



CASSAZIONE CIVILE, III SEZ., 02.10.2012, N. 16754 – PRES. AMATUCCI – EST. TRAVAGLINO

Fatto

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

1.- Nel febbraio del 1999 B.O.M. e O. M., in proprio e nella qualità di genitori esercenti potestà sulle figlie minori G., L. e Ma., convennero in giudizio dinanzi al tribunale di Treviso il ginecologo D. P. e la USSL (OMISSIS) di Castelfranco Veneto, esponendo:

- Che la signora B., appena consapevole del proprio stato di gravidanza, si era rivolta al dott. D. chiedendo di essere sottoposta a tutti gli accertamenti necessari ad escludere malformazioni del feto;
- Che la nascita di un bimbo sano era stata rappresentata al sanitario come condizione imprescindibile per la prosecuzione della gravidanza;
- Che il dott. D. aveva proposto e fatto eseguire alla gestante il solo "Tritest", omettendo di prescrivere accertamenti più specifici al fine di escludere alterazioni cromosomiche del feto;
- Che nel settembre del 1996 era nata la piccola Ma., affetta da sindrome di Dawn. Il ginecologo, nel costituirsi, contestò analiticamente tutti gli addebiti, chiedendo nel contempo l'autorizzazione alla chiamata in causa della propria compagnia assicuratrice.*Omissis*...

Il giudice di primo grado, previa declaratoria di difetto di legittimazione attiva della minore O.M., respinse la domanda dei genitori e dei fratelli.

2.- La corte di appello di Venezia, investita del gravame proposto dagli attori in prime cure, lo rigettò:....*Omissis*....

3.- La sentenza è stata impugnata da tutti i componenti della famiglia O. con ricorso per cassazione articolato in sei motivi.*Omissis*....

Diritto

MOTIVI DELLA DECISIONE

....*Omissis*....

7.- All'esito della ricognizione tanto delle pronunce più significative rese in subiecta materia da questa corte, quanto del sempre fondamentale contributo della dottrina (ancor più necessario tutte le volte che il diritto è chiamato ad affrontare tematiche che trascendono la funzione sua propria e gli strumenti di analisi di cui dispone), sembra potersi avviare ad appagante soluzione la questione processuale sottoposta all'esame del collegio nella sua dimensione rigorosamente giuridica, e



altrettanto rigorosamente ancorata al dato normativo (e dunque scevra da facili suggestioni etiche, filosofiche, o anche solo "creative").

Vanno conseguentemente analizzati tutti gli elementi della fattispecie concreta onde inferirne la legittima riconducibilità alla fattispecie astratta dell'illecito aquiliano in tutti i suoi elementi di struttura così come descritti dall'art. 2043 c.c..

Premesso che l'analisi delle questioni relative ai criteri di valutazione del danno, che pur completerebbe l'indagine, è preclusa dall'estraneità del tema al presente giudizio, il collegio ritiene necessario condurre l'esame della fattispecie con riguardo:

- al soggetto legittimato ad agire (rectius alla legittimazione soggettiva attiva);
- all'oggetto della tutela;
- all'evento di danno;
- al nesso causale;
- alla colpa dell'agente;
- ai presupposti normativi della richiesta risarcitoria (L. n. 194 del 1978, artt. 4 e 6);
- ai presupposti fattuali della domanda risarcitoria (la richiesta di diagnosi funzionale all'aborto da parte della gestante);
- alla titolarità del diritto di rappresentanza nell'esercizio del diritto al risarcimento (e all'eventuale conflitto di interessi con i genitori);
- al riparto degli oneri probatori.

La Corte non ritiene, difatti, del tutto appagante, nel dar vita ad un così significativo *revirement* rispetto alle pronunce del 2004 e del 2009, nè l'evocazione di quella sensazione di sotterfugio cui ricorrerebbe la giurisprudenza per riconoscere il risarcimento in via indiretta all'handicappato, nè la pur suggestiva considerazione volta a rilevare la contraddizione logica del riconoscere il risarcimento del danno ai genitori e non riconoscerlo al minore nato con la malattia, contraddizione resa ancor più evidente se il risarcimento è riconosciuto non solo alla gestante, poichè è stato leso il suo diritto ad interrompere la gravidanza, ma anche al marito della stessa (che non ha un tale diritto), sol perchè è diventato padre di un bambino anormale.

7.1.- *La legittimazione soggettiva.*

Alla luce delle considerazioni che precedono, non sembra seriamente discutibile la predicabilità di una legittimazione attiva del neonato in proprio all'azione di risarcimento.

Superate le suggestioni rappresentate dall'ostacolo "ontologico" - l'impossibilità per un essere vivente di esistere come soggetto prima della sua vita - e convertita in questione giuridica la posizione del soggetto che, attualmente esistente, avanza pretese risarcitorie (ciò che sposterebbe il piano dell'analisi non sul versante della legittimazione soggettiva astratta, ma della titolarità



concreta del rapporto controverso) e prescindendo del tutto, per il momento, dall'analisi degli ulteriori elementi della fattispecie (id est il diritto leso, l'evento di danno, la sua ingiustizia, il nesso di causalità), va riconosciuto al neonato/soggetto di diritto/giuridicamente capace (art. 1 c.c.) il diritto a chiedere il risarcimento dal momento in cui è nato. Sul piano giuridico (che, non va dimenticato, è dimensione meta-reale del pensiero, nella quale le stesse categorie spazio/tempo si annullano o si modificano, se si pensa al commercio elettronico o alla retroattività della condizione sospensiva) nulla sembra diversificare la situazione soggettiva dell'avente diritto al risarcimento conseguente alla nascita malformata da quelle tradizionali pratiche testamentarie di diritto comune attraverso le quali vengono riconosciuti e attribuiti diritti ad una "persona" che ancora deve nascere. Nè rileva, ai fini della predicabilità di tale legittimazione soggettiva, la specularità del senso dell'operazione - poichè non di una volontà ascendente che istituisce un soggetto che nascerà si tratta, bensì di un soggetto che, alla sua nascita, istituisce retroattivamente sè stesso, divenendo così titolare di un diritto soggettivo nuovo, il cui esercizio non richiede, peraltro, la finzione di un soggetto di diritto prenatale.

Soggetto "autore" del minore malformato non è, pertanto, l'ascendente, il testatore, il donante, ma sè stesso. Ben più che un nuovo diritto soggettivo, il riconoscimento di tale legittimazione istituisce un nuovo soggetto autonomo, al punto che la qualità innata della sua vita diviene un diritto esigibile della persona, senza che - come è stato assai suggestivamente scritto - "questo nuovo soggetto di diritto divenga un mostro senza passato". E senza che, va aggiunto, la sua pretesa risarcitoria appaia una mostruosità senza passato, confondendo il tempo della vita con il tempo della costruzione (e della finzione) giuridica.

7.2.- L'interesse tutelato.

L'assemblea plenaria della corte di cassazione francese, nell'ammettere la legittimità della richiesta risarcitoria in proprio del piccolo P.N., si limitò ad osservare che questi aveva effettivamente subito un pregiudizio risultante dall'handicap particolarmente grave da cui era afflitto, specificando che la causalità non potesse, nella specie, essere ridotta alla sua dimensione scientifica o logica, ma andasse intesa in senso "giuridico".

La sentenza, vivacemente contestata, pose e pone tuttora un problema di non poco momento: quello, cioè, di individuare con esattezza la situazione soggettiva di cui si lamenta la lesione, onde ricondurla al conseguente evento di danno che, da quella lesione, ebbe a generarsi (per poi ricondurre ancora la condotta colpevole alla lesione della situazione soggettiva ed all'evento valutato in termini di *contra ius*).

E' convincimento del collegio che la domanda risarcitoria avanzata personalmente dal bambino malformato trovi il suo fondamento negli artt. 2, 3, 29, 30 e 32 Cost..



Il *vulnus* lamentato da parte del minore malformato, difatti, non è la malformazione in sè considerata - non è, in altri termini, l'infermità intesa in senso naturalistico (o secondo i dettami della scienza medica), bensì lo stato funzionale di infermità, la condizione evolutiva della vita handicappata intesa come proiezione dinamica dell'esistenza che non è semplice somma algebrica della vita e dell'handicap, ma sintesi di vita ed handicap, sintesi generatrice di una vita handicappata.

E' violato il dettato dell'art. 32 Cost., intesa la salute non soltanto nella sua dimensione statica di assenza di malattia, ma come condizione dinamico/funzionale di benessere psicofisico - come testualmente si legge nel D.Lgs. n. 81 del 2008, art. 1, lett. o), e come recentemente riaffermato da questa stessa Corte con la sentenza 16 ottobre 2007, n. 21748.

Deve ancora ritenersi consumata:

la violazione della più generale norma dell'art. 2 Cost., apparendo innegabile la limitazione del diritto del minore allo svolgimento della propria personalità sia come singolo sia nelle formazioni sociali;

dell'art. 3 Cost., nella misura in cui si renderà sempre più evidente la limitazione al pieno sviluppo della persona;

degli artt. 29, 30 e 31 Cost., volta che l'arrivo del minore in una dimensione familiare "alterata" (come lascia presumere il fatto che la madre si fosse già emotivamente predisposta, se correttamente informata della malformazione, ad interrompere la gravidanza, in previsione di una sua futura malattia fisica o psichica al cospetto di una nascita dichiaratamente indesiderata) impedisce o rende più ardua la concreta e costante attuazione dei diritti-doveri dei genitori sanciti dal dettato costituzionale, che tutela la vita familiare nel suo libero e sereno svolgimento sotto il profilo dell'istruzione, educazione, mantenimento dei figli.

Tali situazioni soggettive, giuridicamente tutelate e giuridicamente rilevanti, sono pertanto riconducibili non alla sola nascita nè al solo handicap, bensì alla nascita ed alla futura vita handicappata intesa nella sua più ampia accezione funzionale, la cui "diversità" non è discriminata in un giudizio metagiuridico di disvalore tra nascita e non nascita, ma soltanto tutelata, rispettata ed alleviata per via risarcitoria.

Non è a discorrersi, pertanto, di non meritevolezza di una vita handicappata, ma una vita che merita di essere vissuta meno disagiata, attribuendo direttamente al soggetto che di tale condizione di disagio è personalmente portatore il dovuto importo risarcitorio, senza mediazioni di terzi, quand'anche fossero i genitori, ipoteticamente liberi di utilizzare il risarcimento a loro riconosciuto ai più disparati fini.



Non coglie dunque nel segno la ulteriore critica, mossa dai sostenitori della non risarcibilità autonoma del danno da nascita malformata, che nega ogni legittimazione ad agire al minore in nome di un preteso rispetto della sua dignità sull'assunto per cui qualificare la nascita in termini di pregiudizio costituirebbe una mancanza di rispetto alla dignità del minore.

Tralasciando ogni considerazione in ordine ad una tale concezione della dignità umana (dichiaratamente ostile al soggettivismo della modernità dei diritti dell'uomo, e funzionale ad un'idea che non di diritto dell'uomo in quanto individuo si discorra, bensì di diritti del genere umano come tali opponibili allo stesso individuo onde assoggettarlo ad obblighi verso questa generica qualità umana che lo trascende, con conseguente negazione del fondamentale rapporto dell'individuo con sè stesso in una non negoziabile dimensione di *suitas*), va osservato che un *vulnus* alla propria dignità così concepito confonde la dimensione giuridica della richiesta individuale di risarcimento di un pregiudizio altrettanto individuale da parte della vittima di quel pregiudizio con la dimensione etica dell'attentato pregiudizievole non al sè individuale, ma ad una pretesa alterità trascendente che alberga nel singolo essere umano in quanto rappresentante di un genere.

Al di là della divisibilità sul medesimo piano dell'etica di tale concezione, è innegabile che essa si pone del tutto fuori dal territorio segnato dalle norme giuridiche e dalla relativa interpretazione.

Deve pertanto concludersi che l'interesse giuridicamente protetto, del quale viene richiesta tutela da parte del minore ai sensi degli articoli della Carta fondamentale dianzi citati, è quello che gli consente di alleviare, sul piano risarcitorio, la propria condizione di vita, destinata a una non del tutto libera estrinsecazione secondo gli auspici dal Costituente: il quale ha identificato l'intangibile essenza della Carta fondamentale nei diritti inviolabili da esercitarsi dall'individuo come singolo e nelle formazioni sociali ove svolgere la propria personalità, nel pieno sviluppo della persona umana, nell'istituzione familiare, nella salute.

