

## Danno da nascita indesiderata e danno da nascita malformata: la parola alle sezioni unite

Lucilla Conte\*

DAMAGES FOR WRONGFUL BIRTH AND WRONGFUL LIFE: THE OPINION OF THE ITALIAN COURT OF CASSATION

ABSTRACT: This contribution is focused on the main questions involving claims for damages about wrongful birth and wrongful life. The Italian jurisprudence is divergent in drawing the most balanced solutions about evidence and causation: a decision of the Joined Chambers of the Court of Cassation is now awaited.

KEYWORDS: wrongful birth; wrongful life; self-determination; claim for damages; evidence; causation.

SOMMARIO: 1. L'ordinanza interlocutoria del 23 febbraio 2015 e le questioni prospettate. – 2. Informazione ed autodeterminazione: i confini di una scelta difficile. – 3. La legittimazione del nato alla richiesta risarcitoria. – 4. Inadempimento del medico tra “danno da nascita indesiderata” e “danno da nascita malformata”: problematiche relative alla configurazione del nesso causale. – 5. Conclusioni.

### 1. L'ordinanza interlocutoria del 23 febbraio 2015 e le questioni prospettate

**D**ue genitori, in proprio e in quanto esercenti la potestà sulla figlia, convengono in giudizio due medici (il primario di Ostetricia e Ginecologia e il direttore del Laboratorio di Analisi dell'ospedale presso cui si erano recati) per ottenere il risarcimento dei danni conseguiti alla nascita della figlia, affetta da sindrome di Down, assumendo che la donna fosse stata avviata al parto senza la predisposizione di adeguati approfondimenti, benché gli esami ematochimici (effettuati alla sedicesima settimana) avessero fornito valori «non rassicuranti». Tale richiesta di risarcimento è respinta dal Tribunale di primo grado e, successivamente, dalla Corte di Appello di Firenze. Avverso quest'ultima sentenza i due genitori ricorrono in Cassazione: con l'ordinanza n. 3569 del 23 febbraio 2015, la III Sezione Civile ha rimesso alle Sezioni Unite due questioni (relative al contenuto dell'onere probatorio richiesto alla madre in merito alla propria determinazione a ricorrere alla interruzione volontaria di gravidanza, ove informata delle malformazioni del feto, e alla legittimazione del nato malformato alla richiesta risarcitoria nei confronti dei sanitari per l'omissione di tali informazioni che abbia determinato la prosecuzione della gravidanza) riguardanti il “danno da nascita indesiderata” (*wrongful birth*) o “danno da nascita malformata” (*wrongful life*). È significativo notare come questa duplice definizione sia funzionale a individuare i due versanti rispetto a cui si produce il danno: da un lato quello della donna che, non essendo adeguatamente in-

\* *Assegnista di ricerca in Diritto costituzionale, Università del Piemonte Orientale. Contributo sottoposto a doppio referaggio cieco.*

formata dai sanitari della prognosi di malformazioni del feto, viene limitata nella sua libertà di autodeterminazione attraverso la scelta di interrompere la gravidanza; dall'altro quella del concepito che una volta nato lamenti un danno alla propria salute non solo attuale, ma anche nella prospettiva di una "vita malformata" e delle limitazioni e dei disagi che, inevitabilmente, ne deriveranno, propagandosi al contesto familiare<sup>1</sup>.

Questo secondo versante è stato oggetto di particolare valorizzazione da parte della Corte di Cassazione con la sentenza n.16754 del 2012, che ha riconosciuto il diritto del nascituro (ancorché privo di soggettività giuridica fino al momento della nascita), una volta venuto ad esistenza, ad essere risarcito da parte del medico con riguardo al danno consistente nell'essere nato non sano.

Si tratta di un punto controverso, che investe la legittimazione del nato ad agire nei confronti del medico che abbia omesso di informare la gestante in merito a malformazioni del feto, privandola della possibilità di ricorrere all'interruzione volontaria di gravidanza, e che è oggetto di rinvio da parte della III Sezione Civile alle Sezioni Unite.

La definizione del "danno da nascita indesiderata" è invece data per assunta dalla III Sezione all'interno dell'ordinanza, ricorrendo «quando, a causa del mancato rilievo dell'esistenza di malformazioni congenite del feto, la gestante perda la sua possibilità di interrompere la gravidanza»<sup>2</sup>. La configurabilità di questa tipologia di danno non è in discussione, ma viene rilevato come, al riguardo, vi sia un contrasto giurisprudenziale in tema di riparto degli oneri probatori. In altri termini: è possibile una esatta configurazione della correlazione causale tra l'inadempimento dei sanitari (nell'assunzione di approfondimenti diagnostici e comunicazione dei risultati di questi ultimi alla gestante) e il mancato ricorso all'aborto? Ferma restando (come previsto dal legislatore per procedere all'interruzione della gravidanza oltre il novantesimo giorno di gestazione ex art.6, lett. b) della l. n. 194/1978) la sussistenza delle condizioni di pericolo per la salute fisica o psichica della donna derivanti dal trauma connesso all'acquisizione di notizie in merito alla malformazione del feto, il contrasto giurisprudenziale riguarda il contenuto della prova richiesta alla madre.

Secondo un primo orientamento<sup>3</sup> è sufficiente che la donna alleghi che, se informata delle gravi malformazioni del feto, si sarebbe avvalsa della facoltà di interrompere la gravidanza. Si ha dunque applicazione del criterio della regolarità causale, in base al quale l'interruzione della gravidanza appare conseguenza regolare e frequente in seguito all'acquisizione di tali informazioni diagnostiche e risultando altresì implicita (salvo contestazioni della controparte) la sussistenza delle condizioni di legge richieste per ricorrere ad essa.

