

“And makes us rather bear those ills we have?”
L'inizio della vita e i confini della sofferenza risarcibile
(Nota a Corte di Cassazione, Sezioni Unite, n. 25767/2015)

*Lucilla Conte**

LIFE'S BEGINNING AND THE BOUNDARIES OF THE INDEMNIFIABLE AFFLICTION

ABSTRACT: This contribution is focused on the decision of the Joined Sections of the Court of Cassation on the divergent jurisprudence on questions involving claims for damages about wrongful birth and wrongful life, evidence and causation. The J. S. don't admit in the Italian law system wrongful life suits if the illness is not directly caused by medical malpractice.

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

SOMMARIO: 1. Dove eravamo rimasti: protagonisti e “comprimari”. – 2. Le Sezioni Unite sui principali contrasti giurisprudenziali sollevati nell’ordinanza della III sezione civile: onere della prova e legittimazione attiva del nascituro. – 3. Nella trama della decisione: la nascita indesiderata e la nascita malformata come tema e problema di diritto costituzionale. – 4. Conclusioni. Essere o non essere? Un problema (e una risposta) di diritto positivo.

1. Dove eravamo rimasti: protagonisti e “comprimari”

A ll'inizio degli anni '80, Giorgio Oppo in un suo scritto si interrogava sull'inizio della vita umana, sulle attribuzioni patrimoniali del nascituro e sul problema della capacità, intitolando significativamente parte di un paragrafo: “Nascita e bene”. All'esito della vicenda giurisprudenziale che ha indotto la terza sezione della Cassazione civile a interpellare le Sezioni Unite possiamo giungere (come vedremo) alla conclusione per cui – per l'ordinamento giuridico - la nascita è un bene anche se, ovviamente, «non significa che non abbia un costo, patrimoniale e morale [e non si esclude] che questo costo sia danno se il fatto è provocato da altri illecitamente»¹.

Più sfumata e complessa risulta la definizione dei “confini” della sofferenza risarcibile, che nella sua vastità incombe su una pluralità di soggetti: la madre, il bambino nato malformato, i parenti dello stesso. La “cifra” della sofferenza esige inoltre di essere redistribuita tra il medico, soggetto responsabile dell'inadempimento dell'obbligo di esatta informazione alla gestante su possibili malformazio-

* *Assegnista di ricerca in Diritto Costituzionale, Università del Piemonte Orientale. Contributo sottoposto a doppio referaggio anonimo.*

La citazione contenuta nel titolo è tratta dall'*Amleto* di Shakespeare, Atto III, Scena I, v. 1774, testo reperibile su <http://www.opensourceshakespeare.org/>

¹ G. OPPO, *L'inizio della vita umana*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1982, I, p. 509.

ni del nascituro, e la collettività, attraverso gli strumenti della solidarietà sociale volti a supportare il difficile percorso di una vita malformata.

La sopravvenuta malattia incurabile di un figlio costituisce un evento in grado di sconvolgere una pluralità di esistenze². La misura di questo sconvolgimento può apparire ancora più intollerabile quando esso derivi da una nascita indesiderata, cui consegue una vita malformata, come nel caso in esame: una vicenda umana dai tratti tragici nel suo interrogativo di fondo che contrappone – quasi in senso shakespeariano – la *non-vita* alla vita.

Le Sezioni Unite, così come la Terza Sezione in sede di ordinanza interlocutoria³, si concentrano in particolare sui due indiscussi protagonisti di questa vicenda dai contorni tragici: la madre e il bambino. E lo fanno a partire dai due principali nodi giuridici che avevano originato contrasti nella giurisprudenza precedente: a) la consistenza dell'onere della prova cui è assoggettata la madre nel dimostrare che, se correttamente edotta delle possibili malformazioni del nascituro, si sarebbe determinata ad abortire; b) la legittimazione del nato malformato ad agire per ottenere il risarcimento derivante dalla propria nascita. Situazione, quest'ultima, mediata dalla lesione del diritto all'autodeterminazione della madre rispetto alla scelta di interrompere la gravidanza.

Vi sono poi, come è evidente, altri soggetti che forse sarebbe riduttivo derubricare a "comprimari" di questa vicenda, ma che pure restano –per ragioni diverse- sullo sfondo. Essi sono il medico e i parenti del nato malformato.

Con riferimento al medico, nel presente caso il tema che viene in considerazione è quello dell'inadempimento dell'obbligo di esatta informazione alla gestante su possibili malformazioni del nascituro, così da permettere alla stessa, ricorrendo le condizioni previste dalla legge 22 maggio 1978, n.194, di ricorrere all'interruzione della gravidanza.

Il rapporto che rileva è dunque quello medico-paziente: l'asimmetria informativa determinata dal colposo inadempimento del medico lede la libera autodeterminazione della donna ed è fonte di responsabilità civile, causando «l'impossibilità della scelta»⁴ e amplificando il pregiudizio fisico-psichico

² In un articolo dell'ottobre scorso, la giornalista Annalena Benini rilevava come: «Dopo che un medico ha detto ai genitori di un bambino: "Non guarirà", uno studio importante ha raccontato che quella diagnosi cambia la vita di circa trecento persone. Le persone di famiglia, la mamma che perde il lavoro, la sorella che impara a usare il sondino, la signora delle pulizie che viene licenziata per risparmiare, i compagni di scuola, i nonni che dicono: ma perché non la portate in America, lì la guariscono, vi diamo la nostra liquidazione, ma perché vi rassegnate, l'insegnante di sostegno che viene assunta per un anno...», A. BENINI, *Tutta la vita che resta*, su *Il Foglio*, 17 ottobre 2015.