Non assume, pertanto, alcun rilievo "giuridico" la dimensione prenatale del minore, quella nel corso della quale la madre avrebbe, se informata, esercitato il diritto all'interruzione della gravidanza. Se l'esercizio di questo diritto fosse stato assicurato alla gestante, la dimensione del non essere del nascituro impedisce di attribuirle qualsivoglia rilevanza giuridica.

Come accade in altro meno nobile territorio del diritto, e cioè in tema di nullità negoziale, l'interprete si trova al cospetto non già di una qualificazione giuridica negativa di un fatto (che ne consentirebbe uno speculare parallelismo con la corrispondente qualificazione positiva), bensì di una inqualificazione giuridica tout court.

Ciò che è giuridicamente inqualificato non ha cittadinanza nel mondo del diritto, onde la assoluta irrilevanza dell'affermazione secondo la quale "nessuno potrebbe preferire la non vita alla vita",



funzionale ad un "dovere di vivere" - ancora una volta relegato entro i confini di una specifica visione e dimensione etica delle vicende umane priva di seri riscontri normativi, come già affermato da questa Corte, in tema di diritti di fine vita con la già ricordata sentenza del 2007 - che in nessun caso può costituire legittimo *speculum*, sul piano normativo, del diritto individuale alla vita.

Il ragionamento apparentemente sillogistico, elaborato da gran parte della dottrina francese all'indomani del caso *Perruche*, secondo cui "sarebbe insanabilmente contraddittorio considerare che il bambino handicappato, una volta nato, possa usare la sua acquisita qualità di soggetto di diritti per chiedere il risarcimento del danno risultante dal fatto di non essere stato abortito dalla madre, cosa che gli avrebbe impedito di diventare soggetto di diritti", perde ogni ragionevole senso alla luce di quanto sinora esposto circa l'aspetto soggettivo ed oggettivo della vicenda: l'obiezione caratterizza, difatti, l'enunciato in termini di esigenza meramente logico-discorsiva, che non impone al soggetto un obbligo di vivere, ma un dovere linguistico di non affermare nulla che possa portarlo a predicare sè stesso come inesistente.

Tutto ciò resta ai margini del discorso giuridico, così come estraneo al diritto positivo, se non nei limiti del suo altrettanto positivo recepimento in norme (ove esistenti), è una considerazione razionale della natura dell'uomo che ne implichi un obbligo di vivere, avendo di converso l'ordinamento positivo eletto ad essenza dei diritti dell'uomo, prima ancora della dignità (diversamente dall'ordinamento tedesco, in conseguenza della storia di quel popolo) la libertà dell'individuo, che si autolimita nel contratto sociale, ma resta intatta nei confronti di sè stesso, in una dimensione dell'essere che legittima infine anche il non fare o il rifiutare.

7.3.- *L'evento di danno.*

Sgombrato il campo dall'equivoco costituito dalla pretesa equazione "diritto di nascere o di non nascere/diritto al risarcimento da nascita malformata" (pare utile rammentare che la stessa corte di cassazione francese, il 13 luglio 2001, pochi mesi prima dell'*arret Perruche*, aveva respinto un ricorso che trasponeva erroneamente il pregiudizio "sul fatto stesso di essere in vita"), risulta innegabile come l'esercizio del diritto al risarcimento da parte del minore in proprio non sia in alcun modo riconducibile ad un impersonale "non nascere", ma si riconnetta, personalmente e soggettivamente, a quella singola, puntuale e irripetibile vicenda umana che riguarda quel determinato (e altrettanto irripetibile) soggetto che, invocando un risarcimento, fa istanza al giudice di piena attuazione del dettato costituzionale dianzi evocato, onde essere messo in condizione di poter vivere meno disagivolmente, anelando ad una meno incompleta realizzazione dei suoi diritti di individuo singolo e di parte sociale scolpiti nell'art. 2 Cost..



E' pertanto un vero e proprio "dibattito sulle ombre" quello volto a sostenere che tale facoltà, in guisa di diritto a sè stessi, potrebbe attuarsi soltanto attraverso due modalità dell'impossibile, il non essere dell'essere ovvero l'essere del non essere.

Riflessioni, si ripete, di indiscutibile spessore filosofico. Ma irrilevanti sul piano giuridico se, tra natura e diritto (come lo stesso giusnaturalismo ammette), si erge il triplice filtro costituito dalla legislazione, dalla giurisdizione, dalla interpretazione.

E' dunque confinata nella sfera dell'irrilevante giuridico ogni questione formulata fuori da tale dimensione, in particolare quella (incontrollabile dal diritto) del possibile e del non possibile ontologico.

La legittimità dell'istanza risarcitoria *iure proprio* del minore deriva, pertanto, da una omissione colpevole cui consegue non il danno della sua esistenza, nè quello della malformazione di sè sola considerata, ma la sua stessa esistenza diversamente abile, che discende a sua volta dalla possibilità legale dell'aborto riconosciuta alla madre in una relazione con il feto non di rappresentante-rappresentato, ma di includente-incluso.

Una esistenza diversamente abile rettamente intesa come sintesi dinamica inscindibile quanto irredimibile, e non come algida *factio iuris* ovvero arida somma algebrica delle sue componenti (nascita+handicap=risarcimento), nè tantomeno come una condizione deteriore dell'essere negativamente caratterizzata, ma situazione esistenziale che, in presenza di tutti gli elementi della fattispecie astratta dell'illecito, consente e impone al diritto di intervenire in termini risarcitori (l'unico intervento consentito al diritto, amaramente chiamato, in tali vicende, a trasformare il dolore in denaro) affinché quella condizione umana ne risulti alleviata, assicurando al minore una vita meno disagevole.

Consentendo, infine, per il tramite del diritto, ciò che una logica astrattamente giusnaturalistica vorrebbe viceversa negare.

L'evento di danno è costituito, pertanto, nella specie, dalla individuazione di sintesi della "nascita malformata", intesa come condizione dinamica dell'esistenza riferita ad un soggetto di diritto attualmente esistente, e non già destinata "a realizzare un suicidio per interposto risarcimento danni", come pure s'è talvolta opinato.

7.4.- *Il nesso di causa.*

La esistenza di un nesso di causalità giuridicamente rilevante tra la condotta del sanitario e l'evento di danno lamentato a seguito della violazione di un interesse costituzionalmente protetto del minore (questione che apparve immediatamente come la più problematica dell'intera vicenda risarcitoria all'indomani della sentenza Perruche, e che non venne affrontata *funditus* dalle due sentenze di questa corte che, nel 2004 e nel 2009, esclusero sotto altro aspetto l'esistenza di un autonomo diritto



al risarcimento in capo al minore) può ricevere soddisfacente soluzione all'esito della ricognizione dell'evento di danno così come appena operata.

Si sono correttamente sostenute, in proposito, tanto la irrilevanza di un nesso causale tra l'omissione di diagnosi e la nascita - attesa la inconfigurabilità di quest'ultima in termini di evento dannoso -, quanto la inesistenza di tale nesso tra la condotta omissiva e l'handicap in sè considerato, atteso che la malformazione non è conseguenza dell'omissione bensì del presupposto di natura genetica, rispetto al quale la condotta del sanitario è muta sul piano della rilevanza eziologica.

Rilevanza che, di converso, appare sicuramente predicabile una volta identificato con esattezza l'evento di danno nella nascita malformata intesa nei sensi poc'anzi esposti.

Tale evento, nella più volte illustrata proiezione dinamica dell'esistente, appare senz'altro riconducibile, secondo un giudizio prognostico ex post, all'omissione, volta che una condotta diligente e incolpevole avrebbe consentito alla donna di esercitare il suo diritto all'aborto (sì come espressamente dichiarato al medico nel caso di specie).

Una diversa soluzione, sul piano causale, si risolverebbe nell'inammissibile annullamento della volontà della gestante, senza che, in proposito possano assumere rilievo ipotesi alternative confinate, nella specie, in una dimensione dell'improbabile - e dunque del giuridicamente irrilevante circa la eventualità (come ipotizzata dalla corte territoriale) di un futuro mutamento di decisione da parte della gestante stessa in ordine alla pur programmata interruzione condizionata di gravidanza.

Va pertanto affermata, sul piano del nesso di condizionamento, la equiparazione *quoad effecta* tra la fattispecie dell'errore medico che non abbia evitato l'handicap evitabile (l'handicap, si badi, non la nascita handicappata), ovvero che tale handicap abbia cagionato (come nella ipotesi scrutinata dalla sentenza 10741/2009) e l'errore medico che non ha evitato (o ha concorso a non evitare) la nascita malformata (evitabile, senza l'errore diagnostico, in conseguenza della facoltà di scelta della gestante derivante da una espressa disposizione di legge). Facoltà il cui esercizio la gestante aveva, nella specie, espressamente dichiarato di voler esercitare, donde l'evidente paralogismo che si cela nella motivazione della corte territoriale nel momento in cui onera la odierna ricorrente dell'incombente di provare quello che risultava già provato ed acquisito agli atti del processo.

7.5.- La condotta colpevole.

Si è già avuto modo di evidenziare, nel corso dell'esame del secondo, terzo e quarto motivo di ricorso, come la colpevolezza della condotta si sia, nella specie, manifestata sotto il duplice profilo della non sufficiente attendibilità del test in presenza di una esplicita richiesta di informazioni finalizzate, se del caso, all'interruzione della gravidanza da parte della gestante, e dal difetto di informazioni circa la gamma complessiva delle possibili indagini e dei rischi ad essa correlati, onde sull'argomento non appaiono necessarie ulteriori precisazioni.



7.6.- Gli oneri probatori.

L'esistenza di una espressa e inequivoca dichiarazione della volontà di interrompere la gravidanza in caso di malattia genetica, quale quella espressa dalla gestante nel caso di specie, esime il collegio da ogni ulteriore valutazione circa la evidente e determinante rilevanza di tale volontà.

Ritiene tuttavia la Corte che, all'esito della disamina che precede, un chiarimento sul tema degli oneri probatori si renda opportuno; con l'ovvia premessa che il problema della prova che all'interruzione della gravidanza la donna si sarebbe determinata se fosse stata informata si porrà esclusivamente nel caso in cui il convenuto ne contesti l'assunto (anche implicitamente contenuto nell'atto di citazione).

Nell'ipotesi in cui la volontà di interrompere la gravidanza in caso di diagnosi infausta non sia stata espressamente manifestata dalla gestante al momento della richiesta diagnostica, la presunzione di cui sembra legittimo discorrere sul piano dell'inferenza logica di un'intenzione (l'interruzione di gravidanza) desumibile da una condotta significativa (la sola richiesta di accertamento diagnostico), ha indubbio carattere di presunzione semplice.

Essa costituisce, cioè, l'unico elemento indiziante di una volontà che si presume orientata verso un determinato esito finale.

Da tale elemento indiziante il giudice di merito è chiamato a desumere, caso per caso, senza il ricorso a generalizzazioni di tipo statistico (o di cd. probabilità a priori), le conseguenti inferenze probatorie e il successivo riparto dei relativi oneri.

Il giudice di merito dovrà in altri termini accertare e valutare, secondo il suo prudente apprezzamento, così come disposto dall'art. 116 codice di rito, se, tenuto conto di tutte le circostanze del singolo caso concreto, tale presunzione semplice - che può essere legittimamente ricondotta a quella vicenda probatoria altrimenti definita dalla giurisprudenza di questa corte in termini di "indizio isolato" (la richiesta di accertamento diagnostico) del fatto da provare (l'interruzione di gravidanza) - possa o meno essere ritenuta sufficiente a provare quel fatto.

La rilevanza di tale presunzione andrà, inoltre, valutata da quello stesso giudice anche in relazione alla gravità della malformazione non diagnosticata.

Di volta in volta, escluso qualsivoglia automatismo probatorio, le parti, preso atto della situazione processuale di partenza costituita dall'esistenza di una vicenda probatoria di presunzione semplice rispetto al fatto da provare (conseguentemente presunto o presumibile), sono chiamate a fornire al giudice gli elementi, che potranno dipanarsi anche sul piano della prova logica, funzionali a dirimere la questione del se le circostanze concrete e specifiche della concreta vicenda processuale consentano una valutazione di sufficienza o meno di quella presunzione semplice.



La questione, assai delicata, della materiale possibilità di ricostruzione dell'efficacia probatoria della presunzione semplice in seno al processo, *hic et inde*, da parte dei difensori di ciascuna parte, trova risposta, ancora una volta, nella specificità ed unicità di quello stesso processo: i fatti così come narrati, le circostanze come di volta in volta evidenziate, le stesse qualità personali delle parti agenti e resistenti (così esemplificando in modo di certo non esaustivo l'elenco degli elementi utili alla formazione di un convincimento) potranno indurre i protagonisti del processo ad integrare o svilire la portata della presunzione semplice che, diversamente da una semplice equazione, non sempre può indurre alla automatica significazione "richiesta di diagnosi=interruzione di gravidanza" in caso di diagnosi di malformazioni.

