregiudizio subito a causa dell'obbligazione assunta, ma inadempita o erroneamente eseguita (9).

D'altro canto, in letteratura già tempo addietro si sottolineava come per affermare la responsabilità verso il minore per il danno prenatale fossero percorribili diverse traiettorie: a) il richiamo alle norme sulla responsabilità aquiliana (10); b) l'inquadramento del neonato come beneficiario di contratto a favore di terzi (11); c) la configurazione del rapporto gestante-medico come contratto con effetti protettivi verso terzi. Senza bisogno di costruire una capacità parziale o anticipata del nascituro (12).

E, sempre in quest'ordine di idee, si è già esplicitamente sostenuto come non occorra, per riconoscere il diritto al risarcimento del danno al concepito, mettere in discussione l'art. 1, 1° comma, c.c., dovendosi distinguere tra l'azione lesiva anteriore alla nascita e l'evento dannoso

(4) Cfr., come primi pronunciamenti sulla configurabilità del diritto al concepito a nascer sano, Cass. 29 luglio 2004, n. 14488, e 21 giugno 2004, n. 11488, *Foro it.*, 2004, I, 3327, con nota di A.L. BITETTO, *Il diritto a «nascere sani»*.

(5) Cfr. S. CACACE, «*Perruche et alii*»: un bambino ed i suoi danni, in *Danno e resp.*, 2005, 206-209.

(6) In tal senso, cfr. C. SIANO, *Principi giurisprudenziali in materia di responsabilità medica e risarcimento del danno per nascita indesiderata di un figlio handicappato*, in *Nuova giur. civ.*, 2006, I, 1340.

(7) Così A.V. SPRINGER, *The rights and wrongs of wrongful life: exploring legal, health and emotional argumentation in judicial decision and lay opinions*, sul sito <www.ssrn.com>.

(8) In dottrina, D. AMOROSO, *Sulle conseguenze risarcitorie della colposa diagnosi prenatale della malformazione del nascituro*, in *Giust. civ.*, 2008, I, 2278, ritiene che il concepito sia fornito di una vera e propria soggettività giuridica a regime differenziato, ossia pur sempre subordinata all'evento nascita, ma a carattere generale.

(9) A favore del risarcimento anche al neonato malformato, A. LISERRE, *Ancora in tema di mancata interruzione della gravidanza e danno da procreazione*, in *Corriere giur.*, 2006, 1693; A. DI MAIO, *Mezzi e risultato nelle prestazioni mediche: una storia infinita*, *id.*, 2005, 39.

(10) Cfr. D. CARUSI, *Tutela giuridica della vita prenatale e risarcimento del danno nell'illecito plurioffensivo*, in *Rass. dir. civ.*, 1992, 422; P. RESCIGNO, *Nascita*, voce del *Novissimo digesto*, Torino, 1965, XI, 1.

(11) Cfr. S. SCARDULLA, *Nascituro*, voce dell'*Enciclopedia del diritto*, Milano, 1977, XXVII, 546, che configura il nascituro quale beneficiario di contratto a favore di terzi.

(12) Sul contratto con effetti protettivi verso terzi, v. CASTRONOVO, *Obblighi di protezione e tutela del terzo*, in *Jus*, 1973, 123, e la recente opera di L. LAMBO, *Obblighi di protezione*, Padova, 2007.

(1) Cfr. G. ALPA, «*Wrongful life*»: soluzioni controverse, in *Nuova giur. civ.*, 2006, II, 65.

(2) V.I. GIESEN, *Of wrongful birth, wrongful life, comparative law and the politics for tort law systems*, sul sito <www.ssrn.com>.

(3) V., da ultimo, nella giurisprudenza di legittimità, Cass. 13 gennaio 2009, n. 469, *Foro it.*, Mass., 29; 14 giugno 2007, n. 13953, *id.*, 2008, I, 1990; 26 gennaio 2006, n. 1698, *id.*, Rep. 2006, voce *Contratto in genere*, n. 360; 20 ottobre 2005, n. 20320, *id.*, 2006, I, 2097, e, in quella di merito, Trib. Pesaro 26 maggio 2008, *id.*, Rep. 2008, voce *Professioni intellettuali*, n. 129; Trib. Padova 24 ottobre 2005, *id.*, Rep. 2007, voce *cil.*, n. 173.

che si manifesta al momento della nascita e, quindi, a carico del nato (e non del nascituro) (13).