³ Su cui sia consentito rinviare a L. CONTE, *Danno da nascita indesiderata e danno da nascita malformata: la parola alle Sezioni Unite*, in questa *Rivista*, 2, 2015, p.261 ss. In attesa della pronuncia delle SS.UU in commento, cfr. anche M. GORGONI, *La responsabilità sanitaria per nascita indesiderata: in attesa delle Sezioni Unite*, in *Resp. Civ e Prev.*, 2015, p. 708 e G. BUFFONE, *Nascita indesiderata: così i nodi del danno arrivano al pettine*, in *Guida al Dir.*, 2015, 14, p. 40 ss.

⁴ Così Cass. SS. UU., n.25767/2015, p.7 del testo della pronuncia. Per un primo commento, cfr. G. BILÒ, *Nascita e vita indesiderate: i contrasti giurisprudenziali all'esame delle Sezioni Unite*, in *Corr. Giur.*, 1, 2016, pp. 47 ss.; M. GORGONI, *Una sobria decisione «di sistema» sul danno da nascita indesiderata*, in *Resp. Civ e Prev.*, 2, 2016, p. 162 ss.; E. SACCHETTINI, *Negata l'esistenza del diritto a non nascere*, in *Guida al Dir.*, 2016, 7, p. 36 ss.; F. PIRAINO, «*Nomina sunt consequentia rerum*» anche nella controversia sul danno al concepito per malformazioni genetiche. Il punto dopo le Sezioni unite 22 dicembre 2015 n. 25767, in <http://www.dirittocivilecontemporaneo.com/>, 1, 2016.

che –considerato secondo diverse gradazioni di intensità– è fonte legittimante il ricorso all'aborto sia prima dei 90 giorni dal concepimento, sia successivamente.

Resta esterna a questo rapporto la posizione del soggetto nato malformato, poiché in questo caso la malformazione non deriva da un comportamento attivo del sanitario che l'ha provocata, ma è dallo stesso semplicemente “non rilevata”.

I ricorrenti, inoltre, individuano una concorrente ragione di danno da identificarsi nell'inserimento del nato malformato in un ambiente familiare “non preparato” ad accoglierlo, prospettando l'ipotesi (rigettata dalle Sezioni Unite) di un danno da mancanza di amore familiare, fonte di una sofferenza psichica che si aggiungerebbe all'*handicap* fisico.

2. Le Sezioni Unite sui principali contrasti giurisprudenziali sollevati nell'ordinanza della III sezione civile: onere della prova e legittimazione attiva del nascituro

La Terza sezione civile aveva rilevato, con riferimento alla questione dell'onere probatorio, due orientamenti giurisprudenziali. Secondo il primo (più risalente) orientamento, corrisponde a regolarità causale che la gestante, se informata di gravi malformazioni del feto, interrompa la gravidanza⁵. Un orientamento giurisprudenziale più recente, invece, rifiuta la presunzione semplice e pone a carico della donna la dimostrazione che, se informata delle malformazioni del concepito, si sarebbe determinata ad interrompere la gravidanza⁶.

Si tratta di due orientamenti diametralmente opposti: l'uno decisamente protettivo nei confronti della donna, presupponendone in ogni caso la volontà di interrompere la gravidanza al verificarsi di date condizioni e l'altro che, invece, richiede la gravosa dimostrazione non di un fatto storico, bensì di un fatto psichico, di una volontà presunta.

Le Sezioni Unite si pongono in una collocazione mediana rispetto a questi due orientamenti, e lo fanno a partire da una rigorosa analisi della legge n.194 del 1978, della *ratio* della stessa e dalle condizioni da essa istituite per ricorrere legalmente all'aborto.

⁵ Su cui cfr. Cass. n. 6735/2002, in *Resp. Civ. e Prev.*, 2003, p. 134 ss., con nota di M. GORGONI, *Il contratto tra la gestante e il ginecologo ha effetti protettivi anche nei confronti del padre*; Cass. sez. III, n.14488/2004 in *Danno e resp.*, 2005, p.379 ss., con nota di M. FEOLA, *Essere o non essere: la Corte di Cassazione e il danno prenatale*; Cass. sez. III, n.13/2010; Cass., sez. III, n.22837/2010; Cass. sez. III, n. 15386/2011.

⁶ Cass., sez. III, n.16754/2012 in *Foro it.*, 2013, I, 1, p. 204 ss, con nota di A. L. OLIVA, *Risarcimento del danno da nascita indesiderata: la legittimazione attiva spetta anche a chi nasce con malformazioni*; in <http://www.forumcostituzionale.it/> (30 novembre 2012), con nota di S. ROSSI, *La Cassazione e la nascita non desiderata (Profili costituzionali di Cass. civ. 2 ottobre 2012, n.16754)*; in *Danno resp.*, 2013, p. 155, con nota di S. CACACE, *Il giudice “rottamatore” e l'enfant préjudice*; in *Giur. it.*, 2013, con note di G. CRICENTI, *Il concepito e il diritto di non nascere*, p. 813 ss. e di D. CARUSI, *Revirement in alto mare: il “danno da procreazione” si «propaga» al procreato?*, p. 809 ss.; in *Corr. giur.*, 2013, p. 59 ss., con nota di P. G. MONATERI, *Il danno al nascituro e la lesione della maternità cosciente e responsabile*; in *Resp. civ. e prev.*, 2013, p. 148 ss., con nota di M. GORGONI, *Dalla sacralità della vita alla rilevanza della qualità della vita*; Cass. sez. III, n.7269/2013, in *Corr. Giur.*, 2013, p. 729, con nota di V. CARBONE, *Errata diagnosi del medico e risarcimento del danno*; Cass., sez. III, n.27528/2013 in *Giur. it.*, 2014, p. 1585, con nota di L. COPPO, *La prova del nesso nei giudizi di responsabilità prenatale*; Cass. sez. III, n.12264/2014 in *Danno resp.*, 2014, p. 1143, con nota di C. TRECCANI, *Omessa diagnosi di malformazioni fetali e ripartizione degli oneri probatori*; in *Riv. it. med. leg.*, 2014, p. 1342, con nota di A. GARIBOTTI, *Del paternalismo medico al paternalismo giudiziale*.