Un secondo orientamento<sup>4</sup> ritiene, al contrario, che ove manchi una preventiva, inequivoca ed espressa dichiarazione della volontà di interrompere la gravidanza qualora venga rilevata una malattia

<sup>1</sup> È questa la prospettiva che configura la vita come "bene relazionale", da intendersi come «un genere di bene comune che dipende dalle relazioni messe in atto dai soggetti uno verso l'altro e può essere fruito solo se essi si orientano di conseguenza. La vita umana è oggetto di godimento (e quindi di diritti) non in quanto bene «individuale» (nel senso di individualistico), né «pubblico» (nel senso tecnico moderno), ma propriamente come bene *comune* dei soggetti che stanno in relazione», cfr., su questo punto, P. DONATI, R. SOLCI, *I beni relazionali. Che cosa sono e quali effetti producono*, Torino, 2011, 19.

<sup>2</sup> Cass. Civ., III Sezione, ordinanza n. 3569, 6 del testo.

<sup>3</sup> Su cui Cass. n. 6735/2002, Cass. n. 14488/2004, Cass. n. 13/2010 e Cass. n. 15386/2011.

<sup>4</sup> Su cui Cass. n. 16754/2012.

genetica del feto, la richiesta di accertamento diagnostico debba essere valutata dal giudice di merito alla stregua di una presunzione semplice, che dovrà essere dalla parte attrice integrata con elementi ulteriori.

Se dunque esiste un contrasto giurisprudenziale in merito al contenuto della prova richiesta alla donna che lamenti omessa informazione da parte dei sanitari in merito a malformazioni genetiche del feto che, se acquisite, l'avrebbero indotta ad interrompere la gravidanza, ancora più marcato e controverso appare il panorama delle pronunce della Cassazione in merito alla legittimazione del nato a pretendere il risarcimento del danno a carico del medico e/o della struttura sanitaria.

Anche in questo caso, il punto di partenza (e il nodo problematico, come avremo modo di vedere in seguito) è rappresentato dall'inadempimento (derivante dall'omissione di accertamenti diagnostici o dalla loro errata interpretazione) da parte dei sanitari. Questo, se da un lato priva la donna della possibilità di ricorrere all'interruzione volontaria della gravidanza (con le problematiche in tema di onere probatorio che si sono sopra esaminate), dall'altro determina la venuta al mondo di un soggetto non sano.

La legittimazione alla richiesta risarcitoria da parte di questo soggetto coinvolge una serie di questioni giuridiche e meta-giuridiche di grande rilievo, ricollegabili alla configurabilità o meno di una soggettività giuridica in capo al concepito; alla sussistenza o meno di un "diritto a non nascere" o di un "diritto a non nascere se non sano"; al contenuto del danno lamentato.

La complessità e l'asprezza delle questioni poste al vaglio delle Sezioni Unite ricordano, nel loro tragico intreccio, i versi di *She Said She Said*: un testo ermetico, ascrivibile al periodo "lisergico" dei Beatles e che tuttavia, rispetto alla vicenda in esame, esprime i termini del problema con sorprendente chiarezza (*She said/ I know what it's like to be dead/ I know what it is to be sad /And she's making me feel/ Like I've never been born*). L'evoluzione delle tecniche diagnostiche, la possibilità di accedervi, le asimmetrie informative ad esse collegate, impongono agli interpreti del diritto di misurarsi con questioni inedite<sup>5</sup>, riflettendo – ad un tempo – su ciò che avrebbe potuto essere (e non è stato) e ciò che è: sulla violazione della libertà di autodeterminazione della madre e sull'esistenza di una vita malformata che chiede (per il suo stesso essere malformata, e per la precedente omissione che non ha permesso alla madre di orientarsi verso l'interruzione della gravidanza una volta venuta a conoscenza della malformazione) di essere risarcita.

---

<sup>5</sup> Vale senz'altro l'osservazione-monito, formulata da R. BIN e L. BUSATTA nell'*Introduzione* al numero 1/2014 di questa Rivista, per cui «Difficilmente la rigidità del diritto riesce a coniugarsi agilmente con la mutevolezza della scienza e alcuni ostacoli di comunicazione, legati alla diversità di linguaggio, metodo e approccio, conducono a consigliare cautela nella costruzione dei termini di dialogo con le altre discipline». In senso analogo, cfr. le considerazioni di A. D'ALOIA, *Norme, giustizia, diritti nel tempo delle bio-tecnologie: note introduttive* in A. D'Aloia (ed.), *Biotecnologie e valori costituzionali. Il contributo della giustizia costituzionale*, Torino, 2005, XI-XII, per cui «L'esperienza giuridica è attraversata in pieno da queste nuove tensioni, le sue categorie tradizionali (come il concetto di persona, l'autonomia individuale, la nozione di discriminazione, il rapporto delle azioni umane con lo spazio e con il tempo, ...) subiscono un effetto di spiazzamento e di riformulazione che sembra quasi richiedere un "nuovo" diritto, appunto un "bio-diritto" (...) in cui il rapporto tra ordinamento giuridico, persone fisiche, idee di vita, sia costruito secondo basi e modelli inediti, di reciproca – e non più unidirezionale – permeabilità».

## 2. Informazione ed autodeterminazione: i confini di una scelta difficile

Si è rilevato come la salute «al tempo delle biotecnologie» presenti (ed è caratteristica tipica dei diritti di terza o quarta generazione) una natura combinatoria, con elementi comuni ora ai diritti di libertà ora ai diritti sociali<sup>6</sup>. Pertanto, ad una dimensione sociale e prestazionale si affianca il profilo di libertà che si esprime secondo due direttrici riassumibili nella libertà di curarsi e nella libertà di non curarsi.

Queste due libertà sono dal diritto riconosciute in quanto, a seconda dei casi, possano risultare funzionali e/o meglio rispondenti ad assicurare il rispetto della dignità umana di cui all'art. 2 Cost., di cui la salute costituisce un significativo profilo di realizzazione.