Al quadro del sistema responsabilità medica per *wrongful life* l'odierna pronuncia aggiunge comunque un importante tassello: il ginecologo dovrà rispondere non solo quando le malformazioni al bimbo siano state causate da tare genetiche ereditarie o malattie infettive contratte durante la gravidanza e non diagnosticate prima del concepimento (14), dalla carenza di terapie idonee ad eliminare od attenuare l'handicap in fase intrauterina (15), o ancora da errori nelle operazioni di assistenza al parto (16), ma anche in ipotesi di fecondazione assistita causativa di minorazione al neonato.

ANNA LISA BITETTO

(13) Così F. GALGANO, *Danno da procreazione e danno al feto, ovvero quando la montagna partorisce un topolino*, in *Contratto e impr.*, 2009, 538.

(14) V., *ex multis*, Cass. 10 maggio 2002, n. 6735, *Foro it.*, 2002, I, 3115, con note di R. SIMONE e A. PALMIERI.

(15) Cfr. Trib. Reggio Calabria 31 marzo 2004, *Foro it.*, Rep. 2005, voce *Professioni intellettuali*, n. 229.

(16) Cfr., da ultimo, Cass. 11 gennaio 2008, n. 584, *Foro it.*, 2008, I, 451, con osservazioni di A. PALMIERI.

* * *

«Giurisprudenza-normativa» e ruolo del giudice nell'ordinamento italiano.

I. - I tempi cambiano, gli ordinamenti giuridici pure. Si evolvono continuamente, e sempre più rapidamente, le ragioni, i modi e le finalità delle relazioni tra uomini; emergono nuovi valori condivisi, mentre altri tramontano. Mutano, di conseguenza, le forme ed i contenuti del diritto. Nulla di nuovo sotto il sole, si dirà. Ma la sentenza in epigrafe prova che qualcosa di nuovo, anzi di epocale, sta, più o meno silenziosamente, ed inesorabilmente, avvenendo nel sistema giuridico italiano. Qualcosa che sta incidendo profondamente sulla dinamica, gli equilibri e le geometrie dei rapporti tra le fonti — o, se si preferisce, tra i formanti — dell'ordinamento e che, dunque, tocca al cuore la natura stessa del sistema e le sue prospettive di evoluzione futura.

L'odierna pronuncia della Suprema corte — al di là dei pur rilevanti principi sanciti in materia di responsabilità sanitaria — si impone all'attenzione degli operatori e degli studiosi prima di tutto per le «ineludibili premesse argomentative» che il collegio ritiene di dover svolgere al fine di corroborare la decisione del caso concreto, e che si risolvono in una rivendicazione di poteri e prerogative giurisprudenziali nient'affatto necessaria ai fini del *decisum* e, anche per questo, ancora più rilevante.

Sia chiaro, non si tratta di una prima volta. La Suprema corte ha spesso svolto negli ultimi anni, soprattutto alla vigilia o in occasione di importanti *revirement* pretori o di significative affermazioni di principi di diritto in qualche modo originali, riflessioni sul ruolo attuale del giudice nell'ordinamento; tuttavia, la forza delle espressioni usate nel caso di specie suggerisce di svolgere una, se pure breve, riflessione sul tema.