Tale legge ha l'obiettivo, programmaticamente indicato a partire dalla propria intitolazione, di tutelare la maternità come "fatto" sociale, garantendo il diritto alla procreazione cosciente e responsabile (e dunque, *a contrario*, il diritto all'interruzione della gravidanza in presenza di determinate condizioni che pregiudichino l'integrità psico-fisica della madre, rispetto alla quale la tutela dell'embrione risulta recessiva⁷) e, inoltre, rifiutando l'aborto come mezzo di controllo delle nascite in funzione eugenica.

In particolare, rilevano le Sezioni Unite, il dettato dell'art. 6 della legge n.194, che individua i presupposti per l'interruzione della gravidanza dopo i primi novanta giorni, determina in modo chiaro un collegamento tra l'accertamento di processi patologici (rilevanti anomalie o malformazioni del nascituro) e il grave pericolo per la salute fisica o psichica della donna, generando «un vero e proprio diritto all'autodeterminazione della gestante di optare per l'interruzione della gravidanza»⁸.

Molto chiaramente le Sezioni Unite affermano che, sussistendo le condizioni di cui all'art.6 della l. n.194, l'impossibilità della scelta della madre e dunque la lesione del diritto alla libera autodeterminazione, imputabile a negligente carenza informativa da parte del medico, è fonte di responsabilità civile.

Con riferimento all'onere della prova, questo costituisce un fatto complesso, costituito «da molteplici circostanze e comportamenti proiettati nel tempo»: dalla rilevante anomalia del nascituro all'omessa informazione da parte del medico; dalla compromissione della salute psicofisica della donna all'assunzione della scelta di abortire. La "proiezione" di queste circostanze nel tempo, non è peraltro lineare, anzi: è proprio l'asimmetria informativa medico/paziente rispetto alle condizioni di salute del nascituro a determinare una significativa alterazione delle stesse, con una dilatazione del pregiudizio della salute psicofisica della donna, che al momento della nascita malformata prende cognizione, *ex post*, di una scelta che avrebbe potuto assumere anteriormente.

La donna, in sostanza, in ossequio al principio della vicinanza della prova, deve fornire la prova di un fatto psichico, di un atteggiamento volitivo considerato rilevante dalla legge e da esso posto a fondamento dell'interruzione della gravidanza. Non mancando di una certa sensibilità, le Sezioni Unite rilevano l'ovvia difficoltà di fornire la rappresentazione "immediata e diretta" di un fatto psichico, che pertanto non potrebbe esser oggetto di prova in senso stretto, ma al quale è possibile risalire, per via induttiva, tramite la dimostrazione di altre circostanze. A tale ricostruzione andrà applicata, successivamente, la concezione quantitativa o statistica della probabilità, «intesa come frequenza di un evento in una serie di possibilità date: espressa dall'ormai consolidato parametro del "più probabile che no"»⁹.

Non può dunque essere accolto l'orientamento fatto proprio dalla Corte di appello di Firenze, che confermando la decisione di primo grado, ritiene che l'onere della prova di tutti i presupposti di cui all'art. 6 della l. n.194 ricada sulla gestante (compresa la prova – dal sapore forse diabolico – della volontà presunta e cioè del sicuro esercizio della scelta abortiva, ove correttamente informata della malformazione del nascituro).

⁷ Come precisato anche da Corte cost., n.27/1975, in *Giur. cost.*, 1975, con nota di C. CHIOLA, *Incertezze sul parametro costituzionale per l'aborto*, *ivi*, p. 1098.

⁸ SS.UU., n.25767/2015, *cit.*, p. 6 del testo

⁹ Cass. SS. UU., n.25767/2015, *cit.*, p. 9.

L'onere della prova resta dunque chiaramente in capo alla donna, e ad esso è possibile assolvere in via presuntiva, attraverso la cosiddetta *praesumptio hominis* di cui all'art.2729 del Codice civile.

Essa consiste «nell'inferenza di un fatto noto da un fatto ignoto, sulla base non solo di considerazioni statisticamente ricorrenti, secondo l'*id quod plerumque accidit* – che il giudice non potrebbe accertare d'ufficio, se non rientrino nella sfera del notorio (art.115, secondo comma, cod. proc. civ.) – ma anche da circostanze contingenti, eventualmente anche atipiche – emergenti dai dati istruttori raccolti»¹⁰.

Le Sezioni Unite, a questo proposito, forniscono una sorta di catalogo (ovviamente non esaustivo) di queste circostanze: il ricorso al consulto medico per conoscere e verificare le condizioni di salute del nascituro; le precarie condizioni psico-fisiche della gestante (eventualmente verificabili tramite consulenza tecnica d'ufficio)¹¹; pregresse manifestazioni di pensiero che si caratterizzano come sintomatiche di una propensione all'opzione abortiva in caso di grave malformazione del feto.