In mancanza assoluta di qualsivoglia ulteriore elemento che "colori" processualmente la presunzione *de qua*, il principio di vicinanza della prova e quello della estrema difficoltà (ai confini con la materiale impossibilità) di fornire la prova negativa di un fatto induce a ritenere che sia onere di parte attrice integrare il contenuto di quella presunzione con elementi ulteriori (di qualsiasi genere) da sottoporre all'esame del giudice per una valutazione finale circa la corrispondenza della presunzione stessa all'asserto illustrato in citazione.

Non sembra, difatti, predicabile sempre e comunque la legittimità del ricorso ad un criterio improntato ad un ipotetico *id quod plerumque accidit* perchè, in assenza di qualsivoglia, ulteriore dichiarazione di intenti, non è lecito inferire sempre, *sic et simpliciter*, da una richiesta diagnostica la automatica esclusione dell'intenzione di portare a termine la gravidanza.

Ciò è a dirsi, oltre che sotto il profilo del corretto riparto degli oneri probatori in ipotesi di fatto negativo da dimostrare (Cass. sez. un. 13533/2001), anche sotto quello, non meno rilevante, di evitare di trasformare un giudizio risarcitorio (e la natura stessa della responsabilità civile) in una sorta di vicenda para- assicurativa *ex post*, consentendo sempre e comunque, mercè l'automatica allegazione della presunzione semplice in discorso, di introdurre istanze risarcitorie anche se la volontà della gestante sarebbe stata diversamente orientata.

Diverrebbe, in tal caso, vicenda processuale non incerta, ma già segnata *ab origine* nel suo vittorioso esito finale, quella che finisce per rendere automatico ogni risarcimento all'esito di una semplice richiesta diagnostica nonostante la impossibilità della prova di un fatto negativo da parte del convenuto (la volontà di non abortire nonostante la diagnosi infausta).

....*Omissis*....



ELISABETTA VILLA

NEGLIGENZA DIAGNOSTICA E TUTELA RISARCITORIA DEL NATO MALFORMATO

Sommario: 1. Il caso. - 2. L'errata o omessa diagnosi prenatale è di certo inadempimento contrattuale nei confronti della madre. - 3. Il contratto di prestazione d'opera tra il medico e la gestante proietta i suoi effetti protettivi verso i terzi: non solo verso il padre ma anche verso i fratelli e le sorelle del nascituro. - 4. La legittimazione del nato malformato ad agire iure proprio per il risarcimento dei danni non si fonda su alcuna anticipazione di capacità giuridica: il nascituro non è soggetto di diritto ma oggetto di tutela. - 5. Responsabilità extracontrattuale ex art. 2043 c.c. Un richiamo "curioso"? - 6. Perché temere la strada del contratto ad effetti protettivi?

1. - La sentenza della S.C che qui si annota¹ affronta un tema di cui molto oggi si discute in dottrina e giurisprudenza, anche a seguito di alcune recenti pronunce sullo stesso argomento. Si tratta del tema concernente il profilo della risarcibilità del danno a seguito di "nascite indesiderate"² e, nel caso di specie, quello della risarcibilità del danno nei confronti del nato malformato per omessa o errata diagnosi da parte del sanitario. Una questione "di frontiera", all'interno della quale i profili di carattere giuridico, sia privatistico che costituzionale, si mescolano inevitabilmente con profili di carattere etico e filosofico, connessi, ad esempio, al modo di intendere le nozioni di "persona umana" (con i suoi attributi di "autonomia" e di "dignità") e del "bene vita".

Con una trama argomentativa molto complessa, la sentenza n. 16754 va ad aggiungersi ad un'imponente casistica in materia, giungendo a riconoscere, per la prima volta, nel caso di omessa o errata diagnosi da parte del sanitario, la legittimazione ad agire *iure proprio* per il risarcimento al minore nato con una malformazione congenita.

Nel caso preso in esame, alla Corte si era presentato il problema della titolarità o meno, in capo al nato affetto da handicap, di un diritto al risarcimento del danno per omessa diagnosi di malformazioni genetiche da parte del sanitario, a seguito di un'apposita richiesta della madre di effettuare un test diagnostico affiancata dalla contestuale dichiarazione di volere interrompere la gravidanza nel caso di esito infausto del test. Il ginecologo aveva ritenuto opportuno sottoporre la

¹ Cass., 2 ottobre 2012, n. 16754, la quale, per l'interesse che ha suscitato, è stata di recente autorevolmente commentata da P. G. Monateri, *Il danno al nascituro e la lesione della maternità cosciente e responsabile*, in *Corriere giuridico*, 2013, 45 ss. In particolare, l'Autore affronta il tema del danno da nascita malformata; in quanto lesione della maternità cosciente e responsabile, interrogandosi sulla natura del danno stesso, ossia se quest'ultimo sia effettivamente configurabile come "danno biologico" o, piuttosto, come una lesione della "sfera morale" dei soggetti coinvolti dall'evento "nascita".

² Il concetto delle c.d "nascite indesiderate" è stato mutuato nel nostro ordinamento dai sistemi di Common law, i quali conoscono ed hanno coniato due diverse tipologie di azioni: quelle di "wrongful birth", attraverso le quali sono i genitori a vantare una pretesa di risarcimento dei danni patiti a seguito di una gravidanza indesiderata o non interrotta (come nei casi di fallimento di un intervento di interruzione della gravidanza o di fallimento di interventi di sterilizzazione maschile); e quelle di "wrongful life", attraverso le quali sono i bambini nati con gravi malattie o malformazioni genetiche ad agire per il risarcimento dei danni derivati da un'esistenza non voluta. Sul generico tema delle "nascite indesiderate" e dei "danni da procreazione" si consenta di rinviare a P. Rescigno, *Il danno da procreazione*, in *Riv. dir. civ.*, 1956, I, 614 ss.; R. Simone, *Danno alla persona per nascita indesiderata*, in *Danno e resp.*, 2002, 469 e ss.; R. De Matteis, *Un nuovo itinerario per il danno biologico: le nascite indesiderate*, in *Un bambino non voluto è un danno risarcibile?*, Milano, Giuffrè, 1999, 260 e ss. e, ancora, "Wrongful life": *problemi e falsi dilemmi*, in *Giur. it.*, 2003, 5, 1064 e ss.; P.G. Monateri, "La marque de Cain". *La vita sbagliata, la vita indesiderata e le reazioni del comparatista al distillato dell'Alambicco*, in AA. VV., *Un bambino non voluto è un danno risarcibile?*, a cura di A. D'Angelo, Milano, 1999, 285 ss.



madre solo al c.d tri-test, che era risultato negativo, senza informare quest'ultima dei possibili falsi negativi a cui poteva condurre il test medesimo e senza invitarla ad effettuare altri esami, dotati di una percentuale di risultato certo più elevata. La mancata informazione sui rischi della gravidanza determinava la decisione della donna di portarla a termine: nasceva così una bambina affetta dalla sindrome di Down. A seguito di ciò, la madre, il padre, le sorelle e la minore stessa agivano in giudizio contro il ginecologo e l'USSL per ottenere il risarcimento del danno subito dall'omessa diagnosi della malformazione.

Sia il giudice di primo grado che quello di secondo grado, rigettavano le richieste delle parti attrici sul presupposto che, una volta nato, il minore non potesse far valere, come proprio danno da inadempimento contrattuale, l'essere venuto ad esistenza affetto da malformazioni congenite, per non avere potuto, la madre non adeguatamente informata, esercitare il suo diritto di interrompere la gravidanza alle condizioni della legge n.194 del 1978. Si rigettavano anche le domande dei genitori e delle sorelle per assenza di colpa del ginecologo.

La sentenza di secondo grado veniva impugnata con sei motivi di ricorso, tutti accolti dalla Corte di Cassazione. Quest'ultima, tuttavia, sembra piuttosto cauta nel motivare la sua presa di posizione, la quale, come già anticipato, consiste nel riconoscere al minore nato affetto da malformazioni congenite un diritto al risarcimento del danno per omessa o errata diagnosi da parte del sanitario che non ha consentito alla madre di abortire. E' infatti di certo consapevole che i precedenti in materia si sono orientati diversamente e che il lavoro di motivazione, pertanto, deve presentarsi più lungo e articolato. Per tali ragioni, al fine di giungere alle conclusioni predette, il metodo utilizzato dalla Corte è quello di uno scrupoloso excursus delle precedenti sentenze che hanno toccato il generico tema delle "nascite indesiderate" e degli approdi a cui sono nel tempo pervenute.

2. - Il profilo della decisione che qui si annota, secondo il quale l'errata o omessa diagnosi prenatale integra una forma di inadempimento contrattuale nei confronti della madre, sembra ormai assodato, e già a partire dalle sentenze più datate. Il medico che omette di diagnosticare, colposamente, malformazioni congenite del concepito o di informare la madre circa l'esistenza delle stesse, è responsabile per inadempimento nei confronti della paziente per aver violato il di lei diritto di autodeterminazione, e cioè, in questo caso, il diritto di effettuare una scelta consapevole tra la prosecuzione della gravidanza e la sua interruzione (alle condizioni di legge, ovviamente) e, pertanto, il diritto ad una procreazione cosciente e responsabile così come riconosciuto dalla legge 194/78.



E che tale responsabilità sia a titolo strettamente contrattuale o, come dice la S.C, contrattuale nel senso più ampio di responsabilità scaturente da un rapporto di “contatto sociale qualificato”, pare confermato dalla più attenta dottrina, che già da tempo si è impegnata ad inglobare nei più sicuri confini della responsabilità contrattuale ex art. 1218 c.c. il rapporto medico-paziente³, e dalla sterminata giurisprudenza, la cui pronuncia storicamente più risalente⁴ afferma che *“nei confronti del medico, dipendente ospedaliero, si configurerebbe pur sempre una responsabilità contrattuale nascente da un’obbligazione senza prestazione ai confini tra contratto e torto, in quanto, poiché sul medico gravano gli obblighi di cura impostigli dall’arte che professa, il vincolo con il paziente esiste e la violazione di esso si configura come responsabilità contrattuale; da ciò consegue che l’obbligazione del medico dipendente dal servizio sanitario per responsabilità professionale nei confronti del paziente, ancorchè non fondata sul contratto, ma sul contatto sociale connotato dall’affidamento che il malato pone nella professionalità dell’esercente una professione protetta, ha natura contrattuale”*⁵.

Ad onor del vero, spostandoci dal generico contesto del rapporto medico-paziente a quello particolare del rapporto medico-gestante, sembra potersi parlare di un vincolo contrattuale ancora più forte di quello scaturente da un “contatto sociale qualificato”: un rapporto di prestazione d’opera professionale, tra due soggetti determinati come il medico e la gestante, avente ad oggetto la consulenza genetica prenatale e dal quale scaturiscono obblighi puntuali di prestazione, sembra, infatti, qualificabile come un vero e proprio contratto, sia pure stipulato oralmente.

Tale lettura risulta *a fortiori* ancora più persuasiva dal momento che oggi, a seguito delle fondamentali pronunce delle Sezioni Unite del 2008⁶, non è più revocabile in dubbio che un danno non patrimoniale possa essere risarcito anche qualora trovi la sua fonte in un inadempimento contrattuale. Il solo limite alla tutela risarcitoria è che l’inadempimento abbia comportato la lesione di un diritto inviolabile della persona, quale risulta essere di certo il diritto alla salute della madre ex art. 32 Cost. o il di lei diritto di autodeterminazione.

³ CASTRONOVO, *L’obbligazione senza prestazione ai confini tra contratto e torto*, in *La nuova responsabilità civile*, Milano, 2006; ROPPO, *Il contatto sociale ed i rapporti contrattuali di fatto*, in *Casi e questioni di diritto privato*, a cura di Bessone, Milano, 1993; BUSNELLI, *Itinerari europei nella “terra di nessuno” tra contratto e fatto illecito*, in *Contratto e impresa*, 1991, 546.

⁴ Cass., 22 gennaio 1999, n. 589, in *Corriere Giuridico*, 1999,4, 441, con nota di DI MAJO.