La perdita o la compromissione della salute, oltre a costituire il presupposto per l'attivazione della libertà di curarsi o di non curarsi, può inoltre legittimare, ricorrendone i presupposti, richieste risarcitorie.

Il grave pericolo per la salute fisica o psichica della donna, inoltre, costituisce condizione di esercizio del ricorso all'interruzione della gravidanza anche oltre il novantesimo giorno di gestazione, sulla base di una logica di bilanciamento che privilegia la preservazione della salute psico-fisica della gestante rispetto alla sopravvivenza del concepito.

Il caso portato all'esame della III Sezione civile della Corte di Cassazione impone di riflettere, in prima battuta, *su quanto* l'omissione di informazione da parte dei sanitari in merito all'esistenza (o al potenziale rischio) di gravi malformazioni genetiche del feto abbia inciso sulla libertà di autodeterminazione della donna rispetto all'eventualità di procedere all'interruzione volontaria di gravidanza e *su come* la donna possa adeguatamente provare la determinazione al ricorso all'IVG una volta acquisite tali informazioni.

È stato opportunamente rilevato come un consenso effettivamente informato «costituis[ca] la sintesi di due diritti fondamentali della persona: quello all'autodeterminazione e quello alla salute», dal momento che «ogni individuo ha il diritto di ricevere le opportune informazioni in ordine alla natura e ai possibili sviluppi del percorso terapeutico cui può essere sottoposto e delle eventuali terapie alternative che gli si prospettano. Informazioni che devono essere le più esaustive possibili, proprio al fine di garantire la libera e consapevole scelta da parte del paziente e, quindi, la sua stessa libertà personale. In altri termini, il consenso liberamente informato impone ed esige valide garanzie sia per il momento della manifestazione di volontà da parte del malato, sia nell'iter di formazione della volontà stessa, sia per l'esigenza che l'informazione sia davvero completa, non reticente e comprensibile»<sup>7</sup>.

<sup>6</sup>A. D'ALOIA, *Oltre la malattia: metamorfosi del diritto alla salute*, in questa Rivista, 1/2014, 88 ss.

<sup>7</sup>P. VERONESI, *Al crocevia del "Caso Stamina" e dei suoi "problemi costituzionali"*, in questa Rivista, 1/2015, 96-97, ove è fatto riferimento – per una esatta definizione di consenso informato – a Corte Cost., n.438/2008, su cui R. BALDUZZI, D. PARIS, *Corte costituzionale e consenso informato tra diritti fondamentali e ripartizione delle competenze legislative*, in *Giur. Cost.*, 2008, 4953 ss. In senso analogo, cfr. J. MENIKOFF, *Law and Bioethics. An Introduction*, Washington D.C., 2001, 133: «The tenet common to all medical cases treatment cases [is] that any person has the right to make an informed choice, if competent to do so, to accept or forego medical treatment. (...) Under the doctrine of informed consent, a physician must inform the patient, "at a minimum", of the nature of the proposed treatment, any alternative treatment procedures, and the nature and degree of risks and benefits inherent in undergoing and in abstaining from the proposed treatment».

Proprio l'esigenza (non soddisfatta) di una informazione completa, non reticente e comprensibile, è alla base della pretesa risarcitoria avanzata dalla donna. Nel caso in esame, tuttavia, lo schema del consenso informato non è perfettamente applicabile: il test diagnostico cui la gestante è sottoposta non è infatti qualificabile come "cura" o percorso terapeutico, e può invece essere inquadrato tra gli strumenti di medicina predittiva, volti a fornire valutazioni prognostiche sulla presenza di malformazioni genetiche del feto<sup>8</sup>.

La natura del test diagnostico e il periodo della gravidanza in cui viene effettuato (la sedicesima settimana) suggeriscono la sua *ratio*: quella di valutare (in tempo utile, e con minore pregiudizio per il benessere fisico e psichico della gestante) la presenza di gravi malformazioni nel feto e dunque l'eventualità di una interruzione della gravidanza. Rispetto a tale quadro si innestano due variabili, consistenti nel grado di attendibilità di quest'ultimo e nella capacità del sanitario di interpretarne in modo corretto i dati<sup>9</sup>.

Su questo punto, i ricorrenti allegano una situazione di avviamento al parto in assenza di approfondimenti pure a fronte di valori "non rassicuranti" forniti dagli esami ematochimici, con conseguente violazione dell'obbligo di diligenza nell'adempimento delle obbligazioni inerenti all'esercizio di un'attività professionale (art.1176 c.c.), riferito ad una prestazione implicante la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà, in presenza dei quali il prestatore d'opera risponde solo in caso di dolo o colpa grave (art. 2236 c.c.).

Più che l'esistenza di un consenso informato, è l'analisi dell'intenzione del legislatore nel configurare una "maternità cosciente e responsabile" a permettere di valutare con estremo favore la più ampia acquisizione di informazioni in merito allo stato di salute del nascituro: stato che inevitabilmente si riverbera sulla salute psico-fisica della gestante.

I due orientamenti giurisprudenziali contrastanti in ordine al contenuto dell'onere probatorio della donna rispetto alla sua volontà di interrompere la gravidanza (acquisite informazioni in merito all'esistenza di gravi malformazioni del feto) non mettono in discussione il fatto che la nascita di un bambino malformato possa determinare un pregiudizio alla salute psico-fisica della donna. Divergono, invece, sotto il profilo del riconoscimento della libertà di autodeterminazione della donna rispetto all'acquisizione della notizia della presenza di gravi malformazioni nel feto. I ricorrenti richiamano

<sup>8</sup> Viene definita diagnosi genetica «qualsiasi test che comporti l'analisi di uno specifico gene, il suo prodotto o funzione, oppure, in generale, del DNA o dell'assetto cromosomico, al fine di identificare/escludere un'alterazione associata ad una malattia genetica o su base genetica», L. LARIZZA, *Quale valore predittivo per le diagnosi genetiche?*, in C. BRESCIANI (ed.), *Genetica e medicina predittiva: verso un nuovo modello di medicina?*, Milano, 2000, 13.