II. - La giurisprudenza ha recentemente dimostrato, anche in Italia, di voler attivamente partecipare, più che in passato, al processo di costante adeguamento della realtà normativa alle trasformazioni in essere a livello sociale. Ciò, da un lato, in quanto al progressivo continuo aggravamento della complessità sociale non si è generalmente affiancato un rinnovamento virtuoso del modo di fare diritto da parte del legislatore (anzi, semmai è accaduto il contrario); dall'altro, in quanto, soprattutto a causa dell'evoluzione tecnologica, tematiche al confine tra diritto ed etica — più ancora bioetica — hanno seriamente messo in imbarazzo il legislatore, paralizzandone l'attività in certe materie (in proposito, sia dato rinviare a F. DI CIOMMO, *Evoluzione tecnologica e regole di responsabilità civile*, Napoli, 2003). Del resto, è noto come secondo alcuni autori sia «meglio che il diritto non intervenga mai in questioni bioetiche» (cfr. L. NIELSEN, *Dalla bioetica alla biolegislazone*, in C.M. MAZZONI (a cura di), *Una norma giuridica per la bioetica*, Bologna, 1998, 50); mentre altri, sempre riguardo alla bioetica, sostengono la tesi del diritto neutrale nell'ambito dell'orientamento liberale-libertario (cfr. T.H. ENGELHARDT JR., *Bioetica: i limiti della legislazione*, in *Biblioteca della libertà*, 125, 1994, 85; S. RODOTÀ, *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Milano, 2006; N. IRTI, *Il diritto nell'età della tecnica*, Napoli, 2007). In generale, si ritiene preferibile, in materie al confine tra diritto ed etica, che il legislatore intervenga in modo *soft*. «Quale alternativa alla legislazione *soft*, è ammessa (anzi, da alcuni considerata preferibile) la giurisprudenza discrezionale, adattabile al pluralismo etico ed alle trasformazioni sociali, in quanto mai definitivamente sempre applicata al singolo caso e suscettibile di ripensamento»

(così L. PALAZZINI, *Valori e diritti al confine della vita umana*, in *Le sfide del diritto* a cura di G. DALLA TORRE e C. MIRABELLI, Soveria Mannelli, 2009, 97, spec. 102; cfr. E. LE CALDANO, *Bioetica. Le scelte morali*, Roma-Bari, 1999).

In ogni caso, anche al di là delle questioni che in qualche modo coinvolgono l'etica, va senz'altro riconosciuto che «in numerosi settori dell'ordinamento civilistico l'assenza di normazione oppure una disciplina legislativa obsoleta ha assecondato la giurisprudenza in un ruolo altamente creativo» (così I. FERRANTI, *L'interpretazione costituzionale della norma civile*, in A. GIULIANI-A. PALAZZO-I. FERRANTI, *L'interpretazione della norma civile*, Torino, 1996, 169, 193). Ciò ha fatto sì che negli ultimi lustri si sia andato diffondendo un modo di operare dei giudici italiani incentrato più sul perseguimento dell'obiettivo della coerenza dell'ordinamento con i suoi valori fondamentali, che non sul concetto di applicazione rigorosa, benché logica, delle regole operanti nell'ordinamento stesso.

Esempio paradigmatico della recente evoluzione dei rapporti tra diritto positivo e giurisprudenza sembra essere il modo in cui le corti italiane hanno valorizzato le tesi dottrinali che, sin dagli anni settanta, in particolare nell'ambito civilistico, hanno enfatizzato il ruolo che la Costituzione deve avere nell'interpretazione e nell'applicazione del diritto. In proposito, considerato che il tentativo di ricondurre la norma nell'alveo della costituzionalità impone all'organo giudicante di scegliere, tra tutte le possibili interpretazioni, quella conforme ai principi costituzionali, in dottrina si giunge ad affermare che «il dubbio di costituzionalità di una disposizione legislativa va anzitutto avviato a soluzione sul piano della ricerca di un'interpretazione adeguatrice ai principi costituzionali. Ciò significa, a contrario, scartare — quindi disapplicare — tutte le interpretazioni difformi: interpretare in modo conforme alla Costituzione significa espungere dall'ordinamento tutte le altre possibili interpretazioni della legge. In questo contesto il giudice è venuto a esercitare un controllo diretto sulla costituzionalità della legge e, con compiti complementari, concorre con la Corte costituzionale al controllo permanente della costituzionalità della legge» (FERRANTI, *op. cit.*, 195). È evidente come, in tale prospettiva, il giudice assuma un ruolo totalmente diverso da quello disegnato dai padri costituenti, tanto che oggi — come generalmente riconosciuto — il giudizio incidentale di legittimità, ex art. 134 Cost., può a ragione essere considerato la fase terminale, eventuale ed eccezionale, di un più sofisticato e diffuso meccanismo di controllo sulla costituzionalità della legge.