⁵ Per una ricostruzione della figura del “contatto sociale”, a partire dalla storica sent. 22 gennaio 1999 n. 589 cit. fino ai nostri giorni, e ai diversi contesti, oltre a quello della responsabilità medica, in cui la stessa ha trovato applicazione, cfr. A. Zaccaria, *Der aufhaltsame aufstieg des sozialen kontakts (La resistibile ascesa del “contatto sociale”)*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, 77 e ss. In particolare, l’Autore sottolinea criticamente come il “contatto sociale” sia divenuto un elemento di “moda” nella nostra giurisprudenza e venga da questa utilizzato in situazioni fin troppo eterogenee fra loro e, ancora, come il fondamento trovato allo stesso dalla S.C nell’art. 1173 c.c. tra gli altri atti o fatti idonei a produrre obbligazioni “in conformità dell’ordinamento giuridico”, non sia perfettamente appropriato, dato che in nessun luogo dell’ordinamento viene fatto rinvio al “contatto sociale” quale possibile fonte di obbligazioni.

⁶ Cass., SU, 11 novembre 2008, n. 26972, 26973, 26974, 26975, in *Danno e resp.*, 2008, 5, con nota di CASTRONOVO.



3. - Un secondo profilo della decisione è altrettanto assodato, già a partire dalla pronuncia della S.C del 2002⁷, e poi, a seguire, con la sent. n. 14488 del 2004⁸. Si tratta del profilo concernente la responsabilità sanitaria per omessa o errata diagnosi di malformazioni del feto, e conseguente nascita indesiderata. A tale proposito le sentenze precedenti affermano con nettezza che tale responsabilità va estesa al di là della madre, nella qualità di parte contrattuale, in modo tale da includervi anche la figura del padre⁹. Infatti, nonostante l'omessa o errata diagnosi violi un diritto personalissimo della donna/gestante e nonostante il padre non abbia alcun diritto di influire sulle scelte della prima, quest'ultimo rientra nel novero dei soggetti protetti dal rapporto intercorrente tra il medico e la gestante, essendo l'intero rapporto di coppia sconvolto dall'evento della nascita.

Appare chiaro il riferimento, ancora una volta, ad una responsabilità di tipo contrattuale, questa volta derivante dalle possibilità di estendere il vincolo esistente tra il medico e la gestante anche nei confronti di terzi soggetti, meritevoli di protezione e parimenti danneggiati dall'omissione del sanitario, come per l'appunto il padre.

Ne deriverebbe, pertanto, un rapporto configurabile alla stregua di un contratto ad effetti protettivi "ultra partes", dal quale può risultare leso, e quindi in posizione di essere parimenti tutelato, il padre in quanto membro della coppia sulla quale gravano "il complesso dei diritti e doveri che, secondo l'ordinamento, si incentrano sul fatto della procreazione"¹⁰.

Ma la lesione del diritto di autodeterminazione della madre si ripercuote, a detta della S.C, non solo sulla vita di coppia ma anche sull'intera famiglia. E' sulla base di questo assunto che la pronuncia in commento produce, infatti, una prima novità: la responsabilità del sanitario va estesa a fratelli e sorelle del nascituro in quanto a questi va riconosciuta la medesima protezione assicurata al padre, e ciò sul presupposto che anche i primi subirebbero un danno, "*consistente, tra l'altro..., nell'inevitabile minor disponibilità dei genitori nei loro confronti, in ragione del maggior tempo necessariamente dedicato al figlio affetto da handicap, nonché nella diminuita possibilità di godere di un rapporto parentale con i genitori stessi costantemente caratterizzato da serenità e distensione*".

⁷ Cass., 10 maggio 2002 n. 6735, in *Guida al diritto*, 2002, 32, con nota di RODOLFI.

⁸ Cass., 29 luglio 2004, n. 14488, in *Fam. e dir.*, 2004, 559, con nota di FACCI.

⁹ A differenza di precedenti casi giurisprudenziali, come, ad esempio, Cass. 1 dicembre 1998, n. 12195, in *Giur. it.*, 1999, 2038, con nota di PIZZETTI, nei quali il padre è legittimato ad agire per i soli pregiudizi che si pongono come "danni riflessi" delle conseguenze negative sulla salute della donna, nelle sentenze sopra richiamate viene riconosciuto un danno diretto ed immediato in capo al padre del neonato in quanto soggetto protetto dal contratto e nei confronti del quale la prestazione del medico è dovuta.

A tal proposito, V. Carbone, *La responsabilità del medico ospedaliero come responsabilità da contratto*, nota a Cass., 22 gennaio 1999, n. 589, in *Danno e responsabilità*, 1999, 294 e ss.; M. Rodolfi, *La perdita della possibilità di abortire si riflette sulla vita di entrambi i genitori*, nota a Cass., 10 maggio 2002, n. 6735, in *Guida al diritto*, 2002, 41 ss.

¹⁰ Cass., 10 maggio 2002, n. 6735, cit.; Cass., 29 luglio 2004, n. 14488, cit., seguita da Cass., 14 luglio 2006 n. 16123, in *Giur. it.*, 2007, 1921 secondo la quale "il contratto di assistenza sanitaria ha effetti protettivi anche nei confronti del padre del concepito e anche a questi è dovuto il risarcimento del danno per l'inadempimento del sanitario".



Anche rispetto ai fratelli, come era stato affermato per il padre, si verificherebbe allora quel fenomeno di “propagazione intersoggettiva degli effetti diacronici dell’illecito”, giustificato dal fatto che tutti questi soggetti sarebbero parimenti danneggiati dall’inadempimento del sanitario. La ragione è che non è solo la vita di coppia, ma la vita familiare nella sua interezza, ad essere sconvolta dalla “nascita indesiderata”.

Non può sfuggire come riecheggi tra le righe quella figura di “danno esistenziale” che era stata ripudiata, come sottocategoria autonoma del danno non patrimoniale, dalle precedenti sentenze delle Sezioni Unite¹¹, figura che non è certamente esente dal rischio di estendere a dismisura l’area di ciò che poi la Corte (come si vedrà meglio in seguito) qualificherà “responsabilità extracontrattuale” e, dunque, dal rischio connesso di “atipizzare” eccessivamente il disposto dell’art. 2059 c.c. La scelta che era stata fatta, fino a quel momento, era stata allora quella di considerare il danno non patrimoniale come “*categoria generale non suscettiva di suddivisione in sottocategorie*”, all’interno del quale sono risarcibili pregiudizi di tipo esistenziale purchè dovuti alla lesione di diritti inviolabili della persona, e di mantenere così il danno non patrimoniale nella tipicità, sia pure “relativa o elastica”.

Con la posizione assunta, nella sentenza in commento, la S.C sembra invero prendere le distanze da questa impostazione e mettere in moto nuovamente quella che è stata definita la “deriva esistenzialista”, con il rischio che possa tornare “in auge” la tendenza a straripare dalla tipicità (come detto, sia pur relativa) del danno non patrimoniale per abbracciare all’interno del suo ambito di tutela diritti privi di un reale aggancio normativo e, di certo, più fumosi (per non dire “*del tutto immaginari*”¹²).

L’inadempimento del sanitario, che omette di informare e/o di diagnosticare malattie congenite del feto, impedendo così alla madre di potere autodeterminarsi all’aborto, lederebbe pertanto, a detta della S.C., anche un diritto dei fratelli e delle sorelle del nato malformato.

Sorge qui spontanea una domanda: ma di quale diritto si sta parlando? Di un diritto alla felicità? Di un diritto alla serenità familiare? Di certo le parole usate, nella sentenza in commento, in merito al presunto danno subito dai fratelli del nato malformato, stridono a confronto con quelle delle SU del 2008, ove si era chiaramente statuito che “*non vale, per dirli risarcibili, invocare diritti del tutto immaginari, come il diritto alla qualità della vita, allo stato di benessere, alla serenità: in definitiva il diritto ad essere felici*”.

¹¹ Cass., S.U, 11 novembre 2008 n. 26972, 26973, 26974, 26975 cit.

¹² Cass., S.U, 11 novembre 2008, n. 26972 cit.



4. - Dalla trama argomentativa molto complessa della sentenza in commento riesce a scorgersi poi quello che è il cuore del ragionamento della S.C: il riconoscimento della legittimazione ad agire *iure proprio* al nato malformato per omessa o errata diagnosi. Questo è il traguardo cui perviene la S.C, attraverso “un percorso ad ostacoli” di non poco conto.

Un primo ostacolo è dato, innanzitutto, dal terreno in cui ha dovuto operare la Corte. Nell'affrontare questioni attinenti la sfera del diritto alla vita e “*l'inedita dimensione della responsabilità sanitaria del ventunesimo secolo nei suoi aspetti più problematici, quando cioè essa oscilla tra la vita(non voluta) e la morte (voluta..)*”, la stessa si è trovata costretta a muoversi, non solo tra le maglie del diritto positivo, ma anche tra quelle dell'etica, della filosofia. Infatti, sebbene la pretesa della Corte sia stata quella di fare un'analisi il più possibile scevra da suggestioni di stampo etico-filosofico e, più in particolare, da suggestioni di tipo giusnaturalistico, non può sfuggire come i temi trattati costringano inevitabilmente a toccare questioni di carattere etico. Si tratta di temi in cui il ragionamento giuridico si mescola con il ragionamento etico, e proprio perché le sue premesse coinvolgono l'interpretazione di nozioni a contenuto valutativo, quali quella di “persona” e dei suoi attributi (“libertà”, “autonomia”, “dignità”). Si tratta di nozioni la cui interpretazione richiede il riferimento alle concezioni etico-filosofiche, fra loro concorrenti, che fanno da sfondo al testo costituzionale; e sono concezioni fra le quali l'interprete è tenuto a scegliere, se vuole assegnare un contenuto specifico, non indeterminato o, peggio ancora ambiguo, alle nozioni valutative in questione. Del resto, la Corte questa scelta la compie per davvero, optando per una concezione “di sfondo” liberale, che fa prevalere i diritti individuali di libertà della persona rispetto a beni o esigenze di carattere collettivo e, talvolta, anche rispetto al “bene-vita”.

Un secondo ostacolo è dato, inoltre, dalle pronuncie che fino a quel momento avevano affrontato il tema delle “nascite indesiderate”. La questione era stata già oggetto, infatti, di importanti precedenti della stessa Corte di legittimità¹³, i quali si erano orientati tutti, in via diretta o indiretta, nella opposta direzione di negare la titolarità, in capo al nato malformato per omessa o errata diagnosi, di un diritto al risarcimento del danno; per questa ragione il lavoro di motivazione posto a fondamento della sentenza in commento si è rivelato più arduo.

Quest'ultima si impone così, nello scenario giurisprudenziale, come un revirement rispetto alle precedenti sentenze, un revirement tuttavia meno innovativo di quanto potrebbe sembrare a prima vista. Il risultato a cui perviene la S.C, infatti, contiene senza dubbio elementi di novità, ma il percorso argomentativo si sviluppa in modo rigoroso e attento ai profili sistematici, e dunque alla coerenza della decisione rispetto ai principi del sistema privatistico; un percorso che molto poco

¹³ Cass., 29 luglio 2004, n. 14488 cit.; Cass., 11 maggio 2009, n. 10741, in *Danno e resp.*, 2010, con nota di DI CIOMMO



vuole concedere a quella che la stessa Corte chiama “creatività giurisprudenziale”. L’ostacolo principale da superare, infatti, sembra proprio essere la decisione precedente, potremmo dire isolata ma certamente molto ingombrante, della stessa Suprema Corte, che per il fatto di attribuire “soggettività giuridica” al nascituro, e di riconoscere, tuttavia, minori spazi di tutela a quest’ultimo, contiene forti elementi di criticità, che la sentenza in commento non manca di rilevare¹⁴.

Nel corso dell’excursus giurisprudenziale, la Corte, pertanto, mette in evidenza quelli che sono i nodi problematici dei precedenti in materia, nodi dei quali si cercherà brevemente di render conto.

Innanzitutto, secondo la Corte, non è coerente la scelta, effettuata dalla pronuncia del 2004¹⁵, di escludere dalla risarcibilità del danno il nascituro, così come i fratelli e le sorelle, a fronte, invece, dell’inclusione della figura del padre, soggetto terzo protetto dal rapporto intercorrente tra il medico e la gestante così come, teoricamente, tutti gli altri membri della famiglia; poco persuasivo, ancora, appare l’argomento utilizzato dalla medesima pronuncia per negare la risarcibilità del danno al nato malformato: quello, per l’esattezza, dell’inesistenza, nel nostro ordinamento, di un “diritto a non nascere se non sano”¹⁶. Argomento elusivo, a detta della S.C, del vero problema di fondo: quello della possibilità per un soggetto, nato malformato, e di certo non responsabile per questo, di chiederne conto a qualcuno, posto che la questione rilevante, secondo la S.C., è non già il riconoscere o meno presunti diritti di nascere o non nascere, ma quella di valutare obiettivamente “*che il vivere una vita malformata è di per sé una situazione esistenziale negativa, onde il danno ingiusto risarcibile..consisterebbe nell’obiettività del vivere male..*”.