<sup>9</sup> Su questo punto vale la pena ricordare le considerazioni di R. BIN, *La Corte e la scienza*, in A. D'Aloia (ed.), *Biotecnologie e valori costituzionali. Il contributo della giustizia costituzionale*, Torino, 2005, 1-2, il quale sottolinea come «Il problema della rilevanza dei dati scientifici [sia] cruciale soprattutto nei giudizi di merito, ove la tentazione di delegare alle scienze "certe" ciò che il giudice non ritiene di poter decidere sulla base dei soli strumenti giuridici costituisce ormai un problema di grande rilievo. (...) in un mondo di tale complessità tecnologica anche i contenuti dei diritti hanno ormai subito un profondo mutamento. I diritti della personalità (l'identità sessuale, la procreazione, gli atti di disposizione del proprio corpo, il riconoscimento e il disconoscimento dei figli), la privacy, il diritto alla salute, il diritto alla difesa, il diritto di proprietà intellettuale: questi e tanti altri profili dei diritti fondamentali sono stati profondamente incisi dalle acquisizioni della scienza e delle nuove tecnologie. Tutto ciò si riflette immediatamente sull'esercizio della funzione giurisdizionale, ponendo il giudice in una posizione di dipendenza necessaria dai risultati della scienza».

un orientamento più risalente della Cassazione che, oltre a ritenere corrispondente a regolarità causale che la gestante interrompa la gravidanza ove informata delle gravi malformazioni del feto, ritiene sufficiente che la donna alleghi che si sarebbe avvalsa – ove informata- di quella facoltà<sup>10</sup>. La gravità della condizione psico-fisica in cui si trovi la donna che abbia acquisito tali informazioni in merito allo stato di salute del feto determina inoltre che ricorrano implicitamente le condizioni per l'interruzione della gravidanza anche oltre il novantesimo giorno. Il secondo orientamento della Cassazione (fatto proprio dalla Corte d'Appello fiorentina nel respingere la richiesta di risarcimento) ritiene che la mera richiesta di sottoposizione ad un accertamento diagnostico non sia sufficiente a far presumere la volontà della gestante di orientarsi verso l'interruzione di gravidanza, costituendo un indizio isolato, che necessita di essere completato con elementi ulteriori da sottoporre all'esame del giudice.

Sembra utile rilevare che, anche rispetto alla tempestiva acquisizione di informazioni non rassicuranti in merito alla salute del feto si imponga alla donna una situazione di "scelta tragica": quella tra il portare avanti la gravidanza nella consapevolezza che il figlio nascerà malformato e il ricorrere all'interruzione della gravidanza perché in presenza di tali malformazioni fetali il percorso di una gravidanza (in ipotesi, anche fortemente voluta) non appare ad essa più praticabile (per le ragioni più varie, private, insondabili e – in ragione della difficoltà di tale scelta - insindacabili). In questo difficile sentiero che si pone tra le due alternative ha modo di esprimersi la libera autodeterminazione della donna.

Cosa accade, invece, quando essendosi sottoposta ad esami diagnostici la donna non riceva (pur in presenza di risultanze ambigue) adeguata e completa informazione sullo stato di salute del feto, e prosegua la gravidanza dando alla luce un neonato malformato? La scelta tragica si ripropone, nello schema di una valutazione *ex post* della libertà di autodeterminazione di cui la donna sarebbe stata titolare, e che è risultata violata. Nella formulazione della richiesta risarcitoria nei confronti dell'omissione dei sanitari, l'ampiezza dell'onere probatorio richiesto fornisce la misura della soluzione che possa configurarsi accettabile per l'ordinamento giuridico.

Lasciando per un momento sullo sfondo il fatto che, nel presente caso, i medici abbiano omesso di rilevare una malformazione preesistente (la sindrome di Down consiste infatti in una malformazione di carattere genetico) e da essi in alcun modo provocata, con le problematiche in materia di nesso causale che ne derivano, a parere di chi scrive appare evidente che l'orientamento della Corte di Cassazione in termini di onere probatorio "leggero" a carico della donna che abbia dato alla luce un neonato malformato, in assenza di informazioni rispetto a risultanze diagnostiche che l'avrebbero indotta ad interrompere la gravidanza, risulti oltre che maggiormente protettivo nei confronti della donna, coerente con l'impianto ordinamentale.

Il legislatore ha infatti stabilito che la gestante abbia la possibilità, in presenza delle condizioni richieste, di interrompere volontariamente la propria gravidanza. L'interruzione può avvenire anche oltre il novantesimo giorno di gestazione se ricorra un grave pregiudizio alla salute psico-fisica della donna (indubbiamente ricollegabile anche all'acquisizione della notizia di gravi malformazioni nel feto). La presenza di queste condizioni disegna il perimetro entro cui si esprime la libera autodeterminazione della donna nella scelta di interrompere o meno la propria gravidanza. L'omissione di informazioni u-

<sup>10</sup> Cass. n. 6735/2002; Cass. n. 14488/2004 ; Cass. n.13/2010 e Cass. n. 15386/2011.

tili ad orientare il diritto all'autodeterminazione della donna in tale scelta determina la lesione di un diritto che, se fossero state acquisite, avrebbe potuto essere esercitato<sup>11</sup>. Nella sua versione basica e minimale (a prescindere dalla sua valutazione in termini di regolarità causale che configura come vicino alla probabilità il ricorso all'interruzione volontaria della gravidanza) la lesione, derivante da tali omesse informazioni, del diritto di autodeterminazione della donna, si configura come un danno da perdita di *chance*<sup>12</sup>.