Lo scenario sembra proprio quello che Gino Gorla voleva evitare allorché, da antesignano della teoria dell'interpretazione, elaborava la tesi secondo cui l'art. 12 preleggi aveva per oggetto il problema dei poteri del giudice e del suo rapporto con il legislatore, e concludeva auspicando che l'art. 12 fosse riformulato in Italia «in un senso più restrittivo dei poteri del giudice» (G. GORLA, *I precedenti storici dell'art. 12 delle disposizioni preliminari del codice civile del 1942 (un problema di diritto costituzionale?)*, in *Foro it.*, 1969, V, 112). Ma, come si diceva in apertura, i tempi cambiano e gli ordinamenti giuridici pure. Il tema, peraltro, non dovrebbe essere considerato nemmeno troppo d'avanguardia, se è vero che la Cassazione, esprimendosi in materia di dichiarazione di paternità e maternità naturale di cui all'art. 269 c.c., già con la sentenza 26 marzo 1981, n. 1752, *id.*, Rep. 1982, voce *Corte costituzionale*, n. 57, e, per esteso, *Giust. civ.*, 1982, I, 262, affermava che «il giudice, nel deliberare la non manifesta infondatezza delle questioni di legittimità costituzionale, può esercitare una forma di sindacato costituzionale diffuso [verificando] con ogni strumento ermeneutico la resistenza della norma, interpretata *secundum constitutionem*, ai sospetti d'illegittimità».

III. - L'odierna sentenza della Cassazione va, tuttavia, molto oltre. La corte, infatti, per decidere il caso concreto — come si anticipava — sente il bisogno di svolgere due «ineludibili premesse argomentative»: 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 «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 *Begriffsjuris-*

prudenz 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 dalla Suprema corte 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, i giudici di legittimità descrivono 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.

L'affermazione è forte, quasi roboante. La Suprema corte rivendica, dunque, del tutto apertamente, un ruolo normativo pieno, asseritamente funzionale all'estrinsecazione dello Stato di diritto. Siamo, come evidente, ben oltre la tecnica analogica con la quale, nei manuali tradizionali di teoria generale del diritto, si spiegano i poteri riconosciuti dal sistema ai giudici per colmare le lacune dell'ordinamento. Siamo anche al di là, forse, del dettato costituzionale, a tenore del quale il giudice è soggetto alla legge, non come ogni altro cittadino, ma proprio in quanto operatore del diritto tenuto all'applicazione logica della legge stessa. Siamo, insomma, di fronte ad un'autorità giudiziaria che si fa interprete delle esigenze di tutela di cui ritiene il legislatore non voglia, o possa, farsi carico e si propone come fautrice della «giusta» reazione dell'ordinamento. E ciò, si badi, secondo la Suprema corte, non eccezionalmente, e cioè in presenza di eccezionali situazioni o lacune del diritto di particolare gravità, bensì fisiologicamente, e cioè nell'ambito della quotidiana attività di interpretazione ed applicazione del diritto.

IV. - In questo contesto, appare interessante, ma anche in un certo senso pericoloso, il riferimento, contenuto nella sentenza in rassegna, alla c.d. «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 (per una calzante teoria dell'argomentazione giuridica e, in particolare, della logica che deve presiedere allo svolgimento dell'attività giudiziale, v. R. ALEX, *Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*, Frankfurt am Main, 1978, trad. it., *Teoria dell'argomentazione giuridica*, Milano, 1998).

A tal proposito, infatti, giova evidenziare che anche nella *jurisprudence* nordamericana, alla quale senza mezzi termini fa riferimento la sentenza in rassegna, infatti, non mancano i contestatori della tesi (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) per cui i giudici, di fronte alle lacune dell'ordinamento giuridico, dovrebbero comportarsi come fossero il legislatore scegliendo, di volta in volta tanto l'interesse da tutelare quanto il modo di approntare questa tutela. 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 ruolo del giudice e sugli obiettivi concreti che la giurisprudenza è chiamata a realizzare (cfr. R.A. POSNER, *Overcoming Law*, Cambridge, Ma., 1998).

FRANCESCO DI CIOMMO

CORTE DI CASSAZIONE; sezione II civile; sentenza 5 maggio 2009, n. 10356; Pres. ROVELLI, Est. GIUSTI, P.M. LO VOI (concl. conf.); Saggese Tozzi (Avv. OCCHINEGRO) c. Calisto (Avv. MORRONE). *Cassa App. Salerno 20 aprile 2004*.