In secondo luogo, particolarmente problematica sembra alla Corte la scelta operata dalla pronuncia del 2009¹⁷ a proposito della soggettività giuridica del nascituro. Tale pronuncia, infatti, pur continuando a negare al nato con malformazioni congenite, nel caso di omessa o errata diagnosi da parte del sanitario, il diritto al risarcimento del danno, ma volendo tuttavia riconoscere al primo uno spazio di tutela nel caso in cui la malformazione sia causata o non evitata dal medico, era giunta a costruire il nascituro come un “soggetto di diritto” e, pertanto, ad attribuirgli in via diretta alcuni interessi personali, quali il diritto alla vita, alla salute, all’integrità psico-fisica, all’onore,

¹⁴ Cass., 11 maggio 2009, n. 10741, cit.

¹⁵ Cass., 29 luglio 2004, n. 14488, cit.

¹⁶ Sul tema, M. Franzoni, *Errore medico, diritto di non nascere, diritto di nascere sano*, in *Resp. civ.*, 2005, 486; M. Feola, *Essere o non essere: la Corte di Cassazione e il danno prenatale*, in *Danno e responsabilità*, 2005, 379; O. Rilampa, *Il diritto a non nascere e la condizione giuridica del nascituro*, in *Resp. civ.*, 2006, 71; M. Gorgoni, *Responsabilità per omessa informazione delle malformazioni fetali*, in *Resp. civ. prev.*, 2007, 62; S. Landini, *Responsabilità civile dei genitori e diritto a non esistere*, in *Fam. Pers. Succ.*, 2007, 251; E. Palmerini, *Il diritto a nascere sani e il rovescio della medaglia: esiste un diritto a non nascere affatto?*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2001, 210 ss.

¹⁷ Cass., 11 maggio 2009, n. 10741, cit.



all'identità personale e, di certo, il diritto a nascere sano. Un diritto, quest'ultimo, che se violato, andrebbe risarcito al momento della nascita, nelle sue nuove sembianze di un diritto alla salute.

A prescindere dalla curiosa trasformazione di un diritto che, prima della nascita, si configura in termini di “diritto a nascere sano” e che dopo la nascita, ai fini risarcitori, si configura come un diritto alla salute, la S.C demolisce completamente, a monte, la ricostruzione del nascituro in termini di “soggetto di diritto” effettuata dalla sentenza precedente e, muovendo da queste critiche, delinea la propria posizione.

Da un più generale punto di vista etico-giuridico tale posizione si presenta, prima di tutto, come alternativa rispetto alla concezione di sfondo che, secondo la pronuncia precedente, dovrebbe giustificare l'argomento della soggettività giuridica del nascituro e della titolarità di un suo presunto diritto a nascere sano: quella del diritto alla vita come “sommo bene”, che prevale incondizionatamente e che si sottrae ad ogni tipo di bilanciamento con altri diritti; un diritto tale per cui il nato con malformazioni congenite non avrebbe titolo ad alcun risarcimento del danno per essere comunque venuto alla vita, in quanto privo di un diritto a non nascere. Si tratta di una concezione che, secondo la Corte più recente, sarebbe destinata ad essere messa radicalmente in discussione alla luce di quanto dispone il nostro diritto positivo, il quale riconosce, tra le altre cose, prevalenza al “bene salute” della madre rispetto al diritto del concepito a nascere nel momento in cui attribuisce alla prima il diritto di abortire (l. 194/1978).

Pertanto, con l'obiettivo di emanciparsi da affermazioni giusnaturalistiche non più in sintonia con il nostro diritto positivo, e di guardare la vicenda alla luce di una concezione molto più attenta ai principi giuridici che stanno più direttamente a fondamento della disciplina del caso in questione, la Corte in primis afferma che il diritto ad una procreazione cosciente e responsabile si configura come un diritto esclusivo e personalissimo, imputabile solo alla madre, per cui in caso di sua ingiusta lesione potrebbe parlarsi non di un diritto esteso anche al nascituro, in nome della sua soggettività giuridica, ma, piuttosto, di una forma di tutela del nascituro stesso conseguente alla c.d “propagazione intersoggettiva degli effetti diacronici dell'illecito”.

Per la Corte un dato normativo è certamente assodato: la capacità giuridica si acquista al momento della nascita ai sensi dell'art. 1 c.c. Nessuna anticipazione può essere concessa al nascituro, dati i paletti normativi presenti nel nostro ordinamento giuridico, e nessuna attività interpretativa “creatrice” può produrre “nuovi diritti” che si pongano in contrasto con questo pilastro centrale del nostro sistema giuridico. La funzione dell'interprete, piuttosto, deve essere volta, alla luce dei principi cardine del nostro ordinamento, “all'accertamento positivo di un diritto,



quello della madre, e *di un interesse, quello del nascituro (una volta in vita), oggetto di tutela da parte dell'ordinamento, alla procreazione cosciente e responsabile*¹⁸.

E' proprio qui che si manifesta l'atteggiamento cauto della Suprema Corte, desiderosa sì di nuovi traguardi, com'è quello del riconoscimento del diritto al risarcimento del danno al nato con malformazioni congenite in caso di omessa o errata diagnosi, ma attenta e rigorosa nella scelta delle strade da percorrere, che sono quelle che appaiono più aderenti al diritto positivo. Sono strade forse meno innovative di quelle ispirate ad una giurisprudenza creativa nel senso più radicale del termine, strade sufficienti, però, a riconoscere e garantire spazi di tutela al nascituro. Secondo la Corte, infatti, quest'ultimo si presenta nel nostro ordinamento come "oggetto di tutela", una tutela "riflessa" rispetto a quella di cui gode la madre, che è portatrice di un vero e proprio diritto ad una procreazione cosciente e responsabile; una tutela che deriva da quel fenomeno di propagazione intersoggettiva dell'illecito, che aveva interessato anche il padre, e che legittima successivamente il neonato, divenuto con la nascita soggetto di diritto, ad agire tramite il suo rappresentante per il risarcimento del danno.

L'argomentazione della Corte, libera da quelli che essa stessa qualifica come i "pantani della soggettività", riecheggia qui quell'attenta dottrina che caldeggia l'uso di un "principio di economia" nel discorso giuridico: una dottrina secondo la quale una costruzione giuridica che realizza obiettivi di tutela, che sono peraltro raggiungibili alla luce degli strumenti giuridici che il diritto positivo apertamente riconosce, e che, nel farlo, va ben al di là della stessa esigenza di tutela (come, nel caso di specie, l'attribuzione di una titolarità di diritti al nascituro) va senz'altro rifiutata perché "ridondante"¹⁹. Da questo punto di vista, la costruzione di una soggettività giuridica in realtà inesistente, come quella che si vorrebbe attribuire al nascituro, si presenta come "sovrabbondante rispetto allo scopo". Infatti, la funzione della prima è quella di creare un centro di imputazione di situazioni giuridiche che presuppone l'agire del soggetto e la sua possibilità di instaurare rapporti giuridici, aspetti questi che certamente non sono rinvenibili nella figura del concepito; gli scopi di protezione e di tutela sono, invero, altra cosa e sono perfettamente raggiungibili raffigurando quest'ultimo come "oggetto di tutela" piuttosto che personificandolo²⁰.

¹⁸ In questi termini, anche in dottrina, F. Di Ciommo, *Giurisprudenza-normativa e "diritto a non nascere se non sano". La Corte di Cassazione in vena di revirement?*, nota a sent. n. 10741/2009 cit., nella quale "In definitiva, non risulta azzardato affermare che nel nostro ordinamento giuridico esiste un interesse protetto in capo al nascituro a che, in presenza di determinati rischi tassativamente individuati dalla legge, la prosecuzione della gravidanza sia il risultato di una scelta, per l'appunto cosciente e responsabile della madre...".

¹⁹ Così, Paolo Zatti, in "Il duttile rigore: l'approccio di Giorgio Oppo al diritto della vita nascente", in *Riv. dir. civ.*, 2010, 457 ss., ricorda l'approccio metodologico di Giorgio Oppo.

²⁰ In questi termini, Giuseppe Cricenti, nella nota di commento fortemente critica alla sent. Cass., n. 10741/2009, "Il concepito soggetto di diritto ed i limiti dell'interpretazione", in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, n.12/2009, I, 1258 e ss.; fortemente critica anche la nota di commento alla medesima sentenza di Francesco Di Ciommo, "Giurisprudenza-normativa e diritto a non nascere se non sano. La Corte di cassazione in vena di revirement?" in *Danno e responsabilità* 2/2010, ove si sostiene che "non si tratta (e non c'è quindi alcun bisogno), di riconoscere l'esistenza, in capo al nascituro, di un "diritto a non nascere se non



La Corte pertanto, nell'affrontare il tema della risarcibilità del danno al nato malformato, preferisce seguire una strategia metodologica alla quale un'attenta dottrina attribuisce il carattere di "sicura pacatezza"²¹: una strategia che evita stravolgimenti ma che consente ugualmente di soddisfare le ragioni di tutela che sono senz'altro presenti in quel contesto giuridico; è il nato, in quanto soggetto di diritto attualmente esistente e giuridicamente capace ex. art. 1 c.c., che può avanzare pretese risarcitorie. Il nascituro non è titolare di alcun "diritto a nascere sano", né, peraltro, "a non nascere se non sano" in quanto si presenta nel nostro ordinamento giuridico come "oggetto di tutela" e non come "soggetto di diritto"; è il nato che, dal momento in cui viene ad esistenza, "istituisce retroattivamente se stesso, divenendo titolare di un diritto soggettivo nuovo, il cui esercizio non richiede alcuna finzione di un soggetto di diritto prenatale"²².

Qui, però, è opportuno sottolineare un importante elemento, relativo al tipo di valutazione che la Corte fa in ordine alla sentenza precedente²³, al fine di comprendere meglio il prosieguo del discorso: la S.C. demolisce, è vero, la sentenza stessa, sotto il profilo dell'attribuzione al nascituro di una soggettività giuridica in realtà inesistente, ma ne apprezza, tuttavia, un diverso elemento, nuovo rispetto ad altre pronunce, e cioè quello di riconoscere che gli *effetti protettivi* derivanti dal *rapporto obbligatorio* instaurato tra la paziente e i sanitari si propagano anche *a favore del figlio*, e ciò sul presupposto che ad essere sconvolta non è solo la vita di coppia ma anche la vita familiare nella sua interezza.

sano", bensì di sancire la meritevolezza di tutela dell'interesse del nascituro a che la madre compia una scelta consapevole e responsabile"

²¹ Paolo Zatti, "Il duttile rigore: l'approccio di Giorgio Oppo al diritto della vita nascente", cit.

²² Sul tema della soggettività giuridica del concepito, particolarmente rilevanti sono le posizioni espresse da Oppo e Busnelli in un dialogo critico molto fecondo che si è sviluppato nel corso degli anni. Per quanto riguarda G. Oppo, si vedano il saggio, molto risalete (che ha dato inizio alla discussione), *L'inizio della vita umana*, in *Rivista di diritto civile*, 1982, I, pp. 499 ss.; *Declino del soggetto e ascesa della persona*, in *Rivista di diritto civile*, 2002, pp. 829 ss.; *Procreazione assistita e morte del nascituro*, in *Rassegna parlamentare*, 2005, pp. 331 ss.; *Ancora su persona umana e diritto*, in *Rivista di diritto civile*, 2007, I, pp. 259 ss. Per quanto riguarda F.D. Busnelli, si vedano *Wrongful Birth, Wrongful Life*, in *Bioetica e diritto privato, Frammenti di un dizionario*, Torino, 2001, cap. XVIII; *Libertà di coscienza etica e limiti della norma giuridica: l'ipotesi della procreazione medicalmente assistita*, in *Famiglia*, 2003, pp. 279 ss.; *L'inizio della vita umana*, in *Rivista di diritto civile*, 2004, I, pp. 533 ss.; *La capacità giuridica statica del concepito*, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, 2007, II, pp. 1462 ss. Sintetizzando un dibattito molto ricco e complesso, si può dire che i due autori condividono alcune linee di fondo della discussione: prima di tutto, l'idea che la rilevanza e la tutela giuridica del concepito non passino dalla sua qualificazione come persona dotata di capacità giuridica, e che dunque le istanze di tutela del concepito debbano essere legittimate in modo diverso; in secondo luogo l'idea che questo percorso di giustificazione sia destinato ad uscire fuori dalle rigidità del sistema codicistico; in terzo luogo, la tesi secondo cui la dizione dell'art. 1 legge 19 Febbraio 2004, n. 40, che parla del concepito come soggetto di diritti, abbia una formulazione infelice e vada in qualche senso reinterpretata, per essere resa coerente con la legge sull'interruzione della gravidanza e con i principi costituzionali. Dove, invece, i due autori si dividono è nel definire la posizione giuridica del concepito e soprattutto nel prendere posizione in merito alla sua qualificazione in termini di soggettività giuridica: Oppo ritiene che tale qualificazione non possa essere ammessa ragionando in termini di *diritto positivo*, ma che appartenga invece alla sfera di quello che lui chiama *diritto sociale*, un diritto che sta a fondamento del diritto positivo e alla cui stregua si potrebbe riconoscere come uomo-persona anche il concepito; Busnelli è invece convinto che, nell'attuale contesto giuridico, caratterizzato dalla presenza dei principi costituzionali fondamentali e dalla Carta di Nizza, si possa predicare l'esistenza di soggetti non misurabili in termini di capacità giuridica. Secondo Busnelli, insomma, il legislatore e la giurisprudenza, sia a livello costituzionale, che a livello di diritto europeo, attribuiscono soggettività a individui privi della capacità giuridica; dunque la nozione codicistica non esaurirebbe la cerchia delle persone meritevoli di protezione.