L'obiettivo di questo sistema di raccolta dei dati istruttori è quello di inferire da essi, secondo un criterio di regolarità causale, gradi (anche variabili) di conferma dell'ipotesi che si intende accertare: vale a dire, la volontà della donna, se correttamente informata delle malformazioni del nascituro, di interrompere la gravidanza. Le Sezioni Unite affermando che tale raccolta di dati possa avere ad oggetto una pluralità di circostanze (anche atipiche), dimostrano di rifiutare la mera prefigurazione di elenchi di malformazioni o anomalie che giustifichino di per sé il ricorso all'aborto. Essi, per il loro carattere generale e astratto prefigurerebbero una sorta di inammissibile presunzione *juris tantum* e, inoltre, non sarebbero coerenti con una adeguata applicazione del principio della vicinanza della prova, autenticamente rispettosa della pluralità e complessità delle circostanze al verificarsi delle quali, alle condizioni indicate dalla legge, una donna può determinarsi ad interrompere la gravidanza.

Resta, in ogni caso, sul medico, la prova contraria del fatto che la donna - per qualsivoglia ragione personale – non avrebbe fatto ricorso all'aborto.

Le Sezioni Unite dunque cassano la sentenza della Corte di appello di Firenze nella parte riferita all'onere probatorio: correttamente ripartito in termini generali, ma “manchevole” nella parte in cui non considera la possibilità di giungere ad esso in via presuntiva, desumibile in concreto dai fatti allegati.

¹⁰ Cass. SS. UU, n.25767/2015, *cit.*, p. 10.

¹¹ Con riferimento al profilo delle “precarie condizioni psico-fisiche della gestante”, esso avrebbe forse richiesto qualche precisazione in più: si tratta infatti della condizione legittimante l'interruzione della gravidanza dopo i primi novanta giorni ai sensi dell'art.6 della legge n.194/1978, che però risulta collegata all'accertamento di gravi processi patologici relativi a rilevanti anomalie o malformazioni del nascituro (nel caso della nascita indesiderata, non resi noti alla gestante), oppure della condizione di serio pericolo per la salute fisica o psichica collegata alla semplice “previsione” di anomalie o malformazioni del concepito (con un grado di certezza inferiore, derivante anche dallo stadio iniziale della gravidanza) di cui all'art. 4? Oppure, ancora, di una più generica condizione di mancata preparazione e volontà, in ragione di indicatori fisici e psichici, della donna ad accogliere la generalità delle ipotesi che la stessa legge n.194, all'art.2, definisce di «maternità difficile»? La differenza sta nel fatto che nei primi due casi le precarie condizioni psico-fisiche costituiscono oggetto della prova in termini induttivi, trattandosi di volontà presunta, «fatto psichico [di cui] non si può fornire rappresentazione immediata e diretta», mentre nell'ultimo caso costituiscono una condizione verificabile già al tempo della gravidanza, che può emergere direttamente dai dati istruttori raccolti.

È pertanto configurabile un danno derivante dal mancato esercizio del diritto di scelta per eventuale negligenza del medico curante (anch'essa, come è evidente, oggetto di prova), che non potrà essere considerato *in re ipsa*, ma dovrà essersi tradotto in un danno effettivo. Con riferimento, poi, al contenuto di tale danno, esso potrà identificarsi con il danno alla salute prefigurato *ex ante* (danno da mancata interruzione della gravidanza, con lesione della libertà di autodeterminazione della donna nel ricorrere alla opzione abortiva) oppure estendersi anche a tutti i danni-conseguenza riconducibili all'ordinaria responsabilità aquiliana.

Il secondo tema che viene in rilievo, e che parimenti aveva generato un contrasto giurisprudenziale rilevato con ordinanza interlocutoria dalla Terza Sezione della Corte di Cassazione, è quello relativo alla legittimazione del nato malformato alla pretesa risarcitoria derivante dal danno per l'impossibilità di condurre un'esistenza sana e dignitosa.

L'azione, in astratto, è considerata ammissibile dalle Sezioni Unite, che rinviano alla propria elaborazione giurisprudenziale: essa ha riconosciuto, da un lato, risarcimento al nascituro, una volta acquistata con la nascita la personalità giuridica, del danno a lui derivante da un comportamento colposo verificatosi anteriormente alla nascita¹²; dall'altro, è pervenuta alla tutela del nascituro (prescindendo dalla questione relativa alla soggettività giuridica) considerandolo – anche sulla base degli indici favorevoli a questo approccio derivanti da numerose norme dell'ordinamento - oggetto di tutela¹³.

L'astratta ammissibilità dell'azione del soggetto nato per il risarcimento del danno da lui subito in ragione di un comportamento colposo verificatosi anteriormente alla nascita impone tuttavia alle Sezioni Unite di analizzare da un lato il contenuto del diritto che si assume leso, dall'altro il rapporto di causalità tra la condotta del medico e l'evento di danno. Questi due profili risultano tra di loro collegati in modo piuttosto penetrante.

Il *diritto a nascere sani*, riconducibile diritto alla salute di cui all'art.32 Cost., viene in considerazione qualora il comportamento omissivo o commissivo del medico abbia direttamente causato la malformazione lamentata dal soggetto attore.