Donazione — Donazione di beni altrui — Nullità — Usucapione abbreviata (Cod. civ., art. 771, 1159).

La donazione di beni altrui, pur se nulla ai sensi dell'art. 771 c.c., costituisce titolo astrattamente idoneo per il perfezionamento di un acquisto a non domino, mediante usucapione abbreviata. (1)

Svolgimento del processo. — 1. - Con atto notificato l'11 dicembre 1995, Nicola Calisto convenne in giudizio dinanzi al Tribunale di Salerno Antonia Saggese Tozzi, per sentirsi dichiarare proprietario della giusta metà della part. 611 del foglio 25 del comune di San Gregorio Magno — lasciatogli in eredità dalla madre Lucia Stiuso — e per vedere accolta la domanda di condanna della convenuta alla restituzione della zona di terreno già oggetto di un'azione possessoria *inter partes*, oltre al risarcimento del danno.

Si costituì in giudizio la convenuta, la quale chiese il rigetto della domanda di rivendicazione e propose domanda riconvenzionale affinché il tribunale la dichiarasse proprietaria dell'intero fondo per avvenuto acquisto a titolo di usucapione abbreviata ovvero ordinaria.

Con sentenza in data 22 marzo 2000, il Tribunale di Salerno rigettò la domanda di rivendicazione proposta dal Calisto, mentre, in parziale accoglimento della riconvenzionale, dichiarò usucapita la porzione di particella n. 611, pervenuta alla convenuta con l'atto di donazione del 15 settembre 1982 per notar Gentile.

2. - Pronunciando sul gravame interposto dal Calisto, la Corte d'appello di Salerno, con sentenza depositata il 20 aprile 2004, ha rigettato la domanda riconvenzionale e, in accoglimento della domanda principale; ha dichiarato che il Calisto è proprietario di una parte della particella 611 del foglio 25 del comune di San Gregorio Magno, come da atto di divisione per notar Caprio dell'11 marzo 1941, ed ha condannato l'appellata alla restituzione in favore della controparte della zona di terreno posta nella parte confinante con i manufatti del Calisto (come indicata dai punti C-A-D-E-B gravante su detta particella 611, giusta l'allegata tav. 9 della relazione del consulente tecnico d'ufficio, facente parte integrante della decisione).

2.1. - L'errore del primo giudice — ha evidenziato la corte territoriale — è consistito nell'aver attribuito valore di titolo astrattamente idoneo, ai fini dell'applicabilità dell'usucapione abbreviata, all'atto del 15 settembre 1982 (con il quale Maria Paglia donava alla figlia l'apezzamento di terreno in questione, che la parte stessa dichiarava di avere usucapito), laddove a tale atto di donazione, che riguardava un bene altrui, non poteva essere attribuito alcun effetto, perché la donazione di un bene che non appartenga al donante è nulla per assenza di *causa donandi* e non, semplicemente, inefficace.

In ogni caso — ha proseguito la corte d'appello — l'esperita prova testimoniale non ha fornito la dimostrazione certa ed obiettiva dell'intervenuto possesso, decennale o ventennale, da parte della Saggese Tozzi, del bene, che ha ad oggetto una zona di modeste dimensioni, prossima al confine e un tempo recintata metallicamente.

Quanto alla domanda proposta dal Calisto, la corte d'appello ha osservato che i principi in tema di prova nel giudizio di rivendicazione non hanno carattere assoluto, ma vanno adeguati alle concrete particolarità delle singole situazioni in relazione alla posizione difensiva della parte convenuta, la quale, non contestando, nel caso, i titoli dell'attore, ha allegato invano di avere acquistato il bene per usucapione.

Tanto premesso, la corte di merito, esaminando gli atti di provenienza e recependo le conclusioni del consulente d'ufficio, ritenute obiettive e suffragate da corrette valutazioni tecnico-strutturali e non contraddette da parimenti elaborate contestazioni tecniche, è pervenuta alla statuizione che deve essere annessa alla proprietà di Nicola Calisto una superficie terriera di circa mq 79, derivante dalla maggiore consistenza della particella 611, come indicata nella tavola 9 della relazione di c.t.u. con la specificazione dei punti C-A-D-E-B.