²³ Cass., 11 maggio 2009, n. 10741, cit.



Quello che appare invero singolare, però, è che, al termine di tali considerazioni, dopotutto in linea con quanto già detto rispetto alle altre figure del nucleo familiare, come il padre, la S.C decida poi, nel momento in cui tira le fila del discorso, di ricondurre la pretesa al risarcimento del neonato alla fattispecie astratta dell'illecito aquiliano ex art. 2043 c.c.

5. - Dopo il dettagliato excursus dei precedenti in materia, effettuato con l'obiettivo di demolire certe prese di posizione e consolidarne altre, la S.C decide finalmente di chiamare "le cose con il proprio nome", a dire il vero sorprendendo il lettore. Dopo avere più volte rinviato a fenomeni quali quello del "rapporto contrattuale derivante da un contatto sociale qualificato" instaurato tra il medico e la gestante e quello della "propagazione intersoggettiva degli effetti diacronici dell'illecito", il quale si verificherebbe di certo nei confronti del padre, ma anche nei confronti dei fratelli e dello stesso nato malformato, la Corte finisce per ricondurre, in modo forse troppo frettoloso, la fattispecie concreta della pretesa risarcitoria del nato malformato a quella astratta dell'illecito aquiliano ex art.2043 c.c.

La Corte di Cassazione, infatti, con l'intento forse di allargare le maglie della responsabilità del sanitario, opta alla fine per ricondurre la stessa nell'alveo della responsabilità extracontrattuale, e, a dire il vero, compie espressamente tale scelta solo nei riguardi del nato malformato. Si è già avuto modo di sottolineare, tuttavia, come nel corso della sentenza si rinvii piuttosto, in relazione ad altre figure tutelabili, a forme di responsabilità contrattuale, seppure da contatto sociale, del sanitario; e ciò non solo nei confronti della madre, ma anche nei confronti degli altri membri della famiglia, a cui si propagherebbero gli effetti protettivi scaturenti dal contratto-contatto intercorso tra il medico e la gestante. Non può che stupire, allora, la scelta effettuata dalla Suprema Corte quando, solo per il nato malformato, si risolve improvvisamente ad invocare l'art. 2043 c.c., senza che questo passaggio possa peraltro essere configurato come un coerente corollario della lunga argomentazione precedentemente svolta.

La scelta effettuata dalla S.C avrebbe in realtà bisogno, anche in virtù della sua genesi piuttosto anomala, di essere supportata da solide argomentazioni. Ad onor del vero la S.C si preoccupa di architettare un vero e proprio "mini statuto" della responsabilità civile del sanitario, dispiegando così la stessa in tutti i suoi elementi (dalla legittimazione ad agire del nato, all'interesse tutelato, all'evento di danno, al nesso causale); ma è proprio a questo punto che, a parere di chi scrive, vengono alla luce le difficoltà della costruzione adottata, che sembrano mettere la S.C in posizione di stallo. Esaminiamo allora, in maggior dettaglio, l'argomento adottato.

Innanzitutto, dando come assodato che sia il nato ad essere titolare della legittimazione ad agire *iure proprio* per il risarcimento dei danni, senza che sia necessaria alcuna costruzione di



soggetti di diritto prenatali, la S.C si sforza di definire quale sia l'interesse tutelato del minore e di cui si lamenta la lesione.

Giustamente la Corte si preoccupa di agganciare tale interesse, su cui deve fondarsi la domanda risarcitoria, a dei parametri costituzionali, quali gli art. 2, 3, 29, 30, 32 della Carta Fondamentale, essendo ben consapevole di non poter configurare la lesione nella sola nascita o nell'handicap in sé e per sé considerato ma, piuttosto, nella nascita insieme alla futura vita handicappata *“intesa nella sua più ampia accezione funzionale, la cui diversità non è discriminata in un giudizio metagiuridico di disvalore tra nascita e non nascita, ma soltanto tutelata, rispettata e alleviata per via risarcitoria”*. Tuttavia tale ricostruzione appare alquanto problematica, dato che la stessa S.C finisce poi con il far ricadere la situazione giuridica tutelata all'interno di quell'interesse giuridicamente protetto che, secondo la definizione non particolarmente felice data dalla Corte, consentirebbe al minore *“di alleviare, sul piano risarcitorio, la propria condizione di vita, destinata a una non del tutto libera estrinsecazione secondo gli auspici del Costituente”*. Un interesse, pertanto, che sembra presentarsi dai confini molto sfumati, in quanto configurato come *“un interesse al risarcimento”*, volto ad alleviare le sofferenze del minore trasformando le stesse in denaro, senza assumere davvero quella sostanza *“costituzionale”* che il risarcimento del danno non patrimoniale esige²⁴.

Anche l'elemento del danno ingiusto, e di conseguenza del nesso causale tra quest'ultimo e la condotta omissiva del sanitario, fanno dubitare dell'opportunità della scelta della S.C. All'interno della struttura dell'illecito aquiliano ex art. 2043 c.c, infatti, il danno, perché sia risarcibile, deve essere non solo ingiusto in quanto *“evento di danno”*, integrante cioè la lesione di un bene giuridico o di un interesse giuridico, ma anche in quanto *“danno-conseguenza”*, integrante cioè un insieme di pregiudizi di carattere patrimoniale e non patrimoniale conseguenti alla lesione del bene o dell'interesse predetto. E a proposito di tale ultima componente, la S.C sembra rivendicare nuovamente, come già evidenziato per i fratelli, una forma di *“danno esistenziale”*, la cui cittadinanza come categoria autonoma e interna al danno non patrimoniale era stata fino a questo

²⁴ Cass., S.U, 11 novembre 2008, n. 26972, cit. ove in merito al risarcimento del danno non patrimoniale ex art. 2059 c.c, si osserva che *“in assenza di reato, e al di fuori dei casi determinati dalla legge, pregiudizi di tipo esistenziale sono risarcibili solo se conseguenti alla lesione di un diritto inviolabile della persona. Non può quindi essere accolto il tentativo di superamento dei limiti segnati dalla lettura costituzionalmente orientata dell'art. 2059 c.c., incentrato sull'assunto secondo cui il danno esistenziale non si identifica con la lesione di un bene costituzionalmente protetto, ma può scaturire dalla lesione di qualsiasi bene giuridicamente rilevante. La tesi è inaccettabile, in quanto si risolve nel ricondurre il preteso danno sotto la disciplina dell'art. 2043 c.c, dove, secondo una logica atipica, il risarcimento è dato purchè sia leso un interesse genericamente rilevante per l'ordinamento, contraddicendo l'affermato principio della tipicità, pur relativa o elastica (nel senso della non necessità di una previsione puntuale e della sufficienza di una copertura costituzionale in base alla clausola aperta di cui all'art. 2 Cost.)”*; *“Se non si riscontra lesione di diritti costituzionalmente inviolabili della persona non è data tutela risarcitoria”*.



momento bandita in sede giurisprudenziale²⁵, e sembra che lo faccia nel momento in cui definisce il danno subito dal minore come quella “condizione esistenziale” data dalla sintesi della “nascita malformata”, nella prospettiva dinamico-funzionale di una “esistenza diversamente abile”²⁶.

Aggiungiamo che tale danno, in tutte le sue componenti, deve essere causalmente collegato all’omissione colpevole del sanitario, e questo in una fattispecie in cui in realtà l’omissione stessa, se ha certamente leso un diritto personalissimo della madre ad una procreazione cosciente e responsabile, non ha comunque provocato la malformazione, essendo la stessa di carattere genetico e dunque non evitabile. La questione è molto delicata, dato che tra i due poli del nesso causale, e cioè l’omessa diagnosi da parte del sanitario e il danno subito dal minore, inteso dalla S.C come condizione esistenziale di “vita handicappata”, si pone il problema della facoltà di scelta della madre di proseguire o meno la gravidanza, e quindi quello della prova, in termini ipotetici, secondo la quale si dovrebbe ritenere che la madre, ove adeguatamente informata, avrebbe scelto di abortire²⁷.

Nel caso di specie, in realtà, tale problema si pone con minore intensità, dato che la gestante aveva sin dall’inizio dichiarato apertamente di volere interrompere la gravidanza qualora gli esiti degli esami fossero stati infausti. Ma cosa accadrebbe qualora mancasse tale dichiarazione espressa? La prova del nesso di causalità diventerebbe molto più complessa, aggiungendosi anche il fatto che se si ritiene possibile che il minore possa rivalersi nei confronti del sanitario nel caso in cui si provi che la madre avrebbe abortito se adeguatamente informata, di certo non potrebbe ammettersi un’azione risarcitoria del minore nei confronti della madre qualora quest’ultima, adeguatamente informata, avesse scelto di proseguire la gravidanza, con ciò esercitando un suo diritto, personalissimo ed inviolabile, espressamente riconosciuto.

Particolarmente problematiche, a parere di chi scrive, appaiono anche le argomentazioni che, in tema di causalità, giungono ad una frettolosa assimilazione ed equiparazione “quoad effecta” tra fattispecie che, invero, appaiono profondamente diverse: quella dell’errore medico che non abbia evitato l’handicap evitabile, quella dell’errore che tale handicap abbia cagionato e, infine, quella

²⁵ Cass., S.U, 11 novembre 2008, n. 26972, cit., ove si afferma che “Il danno non patrimoniale è categoria generale non suscettiva di suddivisione in sottocategorie variamente etichettate. Non può, dunque, farsi riferimento ad una generica sottocategoria denominata danno esistenziale, perché attraverso questa si finisce per portare anche il danno non patrimoniale nell’atipicità..”

²⁶ Altra sentenza, tuttavia, che qualifica il danno come “esistenziale”, anche se solo nei confronti dei genitori, nel caso di inadempimento dei medici in merito all’omessa comunicazione circa rilevanti malformazioni del nascituro: Cass., 4 gennaio 2010, n. 13, in *Danno e Resp.* 7/2010, con nota di commento di Maria Feola “La cassazione e il diritto del minore a nascere sano”. L’autrice già metteva in luce, invero, come “la Suprema Corte italiana avrebbe dovuto esaminare l’eventuale propagazione intersoggettiva delle conseguenze di un medesimo fatto illecito, quale evento plurioffensivo incidente sulla lesione di interessi afferenti a più titolari..”

²⁷ In tema di causalità in ipotesi complesse, ove la prova dello stesso nesso di condizionalità tra l’illecito e il danno risulta essere notevolmente difficile, se non impossibile, cfr. R. Pucella, *La causalità “incerta”*, Torino, 2007.



dell'errore-omissione che non abbia evitato la nascita malformata, evitabile proprio in conseguenza della facoltà di scelta della gestante di abortire.