Il secondo orientamento della Cassazione, invece, prevede un onere probatorio più intenso, richiedendo la prova della effettiva volontà di abortire: una ulteriore prova di difficile acquisizione, che peraltro si configura come un elemento estraneo allo schema del danno risarcibile<sup>13</sup>.

### 3. La legittimazione del nato alla richiesta risarcitoria

Di estremo interesse è la seconda questione, rispetto alla quale è maturato un significativo e «marcato» contrasto giurisprudenziale, riguardante la legittimazione del nato a pretendere il risarcimento del danno a carico del medico e/o della struttura sanitaria che con il proprio inadempimento abbia privato la gestante di ricorrere all'interruzione volontaria della gravidanza<sup>14</sup>.

<sup>11</sup> Si segnala, in proposito, Cass. n.12830/2014 che, pur nel diverso ambito del danno da intervento di chirurgia estetica (intervento medico non necessario in cui il paziente insegue un risultato non declinabile in termini di tutela della salute), individua la lesione del diritto ad una libera e consapevole autodeterminazione *ex se*, pur in presenza di un intervento correttamente eseguito che tuttavia determini un inestetismo più grave di quello che si mirava a eliminare o attenuare. In quella pronuncia viene, in particolare, sottolineata la necessità di una informazione puntuale, completa e capillare funzionale a consentire al paziente di scegliere tra il rifiuto dell'intervento o la sua accettazione (correndo il rischio del peggioramento delle proprie condizioni estetiche).

<sup>12</sup> Come precisato da Cass. n. 4440/2004; Cass. n. 3999/2003; Cass. n.2667/1993, la *chance* (distinta dalla mera aspettativa di fatto) può essere definita come l'occasione favorevole di conseguire un risultato vantaggioso sotto il profilo dell'incremento di un'utilità o della sua mancata diminuzione. Con particolare riferimento alla colpa medica e alla perdita di *chance* si segnala una recente pronuncia del Tribunale di Reggio Emilia, II sezione civile, 23 febbraio 2014, n.338, in cui viene rilevata una ontologica differenza tra domanda da perdita di *chance* e domanda di risarcimento del danno futuro da mancato raggiungimento di un risultato sperato, non potendo «la prima essere considerata un *minus* della seconda, mutando la *causa petendi* (possibilità di conseguire un risultato nella *chance*, perdita del risultato nel danno futuro), il *petitum* (risarcimento commisurato a perdita nella *chance*, perdita *tout court* nel danno futuro) e l'onere della prova per la parte (che nella lesione di *chances* riguarda la perdita non trascurabile di raggiungere il risultato, mentre nel danno futuro riguarda il fatto che, ove fosse stato tenuto il comportamento legittimo, il risultato sarebbe stato raggiunto)». In conformità con Cass. n. 21619/2007, il Tribunale di Reggio Emilia rileva l'esistenza di un "doppio binario causale" che esprime due diverse dimensioni di analisi del rapporto causale rilevanti ai fini civilistici: la causalità civile ordinaria (attestata sul versante del "più probabile che non" e che ha ad oggetto il danno per la perdita del bene leso) e la causalità da perdita di *chance* (che si attesta sul versante della mera possibilità di conseguimento di un diverso risultato, da intendersi come sacrificio della possibilità di conseguirlo). Sulla perdita della *chance* di rallentamento dell'esito certamente infausto di una malattia (intesa come danno in sé risarcibile), derivante dall'errata esecuzione di un intervento chirurgico, cfr., da ultimo, Cass. n.7195/2014.

<sup>13</sup> Come rilevato da G. CRICENTI, *Il danno da nascita indesiderata rimesso alle Sezioni Unite (per le ragioni sbagliate)*, in *Diritto civile contemporaneo*, 9 marzo 2015.

<sup>14</sup> Questo intreccio trae origine dal riconoscimento, nel nostro ordinamento, dell'interesse alla maternità cosciente e responsabile. L'esercizio di tale interesse «spetta inevitabilmente solo alla madre, ma tale interesse così oggettivato è anche del figlio. La madre, in questo modo, esercita un diritto *jure proprio* e decide presuntivamente per il meglio anche nei confronti del figlio, ma oltre alla tutela della madre esiste anche una

Due almeno gli ordini di problemi, riguardanti: a) il collegamento tra la soggettività giuridica del concepito e la titolarità del diritto al risarcimento in capo al nato; b) il diritto di cui viene lamentata la lesione: il diritto a non nascere o a non nascere se non sano (la cui titolarità spetterebbe al concepito) o il diritto alla salute del nato malformato, rappresentato dall'interesse ad alleviare la propria condizione di vita impeditiva di una libera estrinsecazione della personalità<sup>15</sup>?

Appare utile soffermarsi, in primo luogo, sul diritto alla salute del concepito. Quest'ultimo, come ha avuto modo di rilevare una risalente dottrina, è senza dubbio "individuo" ai sensi dell'art.32 Cost. e pertanto titolare del diritto alla salute<sup>16</sup> e potrà essere risarcito se questa venga compromessa da un negligente comportamento dei medici<sup>17</sup>.

Come è stato rilevato, «il dettato costituzionale (...) non adotta filtri normativi nel "riconoscere i diritti inviolabili dell'uomo", consente[ndo] di gettare luce sull'immagine naturale del concepito, impedendo di negargli la qualità di uomo, sia pure di "uomo in formazione"»<sup>18</sup>.

L'affermazione della soggettività giuridica del concepito (anche in modo esplicito da parte del legislatore, come avviene nell'art. 1, comma 1 della l. 40/2004 laddove è previsto che «al fine di favorire la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o dalla infertilità umana è consentito il ricorso alla procreazione medicalmente assistita, alle condizioni e secondo le modalità previste dalla presente legge, che assicura i diritti di tutti i soggetti coinvolti, compreso il concepito») non equivale, tuttavia, all'automatico riconoscimento della capacità giuridica in capo a quest'ultimo. La dottrina più attenta ha, pertanto, ravvisato nell'attribuzione di tale soggettività la rottura del dogma soggettività/capacità giuridica, esprimendo la soggettività, piuttosto, l'appartenenza al novero degli individui meritevoli di protezione in relazione ai principi fondamentali riconosciuti in Costituzione<sup>19</sup>.