Qualora invece, come nel presente caso, la condotta omissiva del medico (mancata corretta informazione sulle malformazioni del nascituro preesistenti e da lui non provocate) abbia privato la madre della facoltà direttamente riconosciutale dalla legge di interrompere la gravidanza, viene in considerazione l'esistenza o meno di un *diritto a non nascere se non sani*, rispetto al quale il sanitario, in ragione della propria omissione, si configurerebbe come autore mediato del danno (allo stesso modo, la gestante che – pure edotta dell'esistenza di malformazioni a carico del nascituro – decidesse, in ipotesi, di proseguire la gravidanza potrebbe essere chiamata a rispondere dal nato malformato).

La condotta omissiva del medico, nei due casi, a giudizio delle Sezioni Unite, non può essere considerata, con riferimento al rapporto di causalità con la nascita indesiderata, allo stesso modo, perché andrebbero ad equipararsi due ipotesi radicalmente diverse: l'una in cui la malformazione è preesi-

¹² Cass. sez.3, n. 11503/1993, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 1994, 690 con nota di V. ZENO ZENCOVICH, *Il danno al nascituro*, *ivi*, p. 690 ss.

¹³ Cass. n. 5881/2000; Cass., sez. 3, n.9700/2011. Con riferimento a questa impostazione che considera il nascituro oggetto di tutela cfr., altresì, Corte cost., n.27/1975 e, per quanto riguarda la legislazione, la l. n.40/2004 (*Norme in materia di procreazione medicalmente assistita*); la l. n.194/1978 (*Norme per la tutela sociale della maternità e sull'interruzione volontaria della gravidanza*); la l. n.405/1975 (*Istituzione dei consultori familiari*).

stente (perché, in ipotesi, geneticamente determinata), l'altra in cui essa è provocata, per esempio, da un farmaco dallo stesso prescritto alla gestante in assenza di una corretta comunicazione della sua pericolosità per la salute del nascituro.

Le Sezioni Unite successivamente passano ad analizzare più compiutamente il contenuto del diritto a non nascere se non sani, che si assume lesa nel caso posto al loro esame, e giungono alla perentoria affermazione per cui, all'interno del nostro ordinamento, «non si può parlare di un diritto a non nascere»¹⁴.

Il riconoscimento di tale diritto è impedito dall'applicazione tanto della categoria del danno-conseguenza, quanto di quella del danno ingiusto: entrambe, se pure con accenti diversi, richiedono una comparazione con una situazione preesistente/alternativa¹⁵ ed evocano il concetto di "bene della vita". Tale bene, tuttavia, nel presente caso, consisterebbe proprio nella negazione della stessa vita e dunque nella "non vita".

Si tratta, per le Sezioni Unite, di una evidente contraddizione, capace di mettere in crisi la stessa scala assiologica dell'ordinamento giuridico che vede collocato al proprio vertice il bene-vita. L'argomentazione addotta è significativa e, programmaticamente, rifiuta una sorta di (ideologica) presunzione *juris et de jure* di preferibilità della vita. La vita, infatti, è – come semplicemente e perentoriamente affermato dalle Sezioni Unite - «il presupposto stesso del diritto»¹⁶ e, pertanto, il supposto interesse a non nascere – in questa prospettiva – rende difficile, se non impossibile, il ricorso al concetto di danno.

Questa impostazione, se rifiuta l'esistenza di un diritto alla felicità rigidamente ricompreso entro il perimetro di una esistenza sana, come risulta evidente, esula dalla problematica del "fine-vita" dal momento che quest'ultima (a differenza del diritto a non nascere) presuppone una manifestazione positiva di volontà *ex ante*.

Tale manifestazione di volontà non potrebbe essere invocata dal nato malformato per il tramite della lesione (per mancata informazione sanitaria) del diritto di autodeterminazione della propria madre

¹⁴ Cass., SS. UU., n. 25767/2015, p. 18. Nella stessa pronuncia, p. 25, si sottolinea come il diritto a non nascere se non sano sia «ignoto al vigente ordinamento».

¹⁵ La comparazione tra la qualità della vita prima e dopo la nascita di un bambino portatore di handicap è possibile, oltre che per la madre, anche per il padre e i germani, con la configurazione del relativo danno-conseguenza (Cass., sez.3, n.6735/2002; Cass., sez.3, n.16754/2012). Essi risultano soggetti di una tutela di natura contrattuale secondo la teoria che ricollega il credito risarcitorio ai cosiddetti "doveri di protezione" nei confronti di parenti e conviventi. Su questo profilo, cfr. altresì L. LENTI, *Famiglia e danno esistenziale*, in P. CENDON – P. ZIVIZ (ed.), *Il danno esistenziale. Una nuova categoria della responsabilità civile*, Milano, 2000, pp. 255-256, per cui: «Il risarcimento del danno esistenziale dovrebbe avere la funzione di compensare la lesione di una sorta di normalità di vita, di una normalità però soggettivizzata secondo le aspettative e i progetti personali di ciascuno, ovvero in altre parole di ciò che ciascuno intende per «felicità» propria. (...) Quest'idea può anche essere opportunamente applicata ai rapporti tra estranei, che entrano in relazione tra loro in modo accidentale, come accade in caso di fatto illecito extracontrattuale, oppure in modo interamente collocato nel mondo e nella logica dei rapporti di scambio, come accade nel caso di inadempimento contrattuale. Ma i rapporti fra i membri della famiglia ristretta, quella cosiddetta nucleare, sono radicalmente diversi. Non sono rapporti fra estranei, casuali o fondati sullo scopo di scambio: sono anzitutto rapporti affettivi, che colpiscono e coinvolgono in modo profondo tutto l'essere delle persone; sono rapporti governati dalla logica della gratuità, del dono, cioè da una logica opposta a quella della corrispettività».