A tutto questo si aggiunga, infine, che ricondurre la responsabilità del sanitario nei confronti del nato malformato nell'alveo della responsabilità extracontrattuale comporta delle conseguenze significative in materia di onere della prova. In questo caso, infatti, la prova grava sulla parte che agisce per il risarcimento del danno e deve coprire tutti gli elementi che compongono la struttura dell'illecito, quali la condotta colposa dell'agente, il danno, il nesso causale tra questi; prova che, come già evidenziato, si complica ove manchi a monte una dichiarazione espressa della gestante di volere interrompere la gravidanza in caso di diagnosi infausta. In tal caso infatti, a differenza di un precedente orientamento giurisprudenziale più "permissivo" in materia di prova del nesso causale²⁸, la sentenza in commento irrigidisce i requisiti di prova dello stesso, stabilendo che la sola richiesta di diagnosi configuri una presunzione semplice, un indizio "isolato" di una volontà presunta di interruzione della gravidanza, indizio che il giudice deve valutare caso per caso, in relazione alle circostanze del caso concreto e alla rilevanza della malformazione non diagnosticata. Il giudice pertanto, senza far ricorso a generalizzazioni di tipo statistico, dovrebbe valutare in ogni singola vicenda se quella presunzione sia sufficiente o meno a provare il fatto, dovendo poi essere le parti e, in particolare la parte attrice, ad irrobustire quella presunzione alla luce di un principio di vicinanza della prova e alla luce della difficoltà, per non dire impossibilità, per il convenuto di provare un fatto negativo.

Avendo rilevato, pertanto, la farraginosità della scelta effettuata dalla S.C e delle difficoltà evidenti che la ricostruzione in termini di responsabilità extracontrattuale porta con sé, si può notare allora come la scelta stessa possa paradossalmente condurre ad un restringimento, piuttosto che ad un ampliamento, della responsabilità del sanitario nei confronti del nato malformato. La S.C finirebbe così per perseguire l'obiettivo inverso rispetto a quello che si era prefisso.

Ci si potrebbe allora chiedere se, tenute ferme le condivisibili motivazioni che stanno a fondamento della scelta della S.C di attribuire anche al nato malformato un diritto al risarcimento del danno (ove sarebbe di certo ingiusto attribuirlo a tutti i componenti della famiglia eccetto che al

²⁸ Cass., 10 novembre 2010, n. 22837, in *Resp. civ.*, con nota di PALMERINI. In tale pronuncia la S.C, in un'ottica di affievolimento della prova del nesso causale, ha sancito che *"In tema di responsabilità del medico da nascita indesiderata, ai fini dell'accertamento del nesso di causalità tra l'omessa rilevazione e comunicazione della malformazione del feto e il mancato esercizio, da parte della madre, della facoltà di ricorrere all'interruzione volontaria della gravidanza, è sufficiente che la donna allegghi che si sarebbe avvalsa di quella facoltà se fosse stata informata della grave malformazione del feto, essendo in ciò implicita la ricorrenza delle condizioni di legge per farvi ricorso, tra le quali (dopo il novantesimo giorno di gestazione) v'è il pericolo per la salute fisica o psichica derivante dal trauma connesso all'acquisizione della notizia, a norma dell'art. 6 lett. b) l. 194 del 1978; l'esigenza di prova al riguardo sorge solo quando il fatto sia contestato dalla controparte, nel qual caso si deve stabilire –in base al criterio (integrabile da dati di comune esperienza evincibili dall'osservazione dei fenomeni sociali) del "più probabile che non" e con valutazione correlata all'epoca della gravidanza- se, a seguito dell'informazione che il medico omise di dare per fatto ad esso imputabile, sarebbe insorto uno stato depressivo suscettibile di essere qualificato come grave pericolo per la salute fisica o psichica della donna"*.



diretto interessato, il quale invece si presenta come il primo a dolersi e a soffrire della propria condizione), non sarebbe stato più semplice e più coerente ricondurre la responsabilità del sanitario, anche nei confronti del nato, nell'alveo della responsabilità contrattuale ex art. 1218 c.c.

Si tratta di certo di una responsabilità dai confini più definiti, nella quale, da un lato vengono meno i problemi probatori del nesso di causalità (sciogliendosi il profilo della causalità nel solo inadempimento, con la conseguenza di essere quest'ultimo oggetto di un mero onere di allegazione a carico del creditore che innesca un onere di controprova a carico del debitore²⁹); e, dall'altro, vengono posti anche dei limiti alla risarcibilità del danno, ritagliando quest'ultima esclusivamente sui soli danni prevedibili nel tempo in cui è sorta l'obbligazione ex art. 1225 c.c. Una responsabilità, ancora, che consentirebbe perfettamente di risarcire anche i danni non patrimoniali ex art. 2059, assodato che questi possono derivare anche da un inadempimento contrattuale, a condizione che la mancata o inesatta prestazione abbia leso un diritto inviolabile della persona³⁰. Una responsabilità, in conclusione, che sembrerebbe, a parere di chi scrive, la più coerente conseguenza e il più logico corollario dell'intera argomentazione svolta dalla stessa S.C. nella prima parte della sentenza che qui si annota.

6. - E' chiaro che anche la conclusione a cui nel precedente paragrafo si perviene va argomentata e per farlo pare opportuno dare uno sguardo al di là del nostro ordinamento giuridico.

Invero, la soluzione della S.C. relativa alla riconduzione della responsabilità nei confronti del nato malformato nell'alveo dell'art. 2043 c.c. sembra ereditare l'impostazione della Cassazione francese nel noto caso *Perruche*³¹. Secondo tale impostazione, infatti, in presenza di un inadempimento colposo del medico relativamente a determinati obblighi informativi circa

²⁹ In tali termini, Cass., S.U., 30 ottobre 2001, n. 13533, in *Contratti*, 2002, 113, con nota di CARNEVALI; Cass., S.U., 11 gennaio 2008, n. 581, in *Resp. civ. e prev.*, 2008, con nota di GRECO.

³⁰ Cass., SU, 11 novembre 2008, n. 26972, cit. secondo la quale "l'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 2059 c.c. consente di affermare che anche nella materia della responsabilità contrattuale è dato il risarcimento dei danni non patrimoniali. Dal principio del necessario riconoscimento, per i diritti inviolabili della persona, della minima tutela costituita dal risarcimento, consegue che la lesione dei diritti inviolabili della persona che abbia determinato un danno non patrimoniale comporta l'obbligo di risarcire tale danno, quale che sia la fonte della responsabilità, contrattuale o extracontrattuale".

³¹ Cour de cassation, Assemblée Plénière, 17 novembre 2000, JCP, 2000, 2293, con nota di F. CHABAS, pubblicata anche in *Nuova giur. civ. comm.*, 2001, 210 ss., con commento già citato in nota 16, di E. Palmerini, *Il diritto a nascere sani e il rovescio della medaglia: esiste un diritto a non nascere affatto?*, e con "postilla" di F. D. Busnelli, in *Danno e Resp.*, 2001, 475 ss. A proposito del caso *Perruche*, si veda la tesi espressa in più occasioni da Busnelli (cfr. F.D. Busnelli, *Wrongful Birth, Wrongful Life*, in *Bioetica e diritto privato. Frammenti di un dizionario*, Torino, 2001, cap. XVIII, e *La tutela giuridica dell'inizio della vita umana*, in *La tutela giuridica della vita prenatale*, a cura di R. Rossano e S. Sibilla, Torino, 2005, pp. 64 ss.). L'opinione dell'Autore, in particolare, è fortemente critica nei confronti di coloro che, nella dottrina giuridica francese, per giustificare una sorta di "diritto a non nascere", ipotizzano una duplicazione fra una persona (solo) giuridica astrattamente configurabile prima della nascita e l'essere vivente (nel caso specifico, nato handicappato). Busnelli sostiene in proposito che l'essere umano esprime, invece, un'unica individualità, tanto prima che dopo la nascita; e che ciò è quanto basta per legittimare l'individuo a chiedere il risarcimento, qualora ne ricorrano i presupposti. La celebre sentenza francese, inoltre, ha dato luogo ad un'altrettanto celebre monografia dal titolo *Du droit de ne pas naître. A propos de l'affaire Perruche* a cura di O. Cayla-Y. Thomas, Paris, 2002, trad. it. a cura di L. Colombo, pubblicata nella "Serie" «Derive», diretta da C.M. Mazzoni, Milano, 2004, e preceduta da un saggio di F. D. Busnelli, *Diritto di non nascere o diritto a nascere sani ?*



l'esistenza di malformazioni del feto, si configurerebbe una responsabilità "da contratto" nei confronti dei genitori e una responsabilità "da delitto" nei confronti del minore. Ma tale impostazione è il frutto di un atteggiamento molto rigoroso, in ambito contrattuale, del diritto francese, restio ad ammettere eccezioni al principio di relatività del contratto, che troverebbe invero minori giustificazioni nel nostro ordinamento, ove peraltro lo stesso principio di relatività ha subito e può subire delle importanti deroghe.

Si pensi innanzitutto all'evoluzione che ha avuto il pensiero giuridico sulla stessa portata del principio di relatività del contratto ex art. 1372 co.2, evoluzione che ha portato da una concezione più restrittiva dello stesso, in virtù del quale l'autonomia negoziale non potrebbe in alcun modo incidere né sfavorevolmente né favorevolmente sulla sfera giuridica di terzi in assenza di una espressa volontà adesiva di questi, ad una lettura più recente molto più elastica, secondo la quale sono ammesse invece delle modificazioni migliorative della sfera giuridica di terzi senza il loro preventivo consenso. Si pensi alla figura negoziale espressamente disciplinata dallo stesso legislatore all'art. 1411 c.c. del "contratto a favore di terzo", il quale, configurandosi come una stipulazione inter alios e indirizzata ad attribuire degli effetti vantaggiosi ad un soggetto terzo, è di certo un indice significativo dell'evoluzione del principio di relatività strettamente inteso. Si pensi, infine, al diffondersi nel nostro ordinamento, grazie evidentemente alla fertilità dello stesso, di quella figura contrattuale di importazione tedesca comunemente definita come "contratto con effetti protettivi a favore di terzi"³².

E' proprio a quest'ultima categoria che la nostra dottrina e la nostra giurisprudenza hanno molto spesso fatto riferimento al fine di consentire una qualche forma di tutela in capo a soggetti terzi rispetto ad un rapporto contrattuale "inter alios", in particolare nei casi in cui il rapporto contrattuale medesimo intercorra tra il sanitario e la gestante e il terzo tutelato sia il nascituro³³. Il

³² Ne testimonia la nascita nell'ordinamento tedesco e ne approfondisce i contenuti, Di MAJO, "La protezione del terzo tra contratto e torto", in *Europa e dir.priv.*, 2000, 1 ss.

³³ Cass., 22 novembre 1993, n. 11503, in *Giust. civ.*, 1993, la quale ha fatto riferimento alla figura del contratto con effetti protettivi (tra gestante e struttura) per giustificare la tutela ex art. 1218 c.c. del nascituro, "in caso di inadempimento della prestazione accessoria, può agire non solo la controparte..., ma anche e soprattutto il soggetto a protezione del quale è posta quella previsione." Parte del contratto "rimane sempre la partoriente, o, comunque colui che lo abbia stipulato, ma il terzo, alla cui tutela tende quell'obbligazione accessoria, non è più il nascituro, bensì il nato, anche se le prestazioni devono essere assolte, in parte, anteriormente alla nascita"; in tali termini, anche se pervenendo a conclusioni discutibili in merito alla "soggettività giuridica" del nascituro, la già citata sentenza 11 maggio 2009, n. 10741, la quale afferma "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 (...); ciò in quanto, (...), 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 cd. 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),



nostro ordinamento sembra avere accolto con favore, infatti, anche la categoria dei doveri di protezione, oggetto di interesse e di studi nell'ordinamento tedesco e la cui applicazione sembra avere dato vita proprio alla figura del contratto ad effetti protettivi³⁴.

A tal proposito, parte della dottrina³⁵ ritiene che un generale principio di buona fede, nella sua accezione più pregnante di “buona fede integrativa”, farebbe sì che da un contratto scaturiscano non solo degli obblighi di prestazione, a cui si ricolleggerebbe l'interesse della parte contrattuale alla prestazione stessa, ma anche degli obblighi di protezione, a cui si aggancerebbe il relativo interesse in capo alla parte del rapporto contrattuale ma anche, ed è questo il passaggio ulteriore che è stato importato dalla dottrina tedesca³⁶, in capo a soggetti terzi qualificati, vicini a quest'ultima, e dal rapporto medesimo protetti. Tali obblighi di protezione, infatti, affiancandosi ai primi, non sarebbero strumentali rispetto all'esecuzione della prestazione oggetto del rapporto contrattuale, ma avrebbero lo scopo “di proteggere le persone ed i beni delle parti da pericoli di danno connessi con tale esecuzione”³⁷.