A considerazioni analoghe giunge la Corte di Cassazione, indicando come debba «oggi intendersi per soggettività giuridica una nozione senz'altro più ampia di quella di capacità giuridica delle persone fisiche (che si acquista con la nascita ex art. 1, comma 1, c.c.), con conseguente non assoluta coincidenza, da un punto di vista giuridico, tra soggetto e persona (...). In tale contesto, il nascituro o concepito risulta comunque dotato di autonoma soggettività giuridica (specifica, speciale, attenuata, provvisoria o parziale che dir si voglia) perché titolare, sul piano sostanziale, di alcuni interessi personali in via diretta, quali il diritto alla vita, il diritto alla salute o integrità psico-fisica, il diritto all'onore o alla reputazione, il diritto all'identità personale, rispetto ai quali l'avverarsi della *condicio juris* della nascita ex art. 1, comma 2, c.c. (...) è condizione imprescindibile per la loro azionabilità a fini risarcitori»<sup>20</sup>.

---

tutela oggettiva del nascituro, in quanto rientra nella tutela della procreazione cosciente e responsabile», P.G. MONATERI, *Il danno al nascituro e la lesione della maternità cosciente e responsabile*, in *Corriere giuridico*, 1/2013, 60. Più esplicitamente, Cass. n. 16754/2012 parla di "propagazione intersoggettiva" dell'illecito.

<sup>15</sup> Secondo la definizione che si riscontra in Cass. n. 16754/2012.

<sup>16</sup> N. COVIELLO, *La tutela della salute dell'individuo concepito*, in *Diritto di famiglia e delle persone*, 1978, 245 ss.

<sup>17</sup> Cass. n. 11503/1993.

<sup>18</sup> F. D. BUSNELLI, *L'inizio della vita umana*, in *Rivista di diritto civile*, 1/2004, 562, che a sua volta riprende espressioni utilizzate da G. OPPO, *L'inizio della vita umana*, in *Rivista di diritto civile*, 1982, 512.

<sup>19</sup> P. ZATTI, *Diritti del non-nato e immedesimazione del feto nella madre, quali ostacoli per un affidamento del nascituro*, in *Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 1999, I, 115.

<sup>20</sup> Cass. n. 10741/2009.



Con riferimento al diritto a non nascere o al diritto a non nascere se non sani, la Corte di Cassazione ha precisato che, ferma restando la tutela dell'embrione fin dal concepimento, è possibile configurare soltanto un "diritto a nascere sani". Esso «significa che, sotto il profilo privatistico della responsabilità contrattuale, extracontrattuale e da "contatto sociale" (cfr. Cass, n. 589/1999), nessuno può procurare al nascituro lesioni o malattie (con comportamento omissivo o commissivo colposo o doloso) e, sotto il profilo – in senso lato – pubblicistico, che siano predisposti quegli istituti normativi o quelle strutture di tutela, di cura ed assistenza della maternità, idonei a garantire, nell'ambito delle umane possibilità, la nascita sana. Non significa invece, come ritengono i ricorrenti, che il feto, che presenti gravi anomalie genetiche, non deve "essere lasciato nascere"»<sup>21</sup>.

Se a livello giurisprudenziale il "diritto a non nascere se non sano" non viene riconosciuto, la dottrina più attenta ha avuto modo di rilevare come l'ammissione del nascituro al risarcimento per condotte spese dai medici prima del suo concepimento e che abbiano provocato malformazioni congenite riconosca, in sostanza, il diritto a non nascere se non sano<sup>22</sup>.

Con riferimento alla soggettività giuridica del concepito, da un lato, e al diritto a non nascere se non sano, un orientamento più radicale nega la soggettività giuridica del concepito<sup>23</sup> e, in ogni caso, definisce il diritto a non nascere o a non nascere se non sano come un diritto "adespota": privo di titolare fino al momento della nascita e non più esercitabile dopo di essa.

Gli orientamenti più recenti espressi dalla Corte di cassazione individuano come recessivo il problema della attribuzione di una soggettività giuridica al concepito, valorizzando invece la posizione del soggetto nato e dunque giuridicamente capace, il quale può far valere il diritto al risarcimento per la violazione del diritto all'autodeterminazione della madre, dolendosi del proprio stato di infermità (che sarebbe mancato se non fosse nato)<sup>24</sup> e, ancora più radicalmente, può far valere il diritto al risarcimento del danno consistente nell'essere nato non sano. Quest'ultimo è rappresentato dall'interesse ad alleviare, in prospettiva, la propria condizione di vita impeditiva di una libera estrinsecazione della personalità<sup>25</sup>.

La richiesta di risarcimento del danno associa due profili: quello della violazione del diritto all'autodeterminazione della madre e quello del diritto alla salute del nato malformato, in una inedita ricostituzione della tutela di entrambi come obiettivo unitario<sup>26</sup>, anche se soltanto dal punto di vista risarcitorio e a nascita ormai avvenuta.

<sup>21</sup> Cass., n. 14488/2004, orientamento confermato da Cass., n. 16123/2006.

<sup>22</sup> M. CAVINO, *Il diritto a non nascere. Italia e Francia a confronto*, in M. CAVINO, C. TRIPODINA (ed.), *La tutela dei diritti fondamentali tra diritto politico e diritto giurisprudenziale: "casi difficili" alla prova*, Milano, 2012, 16-17.

<sup>23</sup> Cass. n. 9700/2011.

<sup>24</sup> Cass. n. 9700/2011.