¹⁶ Cass., SS. UU., n.25767/2015, p. 18 del testo.

nel ricorso alla scelta abortiva: questa impostazione determinerebbe una indebita propagazione intersoggettiva dell'illecito (dal momento che renderebbe il medico autore mediato di un danno – la malformazione del nato – da lui non direttamente provocato), aprendo, come si è visto sopra – a contrario-, alla legittimazione al risarcimento del figlio anche nei confronti della madre che, pur edotta delle malformazioni del nascituro, decida di portare a termine la gravidanza. Quest'ultimo esito si porrebbe in aperto contrasto con la *ratio* della prioritaria tutela offerta dalla legge n.194 del 1978 al libero dispiegarsi della volontà della gestante rispetto alla semplice “vita in formazione”.

Le Sezioni Unite rafforzano l'argomentazione contraria al riconoscimento della legittimazione alla pretesa risarcitoria per il nato malformato, derivante dalla lesione del diritto a non nascere se non sano, con un corposo rinvio alla giurisprudenza maturata sul punto all'interno di ordinamenti stranieri. Esso dimostra come il risarcimento del nato malformato sia generalmente negato, sulla base: a) della considerazione per cui risulta improponibile, a fini risarcitori, un confronto tra vita malformata e non vita; b) della tendenza degli ordinamenti a compensare le difficoltà dell'esistenza malformata attraverso interventi di sostegno affidati alla solidarietà generale (con rifiuto di un utilizzo improprio dello strumento del risarcimento del danno in funzione “vicariale”).

Paradigmatico, in questo senso, è l'ampio rinvio all'*affaire Perruche*¹⁷ e alla conseguente *Loi Kouchner*¹⁸ con cui nell'ordinamento francese si è ristabilito il primato della legge nella determinazione del rigoroso perimetro entro cui la persona nata con un handicap dovuto a colpa medica può ottenere il risarcimento e nella più generale enunciazione per cui nessuno può far valere un pregiudizio consistente nel solo fatto di essere nato.

L'argomento conclusivo utilizzato dalle Sezioni Unite è, poi, quello del rifiuto di una reificazione dell'uomo: questa, infatti, si produce laddove l'unica vita degna di essere vissuta sia considerata quella caratterizzata da un'integrità psico-fisica piena, con il rischioso corollario per cui esisterebbero vite aventi minore valore di altre.

E sarebbe lo stesso giudizio di minor valore della vita malformata a legittimare un risarcimento del danno (prospettato dai ricorrenti) derivante dall'inserimento del nato in un ambiente familiare non preparato ad accoglierlo.

Questa impostazione, a giudizio delle Sezioni Unite, va rifiutata stante l'impossibilità di stabilire un nesso causale tra la condotta colposa del medico e la pluralità di sofferenze psico-fisiche cui il nato

¹⁷ Cour de Cassation, Assemblée Plénière, decisione n.99-13701 del 27 novembre 2000, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2001, I, p. 209 ss., con nota di E. PALMERINI, *Il diritto a nascere sani e il rovescio della medaglia: esiste un diritto a non nascere affatto?* e in *Danno e resp.*, 2001, p. 475 ss., con nota di M. GORGONI, *Nascere sani o non nascere affatto: verso un nuovo capitolo della storia della naissance d'enfants sains non désirés*. Sull'*Affaire Perruche* cfr. anche A. GUARNERI, *Nascita di un figlio malformato, errore diagnostico del medico e regola di responsabilità civile*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, p. 849 ss.; Sul dibattito accesosi in Francia in seguito a tale decisione, da ultimo, v. J.S. BORGHETTI, *Le préjudice de vie handicapée et les nouvelles fonctions de la responsabilité civile*, in *Recueil Dalloz*, 2010, p. 419 ss. e 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, p. 16 ss.

¹⁸ *Loi relative aux droits de malades et à la qualité du système de santé*, n. 2002-303 del 4 marzo 2002. In essa è previsto che la persona nata con un *handicap* dovuto a colpa medica possa ottenerne il risarcimento quando l'atto colposo abbia provocato direttamente, abbia aggravato l'*handicap* o non abbia permesso di prendere misure in grado di attenuarlo.

malformato sarò destinato nel corso della vita e con il rischio di una indebita «patrimonializzazione dei sentimenti, in una visione pan-risarcitoria dalle prospettive inquietanti»¹⁹.

3. Nella trama della decisione: la nascita indesiderata e la nascita malformata come tema e problema di diritto costituzionale

La pronuncia delle Sezioni Unite, con esiti alternativi rispetto alle pretese dei ricorrenti, fa chiarezza rispetto ai due punti controversi e sicuramente meglio definisce alcuni nodi problematici che caratterizzano i casi di *wrongful birth* e *wrongful life*. Volendo riassumere: a) si ammette che l'onere della prova (a carico della donna) relativo alla sua determinazione di abortire, se (*ex ante*) correttamente informata delle malformazioni del nascituro, possa essere assolto anche per via presuntiva attraverso lo strumento della *praesumptio hominis* (art.2729 cod. civ.) ossia dell'inferenza di un fatto ignoto da un fatto noto; b) si nega l'esistenza di un diritto a non nascere se non sani e della conseguente pretesa risarcitoria derivante dal fatto stesso di essere nato malformato.