Gli obblighi di protezione, insieme a quelli di prestazione, integrerebbero così un rapporto obbligatorio dalla natura complessa, restando tuttavia i primi autonomi all'interno del rapporto medesimo³⁸, e ciò sia dal punto di vista sostanziale che processuale (i doveri di protezione, infatti, sarebbero autonomamente esigibili, o come precisa Venosta azionabili, “in quanto assistiti da una pretesa che può farsi valere in giudizio”). La stretta connessione, inoltre, tra interesse alla prestazione e interesse alla protezione, il quale trova sì la sua fonte e giustificazione nell'esecuzione della prima ma rischia anche “di essere messo in gioco” dalla stessa, giustificerebbe poi l'assimilazione della tutela esperibile nel caso di loro lesione, e ciò perché nel caso di violazione degli obblighi di protezione non si configurerebbe cosa diversa che un vero e proprio inadempimento, disciplinato e regolato dagli artt. 1218 e ss.

insieme alla madre, ha i diritti ed i doveri nei confronti dei figli di cui all'art. 30 Cost. e d alla connessa normativa codicistica ed ordinaria”.

³⁴ I primi ad occuparsene sono stati U. Betti, *Teoria generale delle obbligazioni*, Milano 1954, I, 66 ss.; L. Mengoni, *Obbligazioni di risultato e di mezzi*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1954, I 368; Castronovo, voce *Obblighi di protezione*, in *Enc. Giur. Treccani*, Roma, 1990 XXI.

³⁵ Illuminante la ricostruzione dei “doveri di protezione” di Francesco Venosta, “*Profili della disciplina dei doveri di protezione*”, in *Rivista di dir.civ.* 6/2011.

³⁶ In merito al contesto germanico, M. Maggiolo, “*Effetti contrattuali a protezione del terzo*”, in *Riv. Dir. Civ.*, 2001, I, 39 ss., il quale osserva che la dottrina tedesca “*considera il contratto con effetto di protezione per il terzo come una creazione giuridica operata dalla giurisprudenza a completamento del diritto positivo*” e, ancora, che “*Nel contratto con effetto di protezione per il terzo, in altre parole, il dovere di comportarsi con cautela, dovere che sempre grava sul debitore nei confronti del creditore, viene esteso sino al punto di farne beneficiare anche il terzo, nei cui confronti si ritiene dunque esistere un dovere secondario di risarcimento assoggettato alle regole della responsabilità contrattuale*”.

³⁷ Si cita F.Venosta, “*Profili della disciplina dei doveri di protezione*”, cit. ; si veda anche L. Mengoni, “*Obbligazioni di mezzi e obbligazioni di risultato*”, in *Riv. dir. comm.*, 1954, I, 309, il quale distingue dagli obblighi di protezione, che hanno carattere autonomo, quelli “*integrativi o strumentali*”, “*volti ad assicurare l'esatto adempimento della prestazione principale*” e i quali “*rappresentano altrettante specificazioni del contenuto di questa*”.

³⁸ In questo senso Benatti, *Osservazioni in tema di “doveri di protezione”*, in *R. trim.d.proc.civ.*, 1959, 1342 ss.



Alla luce di tali premesse teoriche, e modellando le stesse sulla fattispecie che in tale sede ci interessa, ben potrebbe dirsi pertanto che nel “contatto qualificato” esistente tra il sanitario e la gestante si cristallizzi un vero e proprio contratto nel quale, a fianco degli effetti di prestazione indirizzati nei confronti della madre ed espressamente individuati (come la prestazione di consulenza medica), si inserirebbero, in forza del principio di buona fede nella sua accezione più pregnante di “buona fede integrativa”, degli effetti ulteriori di protezione. Questi esplicherebbero una forza espansiva non solo nei confronti della madre ma anche nei confronti di tutti quei soggetti terzi strettamente legati alla stessa e alle sorti del rapporto; in tale cerchia rientrerebbero così tutti i componenti del nucleo familiare, compreso il nascituro, in quanto tutti rivestirebbero una posizione meritevole di tutela. L’inadempimento del sanitario, consistente nel caso di specie nella violazione di un obbligo informativo, violerebbe al tempo stesso gli obblighi di prestazione e quelli di protezione scaturenti entrambi dal contratto, con ciò consentendosi ai soggetti terzi tutelati dal rapporto contrattuale di agire autonomamente a tutela dei propri interessi, e ciò in forza di una responsabilità del sanitario a titolo contrattuale.

E, a sostegno di tale tesi, si sottolinea, infine, come non a caso la S.C qualifichi il nascituro come “oggetto di tutela” e non come “soggetto di diritto”, raffigurando lo stesso come titolare non di presunti diritti “a nascere” o “a non nascere se non sano”, ma, piuttosto, di un “interesse di protezione”, costituente il riflesso del diritto personalissimo della madre ad una procreazione cosciente e responsabile: interesse di protezione la cui lesione e la cui tutela diviene attuale ovviamente solo al momento della nascita.

Tra l’altro, è la stessa S.C, nel corso della motivazione della sentenza in commento, ad indirizzarci verso questa ricostruzione e a mostrare una certa dimestichezza con l’istituto del contratto ad effetti protettivi, usandone la terminologia e utilizzando lo stesso per descrivere i fenomeni di “propagazione intersoggettiva degli effetti diacronici dell’illecito” che si verificherebbero nei confronti del padre e dei fratelli del nato. Si comprende, allora, la ragione per cui può poi stupire un cambio di rotta proprio rispetto a tale ultimo soggetto, il quale di certo, più di ogni altro, rappresenta il terzo protetto “per eccellenza” dal rapporto contrattuale instauratosi tra il medico e la gestante.

A tal proposito si ricorda come nessun ostacolo derivi dal fatto che il danno lamentato dal minore sia di natura non patrimoniale, essendo pacifico, a far data dalle importantissime pronunce delle SU del 2008, che anche tale danno possa trovare la sua fonte in un inadempimento contrattuale, e che pertanto esso possa essere risarcito secondo le regole della responsabilità ex art. 1218 c.c., purchè l’interesse sotteso al diritto inviolabile della persona che si assume essere stato leso (diritto della parte contrattuale creditrice ma non solo di questa) rientri “*nella causa concreta*



*del negozio, da intendersi come sintesi degli interessi reali che il contratto stesso è diretto a realizzare, al di là del modello, anche tipico, adoperato*³⁹. Alla luce di questa affermazione non può di certo escludersi che l'interesse della madre, nella sua natura multiforme di interesse alla prestazione strettamente intesa e di quello alla protezione sua e di chi porta in grembo, e l'interesse del nascituro, in quanto "oggetto di tutela", rientrino in quella che viene definita efficacemente "la causa concreta" del negozio, tipico o atipico che sia.

Ci si può di nuovo chiedere allora, in conclusione, il perché la S.C non abbracci palesemente la soluzione del contratto ad effetti protettivi, limitandosi invece a percorrerne all'inizio parzialmente la strada e tirandosi poi indietro. Anche in un'altra occasione la Corte sembra avere dimenticato (o ripudiato) tale figura contrattuale, riconducendo pertanto la domanda di risarcimento del danno da parte del terzo qualificato nell'alveo della responsabilità extracontrattuale ex art. 2043 c.c.⁴⁰, e ponendosi così in una posizione difforme rispetto alla stessa giurisprudenza di legittimità fino a questo momento consolidata.

Che si tratti di una semplice dimenticanza o di una nuova tendenza vera e propria (la cui ragionevolezza, a questo punto, sarebbe tutta da scoprire), sta di fatto che nella sentenza in commento si perviene ad una soluzione che sembra incoerente rispetto al resto delle argomentazioni precedentemente svolte e in contrasto con tutta una serie di precedenti in materia che si erano mostrati aperti, con finalità seppure diverse, ad attribuire la cittadinanza, nel nostro ordinamento, alla figura del contratto ad effetti protettivi⁴¹.

E ancora, a parere di chi scrive, con tale presa di posizione la S.C perde anche l'opportunità di porre fine ad uno spinoso dibattito, dando finalmente una soluzione coerente e unitaria al problema

³⁹ In tal senso, tutte e quattro le sentenze dell'11 novembre 2008, S.U, n. 26972, 26973, 26974, 26975 cit.

⁴⁰ Cass., 8 maggio 2012, n. 6914. Il caso era quello di un rapporto contrattuale instaurato tra una casa di cura e una paziente ove la figlia di quest'ultima agiva per il risarcimento del danno non patrimoniale subito a seguito del suicidio della madre secondo le regole degli artt. 1218 e ss.. Tuttavia, la S.C ha sancito che "è pur vero che la più recente giurisprudenza di questa Corte ha definitivamente riconosciuto la risarcibilità del danno non patrimoniale anche in caso di inadempimento contrattuale. Tuttavia, ove un terzo (nella specie, congiunto) chieda il risarcimento del danno non patrimoniale da se stesso patito a causa dell'inadempimento della casa di cura nei confronti del paziente/contraente, le coordinate entro le quali va iscritta la domanda sono necessariamente quelle della responsabilità aquiliana, con la conseguenza che spetta all'attore l'onere di provare l'esistenza di comportamenti colposi della struttura", in *Danno e responsabilità* 12/2012, con nota di commento di Daniela Zorzit "La cassazione "dimentica" il contratto con effetti protettivi a favore del terzo: vero oblio o consapevole ripudio?".

⁴¹ Cass., 30 marzo 2011, n. 7256, in *Dejure-Giuffrè*, secondo la quale "il contratto che si instaura tra il paziente e la struttura sanitaria ben può comportare effetti protettivi anche per i terzi qualificati, come gli stretti congiunti, secondo un approdo sancito definitivamente da Cass., sez.un., n. 26972/2008, la quale ha stabilito che anch'essi vantano un diritto al risarcimento quante volte, come nella specie, il pregiudizio subito attenga alla lesione di un diritto inviolabile della persona del quale siano essi stessi titolari"; Cass. 11 novembre 2008, S.U, n. 26972, 26973, 26974, 26975 cit., secondo le quali al par. 4.3 "Vengono in considerazione, anzitutto, i c.d. contratti di protezione, quali sono quelli che si concludono nel settore sanitario. In questi gli interessi da realizzare attengono alla sfera della salute in senso ampio, di guisa che l'inadempimento del debitore è suscettivo di ledere diritti inviolabili della persona cagionando pregiudizi non patrimoniali. In tal senso si esprime una cospicua giurisprudenza di questa Corte, che ha avuto modo di inquadrare nell'ambito della responsabilità contrattuale la responsabilità del medico e della struttura sanitaria (sent. n. 589/1999 e successive conformi, che, quanto alla struttura, hanno applicato il principio della responsabilità da contatto sociale qualificato), e di riconoscere tutela, oltre al paziente, a soggetti terzi, ai quali si estendono gli effetti protettivi del contratto, e quindi, oltre alla gestante, al nascituro, subordinatamente alla nascita (sent. n. 11503/1003; n. 5881/2000); e al padre, nel caso di omessa diagnosi di malformazioni del feto e conseguente nascita indesiderata (sent. n. 6735/2002; n. 14488/2004; n. 20320/2005)".



della risarcibilità del danno nei confronti del nato malformato nel caso di omessa o errata diagnosi, risarcibilità che, se fino a questo momento era stata negata, ora viene concessa con una ricostruzione, tuttavia, che presta il fianco a diverse obiezioni.

Invero, preso atto della rilevanza e delicatezza del tema, il quale è testimonianza dell'odierna sensibilità sociale verso il riconoscimento di una qualche forma di tutela nei confronti di un soggetto debole quale il nato malformato, si ritiene che la riconduzione della responsabilità del medico nell'alveo di quella contrattuale, nei confronti del nato malformato stesso, avrebbe consentito di mettere meglio a fuoco la posizione "debitoria" del sanitario, meglio delimitandone i confini (quale quello della prevedibilità del danno ex art. 1225 c.c.), e contrastando, al tempo stesso, la tendenza all'abuso e all'applicazione smisurata della clausola generale di cui all'art. 2043 c.c.

A parere di chi scrive, in conclusione, nessun'altra fattispecie avrebbe giustificato meglio tale vicenda risarcitoria come quella del contratto ad effetti protettivi: un contratto avente ad oggetto una pluralità di prestazioni che, oltre al diritto alla prestazione principale, garantisce il diritto ulteriore a che non si arrechino danni a terzi; terzi che, se danneggiati, in quanto soggetti qualificati e protetti dal rapporto contrattuale, come lo sono di certo gli stretti congiunti della madre gestante e primo fra tutti il nascituro, potrebbero agire autonomamente sulla base del rapporto contrattuale stesso e a tutela dei propri interessi, facendo valere per l'appunto una responsabilità di tipo contrattuale ex art. 1218 c.c.