<sup>25</sup> Cass. n. 16754/2012.

<sup>26</sup> G. FERRANDO, *Libertà, responsabilità e procreazione*, Padova, 1999, 35.

#### 4. Inadempimento del medico tra “danno da nascita indesiderata” e “danno da nascita malformata”: problematiche relative alla configurazione del nesso causale

Il nesso di causa giuridico si caratterizza per la polivalenza delle funzioni cui assolve: restringendo o ampliando l'area dei danni risarcibili; selezionando gli interessi rilevanti ai fini della tutela risarcitoria<sup>27</sup>.

È proprio l'attitudine della causalità giuridica ad andare oltre la mera causalità materiale o concatenazione fattuale degli eventi, determinando l'estensione della responsabilità dei soggetti in tale concatenazione coinvolti, a qualificarla come giudizio di valore. Il concetto giuridico di causalità si configura dunque come il risultato «di un giudizio di valore intorno alle molte cause produttrici di un evento stabilendo quali siano rilevanti per i fini che l'ordinamento intende perseguire»<sup>28</sup>.

Anche in questo caso, si rileva un contrasto nella giurisprudenza della Corte di Cassazione con riferimento alla pretesa risarcitoria avanzata dai genitori del nato malformato (in relazione al danno da nascita indesiderata) e con riguardo alla pretesa risarcitoria avanzata dagli stessi genitori in nome e per conto del nato malformato (in relazione al danno da nascita malformata considerato nella sua prospettiva evolutiva). Come si è avuto modo di rilevare, risulta difficilmente contestabile che l'omessa o incompleta informazione da parte del medico relativa a gravi malformazioni del feto si configuri come causa della mancata determinazione della gestante a ricorrere alla interruzione volontaria di gravidanza. E ciò avviene sulla base di un giudizio di prevedibilità c.d. oggettiva (sulla base delle conoscenze statistiche e scientifiche disponibili), essendo in questione al più il contenuto (più o meno articolato) dell'onere probatorio richiesto alla madre.

Diversa e più problematica risulta la configurazione del nesso causale in relazione alla richiesta di risarcimento avanzata dal nato malformato e derivante dalla lesione al proprio diritto alla salute, determinata sì dal mancato ricorso all'interruzione di gravidanza da parte della madre non portata a conoscenza della malformazione del feto, ma anche considerabile in via autonoma come ristoro per la prospettiva di una vita malformata e non pienamente sviluppabile nelle sue potenzialità (inerenti *in primis* il profilo della dignità personale) riconosciute dall'art. 2 Cost. prima ancora che dall'art. 32 Cost.

Su questo versante, il criterio della causalità giuridica come giudizio di valore è senza dubbio messo alla prova con riferimento alla condotta omissiva del medico. È noto il principio penalistico espresso dall'art.40, comma 2, c.p. per cui non impedire un evento, che si ha l'obbligo giuridico di impedire, equivale a cagionarlo. Nel caso in cui il medico determini con la propria condotta malformazioni nel feto, od ometta di rilevare malformazioni fetali, non è ascrivibile a questi un obbligo giuridico di evitare l'evento-nascita. L'obbligo che si richiede al medico è di tipo informativo, rendendo edotta la gestante (unico soggetto titolare del diritto di interrompere la gravidanza) delle condizioni fetali, in ragione alla tutela accordata dal nostro ordinamento alla maternità “cosciente e responsabile”<sup>29</sup>. La

<sup>27</sup> P.G. MONATERI, *Manuale della responsabilità civile*, Torino, 2001, 107.

<sup>28</sup> M. CAVINO, *op. cit.*, 21.

<sup>29</sup> La problematica applicazione in campo civilistico del principio penalistico sulla equivalenza tra condotta omissiva e omissiva, con particolare riferimento al corretto accertamento del nesso di causa in sede di illecito aquiliano da condotta omissiva del sanitario, non è estranea alla giurisprudenza della Corte di Cassazione. In particolare, essa ha sottolineato come il tema del nesso causale in sede civile debba essere «destinato

trasmissione di tali informazioni può condurre a due esiti alternativi: l'interruzione volontaria della gravidanza, ricorrendone i presupposti di legge, o la prosecuzione della stessa.

La mancata trasmissione di tali informazioni, con conseguente lesione del diritto all'autodeterminazione della donna nella scelta se proseguire o meno la propria gravidanza a fronte di gravi malformazioni fetali, è valutata dalla Corte di Cassazione, nelle sue più recenti pronunce, come un'omissione che si inserisce nello schema della causalità giuridica, legittimando, a un tempo, la pretesa risarcitoria in ordine al danno da nascita indesiderata e al danno da nascita malformata.

A nulla rileva la differenza, puntualmente riscontrata in dottrina<sup>30</sup>, tra l'omissione dell'informativa in ordine ad una malformazione genetica preesistente e non provocata dal medico e l'omissione dell'informativa in ordine ad una malformazione genetica provocata da un comportamento commissivo del sanitario (per esempio, la somministrazione di un farmaco in gravidanza o, come nel celebre *Affaire Perruche*<sup>31</sup>, l'avviamento al parto di una donna che aveva contratto la rosolia trasmettendola al feto (eventualità invece esclusa dal medico che aveva ritenuto il contagio avvenuto in una fase precedente il concepimento).

## 5. Conclusioni

L'impressione che si ricava è quella di una faticosa stratificazione giurisprudenziale, testimoniata dai contrasti anche vistosi in essa presenti, volta in sostanza alla ripartizione delle quote del rischio derivante dalla nascita (indesiderata) di un soggetto malformato.