Possiamo valutare se la selezione, operata dalle Sezioni Unite rispetto ad una pluralità di orientamenti contrastanti, abbia raggiunto un risultato coerente con i principi costituzionali invocati dai ricorrenti (in particolare, gli articoli 2, 3, 31 e 32 della Costituzione).

Senza dubbio l'articolo cardine è l'articolo 32 che tutela il diritto alla salute, obiettivo unitario che accomuna la protezione della donna gestante e del nascituro (se pure con il bilanciamento previsto dalla l. n.194/1978). Rispetto alle vicende che possano coinvolgere la salute della donna e del nascituro, la legge prevede –alle condizioni da essa previste – l'esercizio della libera autodeterminazione della donna nella scelta se proseguire o interrompere la gravidanza (in una visione, per così dire combinata, degli articoli 2 e 31 della Costituzione, in cui la protezione della maternità è obiettivo della Repubblica, ma, allo stesso tempo, opzione della donna gestante che alle condizioni di legge può sottrarsi).

Più problematico è l'intreccio tra gli articoli 2, 3 e 32 Cost. in relazione al nato malformato. Il danno da esso in ipotesi lamentato – nel presente caso, per il tramite dei genitori – deriva dal fatto stesso della nascita e postula una minore dignità della vita malformata rispetto vita sana, a tal punto minore da rendere in sostanza preferibile non essere nati. La sola misura del ripristino dell'eguaglianza rispetto alla vita sana sarebbe il risarcimento del danno di cui l'autore mediato sarebbe il sanitario che abbia omesso gli accertamenti necessari a fornire alla madre gestante le tutte le informazioni utili a determinarsi eventualmente ad abortire una volta accertate le malformazioni del feto. Tale risarcimento andrebbe calcolato non soltanto con riferimento alla nascita in sé (evento non voluto), ma anche con riguardo alla prospettiva dell'intero percorso di vita segnato dalla malattia, alle difficoltà della vita di relazione, all'inserimento in un ambiente familiare eventualmente non preparato ad accogliere un soggetto portatore di *handicap*.

Ci si potrebbe chiedere, a fronte della complessità e anche dell'ambivalenza rispetto a questi principi costituzionali, quale sia la posizione assunta dalle Sezioni Unite.

La prospettiva adottata appare essere quella della dignità: sia con riferimento alla posizione della madre, sia con riferimento alla posizione del nato malformato²⁰.

¹⁹ Cass. SS. UU. n. 25767/2015, p. 26 del testo.

Programmaticamente, nella decisione è precisato come non sempre siano perseguibili percorsi di giustizia sostanziale al di fuori delle coordinate giuridiche fornite dall'ordinamento. Né, d'altro canto, è auspicabile che sia la giurisprudenza a formulare orientamenti di valore, spesso viziati da pregiudizi e schieramenti ideologici. Il rifiuto dell'approccio giuspolitico (terreno di competenza esclusiva del legislatore) non esclude, tuttavia, l'interpretazione della disciplina vigente «nel più completo approfondimento delle potenzialità in essa insite [anche sulla base di] considerazioni antropologiche e soprattutto di equità, intesa come ragionevole attenuazione e modificazione apportata alla legge in virtù di particolari circostanze»²¹.

L'individuazione delle caratteristiche dell'onere della prova cui è assoggettata la donna nel caso specifico è una questione di autodeterminazione e perciò (anche) di dignità. La difficoltà di fornire *ex post*, la prova della effettiva volontà di abortire qualora *ex ante* adeguatamente informata delle malformazioni del nascituro impone alla donna la difficile dimostrazione non di un fatto storico, ma di un fatto psichico, di una volontà presunta. Per questo motivo le Sezioni Unite, contrariamente a quanto prospettato dalla Corte di Appello di Firenze, precisano che a tale onere è possibile assolvere anche in via presuntiva, dal momento che la prova del positivo esercizio della scelta abortiva «implica un impervio accertamento induttivo anche delle convinzioni di ordine umano, etico ed eventualmente religioso, oltre che delle condizioni di salute psico-fisica esistenti all'epoca, che avrebbero concorso a determinare l'incoercibile decisione di interrompere, o no, la gravidanza»²².

Le Sezioni Unite fanno a questo proposito, come si è avuto modo di vedere, riferimento alla *praesumptio hominis* di cui all'art.2729 cod. civ., e quindi della possibilità di desumere un fatto ignoto da un fatto noto, che può essere integrato da una serie di circostanze anche atipiche. Rispetto all'atipicità di queste circostanze ci si potrebbe chiedere quali fra di esse effettivamente possano venire in rilievo con riferimento alla relazione medico-paziente, costituendo oggetto di una comunicazione chiara e univoca (oltre che, eventualmente, di linee guida e buone pratiche accreditate²³) riguardante le determinazioni presenti e future della gestante²⁴.

²⁰ Sul tema della dignità in relazione al progresso scientifico, v. S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Roma – Bari, 2012, p. 184, il quale afferma che se l'età moderna è stata caratterizzata dalla “rivoluzione dell'eguaglianza”, «la “rivoluzione della dignità” segna un tempo nuovo, è figlia del Novecento tragico, apre l'era del rapporto tra persona, scienza e tecnologia». Parla di dignità come «simmetria delle relazioni» J. HABERMAS, *Il futuro della natura umana. I rischi di una genetica liberale*, Torino, 2002, p. 35, in contrapposizione al rischio di una progressiva tendenza alla «correzione dell'uomo» in ragione della «oggettivazione tecnica della natura umana», *ivi*, pp. 42-43. Il progresso tecnico-scientifico, che ha l'obiettivo di migliorare la qualità della vita e dunque la dignità degli esseri umani assume su di sé il rischio di condurre «to a new radical form of domination of some humans over others. In other words, science and technology, which are usually esteemed as expressions of human dignity, seem to blur the sharp boundaries between humanity and nature, and thus, erode the notion of dignity itself», R. ANDORNO, *The paradoxical notion of human dignity*, in *Riv. Int. Fil. Dir.*, 2, 2001, p. 165.

²¹ Cass., SS. UU., n.25767/2015, p. 13 del testo.

²² Cass, SS. UU., n.25767/2015, p. 9 del testo.

²³ A. QUERCI, *Le evoluzioni della responsabilità sanitaria, fra riforma Balduzzi, disegni di legge e novità giurisprudenziali*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 1, 2014, p. 24 ss.

²⁴ Come rilevato da G. FERRANDO, *Libertà, responsabilità e procreazione*, Padova, 1999, p. 196: «L'informazione del paziente si configura non tanto come presupposto del consenso –consenso che per essere libero e consapevole deve essere, appunto, informato – ma piuttosto come obbligo integrativo di quelli tipici della

4. Conclusioni. Essere o non essere? Un problema (e una risposta) di diritto positivo

Le Sezioni Unite, in premessa alla propria argomentazione in tema di insussistenza del diritto a non nascere se non sani, sottolineano come l'affermazione o la negazione dello stesso risponda a precisi orizzonti etici e filosofici, forse anche antropologici, i quali si ricollegano a principi talvolta eccentrici rispetto a quelli dell'ordinamento giuridico.

Alla domanda se sia meglio: "Essere o non essere?" le SS. UU. rispondono, convintamente: "Essere", nel senso di "essere per il diritto", in quanto la vita del soggetto è il presupposto stesso del diritto. Secondo questa impostazione, non solo il diritto a non nascere non è un diritto, ma il "bene" che pretende di tutelare, ossia la "non-vita", rende improduttivo lo stesso concetto di danno lamentato da chi non avrebbe mai voluto essere nato e perciò, nel presente caso, non consente la legittimazione al risarcimento dello stesso da parte del nato malformato.

Questa soluzione, che soltanto all'apparenza potrebbe sembrare affetta da formalismo, ha il pregio di affermare con forza (e il rinvio *all'affaire Perruche*, in questo senso, non appare scontato) il ruolo centrale della solidarietà generale, della «Solidarité envers les personnes handicapées» richiamata in Francia dalla *Loi Kouchner*. Essa ha il compito di promuovere, a un tempo, l'eguaglianza sostanziale e il diritto alla salute, il sostegno alle famiglie, all'infanzia e alla maternità.

Non a caso, proprio la legge n. 194 del 1978 sull'interruzione di gravidanza, all'articolo 2 fa riferimento anche a meccanismi di sussidiarietà orizzontale attraverso la collaborazione volontaria con i consultori da parte di idonee formazioni sociali di base e di associazioni del volontariato, con l'obiettivo – tra gli altri - di aiutare «la maternità difficile dopo la nascita»²⁵.

La legge n.194, che nella sua *ratio* e nella sua architettura complessiva costituisce il punto di partenza entro cui le Sezioni Unite elaborano la propria decisione e risolvono il duplice contrasto interpretativo, ne configura dunque anche il punto di arrivo: il riferimento alla "maternità difficile" prima e dopo la nascita rappresenta un orizzonte rispetto al quale giudici e legislatori, ciascuno secondo i rispettivi ambiti di competenza²⁶, non possono restare indifferenti.

prestazione professionale. In altre parole, tra le obbligazioni del medico va compresa non solo quella di curare bene il paziente, ma anche quella di dargli buoni consigli e giuste informazioni perché possa scegliere tra le varie soluzioni quella che ritiene migliore. (...) Si può dunque parlare di un vero e proprio obbligo di consulenza, distinto rispetto a quello di cura, il cui inadempimento o inesatto adempimento può essere fonte di responsabilità medica».

²⁵ In alcun modo il "peso" della sofferenza (eventualmente anche risarcibile) è occultato. Il legislatore lo contempla e non lo priva di valore, ma trova nella solidarietà generale il rimedio ad esso. A questo proposito, risultano ancora illuminanti le osservazioni di G. CALABRESI, *Il dono dello spirito maligno*, Milano, 1996, p. 119: «qualche volta la maniera migliore di affrontare un conflitto tra convinzioni morali è trovare un modo che mantenga il senso dell'offesa e, in un certo senso, preservi le convinzioni morali che escono sconfitte dal conflitto. Vale a dire, il perdente potrebbe essere più disponibile ad accettare la sconfitta, se il perdere non significasse che la società non considera più rilevanti i suoi valori».

²⁶ Come rilevato da P. CARETTI, *Il rapporto tra giudice e legislatore nella tutela dei diritti. Verso un nuovo equilibrio*, in A. GIORGIS – E. GROSSO – J. LUTHER (ed.), *Il costituzionalista riluttante. Scritti per Gustavo Zagrebelsky*, Torino, 2016, pp. 359-60 (corsivo testuale), risulta utile «prendere atto di un processo di trasformazione nei rapporti tra legislatore e giudice che ormai non appare più reversibile» ed essere consapevoli «che questo processo ha conosciuto e potrà conoscere anche fasi conflittuali, ma in una logica nella quale a prevalere dovrebbe essere il *necessario concorso* e il *reciproco condizionamento* di entrambi i soggetti nella realizzazione [e] attuazione del patrimonio rappresentato dai principi costituzionali».