Non è un caso che i contrasti più significativi rilevati dalla III Sezione civile della Corte di Cassazione riguardino (con le collegate richieste risarcitorie) da un lato il contenuto dell'onere probatorio richiesto alla donna relativamente alla sua determinazione ad interrompere la gravidanza ove informata delle gravi malformazioni genetiche del feto e, dall'altro, la sussistenza o meno di un nesso causale tra l'omissione del medico nel rendere le opportune informazioni alla gestante in merito a malformazioni del feto e la nascita di un soggetto malformato. Agli estremi di questo quadro si collocano: a) l'orientamento giurisprudenziale che richiede alla donna non solo di allegare alla propria richiesta risarcitoria per il danno da nascita indesiderata la domanda di accertamento diagnostico, ma anche la prova (dal sapore diabolico, se pure effettuabile per espressa previsione giurisprudenziale con qual-

---

inevitabilmente a risolversi entro i (più pragmatici) confini di una dimensione "storica" o, se si vuole, di politica del diritto, che (...) di volta in volta individuerà i termini dell'astratta riconducibilità delle conseguenze dannose delle proprie azioni in capo all'agente, secondo un principio guida che potrebbe essere formulato, all'incirca, in termini di rispondenza, da parte dell'autore del fatto illecito, delle conseguenze che "normalmente" discendono dal suo atto, a meno che non sia intervenuto un nuovo fatto rispetto al quale egli non ha il dovere o la possibilità di agire». (Cass. civ. S.U., n. 21619/2007). Inoltre, «ciò che muta sostanzialmente tra il processo penale e quello civile è la regola probatoria, in quanto nel primo vige la regola della prova "oltre il ragionevole dubbio (cfr. Cass. pen. S.U. n.30328/2002, Franzese), mentre nel secondo vige la regola della preponderanza dell'evidenza o "del più probabile che non", stante la diversità dei valori in gioco nel processo penale tra accusa e difesa, e l'equivalenza di quelli in gioco nel processo civile tra le due parti contendenti» (Cass. civ., S.U., n.581/2008).

<sup>30</sup> M. CAVINO, *op. cit.*, 23.

<sup>31</sup> Court de Cassation, Assemblée Plénière, decisione n. 99-13701 del 27 novembre 2000, su cui cfr. M. CAVINO, *op. cit.*, 26 ss.

siasi mezzo idoneo) dell'effettivo esercizio del diritto di ricorrere all'aborto; b) l'orientamento giurisprudenziale che ritiene sussistente il nesso causale tra l'omissione di informazioni in merito alla presenza di anomalie genetiche riscontrate o riscontrabili nel feto (e dal medico in alcun modo provocate) e la nascita di un soggetto malformato che rivolga a questi una richiesta risarcitoria non solo per la nascita malformata ma anche per le prospettive di vita ad essa collegate.

Questi due orientamenti-limite, a partire dai quali e nelle ulteriori declinazioni in cui sfumano, le Sezioni Unite saranno chiamate a pronunciarsi, rispondono ora all'esigenza di una il più possibile bilanciata ripartizione del rischio derivante da una nascita indesiderata (è il caso dell'onere probatorio richiesto alla madre), ora alla funzione (anche) solidaristica del risarcimento per il danno da nascita malformata (è il caso dell'inquadramento della condotta omissiva del medico relativa al rilievo di malformazioni genetiche preesistenti nel feto, comunque ricondotta all'interno del nesso causale che determina una nascita malformata). E lo fanno con le incertezze, gli scostamenti e i *revirements* che caratterizzano una giurisprudenza non ancora assestata su questi temi.

La presenza di questo quadro giurisprudenziale magmatico (quando non "vischioso") non dovrebbe distogliere l'attenzione dall'esigenza che ai giudici soprattutto di merito siano fornite coordinate il più possibile coerenti in ordine alla determinazione dell'*an* della pretesa risarcitoria (con una più puntuale definizione dei fatti idonei ad entrare nel rapporto di causalità anche omissiva) e del suo *quantum* (la cui determinazione è idonea a rispondere a esigenze di carattere solidaristico, tenendo altresì conto dell'ambiguità e della difficoltà interpretative che il medico possa incontrare nella valutazione dei riscontri diagnostici, conformi alla speciale difficoltà dei problemi che è chiamato a risolvere ex art. 2236 c.c.).

A questa operazione di riordino e sistemazione sono chiamate le Sezioni Unite con la presente ordinanza, ma non è estraneo neppure il legislatore. Ad esso infatti spetta «l'importante e legittimo interesse preservare e proteggere la salute della gestante (...) che cerchi il parere e le cure di un medico» e l'altrettanto «importante e legittimo interesse a proteggere la potenzialità della vita umana»<sup>32</sup>, affermando in via generale le opzioni di valore condivise nella società<sup>33</sup>.

L'intervento – congiunto, se pure secondo tempi e modalità diverse – del legislatore e delle Sezioni Unite nella loro funzione chiarificatrice e orientativa sembra davvero auspicabile di fronte ad un caso doppiamente tragico, in cui ciò che non è stato si contrappone, ferocemente, a ciò che invece è; e la soluzione non può essere, nella sua tragica complessità, *and she's making me feel like I've never been born*.

<sup>32</sup> Corte Suprema degli Stati Uniti d'America, *Roe v. Wade*, 1973, X, in *L'aborto nelle sentenze delle Corti costituzionali*, Milano, 1976, 97. Tra le pronunce più risalenti in tema di aborto, merita di essere ricordata anche la "Sentenza IVG" del Conseil Constitutionnel (Décision n.74-54 del 15 gennaio 1975) con cui quest'ultimo, dichiarando conforme a Costituzione la legge relativa all'interruzione volontaria della gravidanza, sancì l'autonomia del sindacato di convenzionalità dal sindacato di costituzionalità, con la conseguente possibile disapplicazione, da parte di qualsiasi giudice, ricorrendo le condizioni previste dall'art. 55 della Costituzione, della legge in contrasto con un Trattato internazionale.

<sup>33</sup> M. CAVINO, *op. cit.*, 39.