

osservatorio medico-legale

a cura di Vittorio Fineschi

NASCITA INDESIDERATA

| 13 COLPA MEDICA, LA CASSAZIONE A SEZIONE UNITE FA IL PUNTO SUL DIRITTO DEL NEONATO MALFORMATO AL RISARCIMENTO DEL DANNO (*)

di **Paola Frati** – Ordinario di Medicina Legale nell'Università degli Studi di Roma La Sapienza

di **Emanuela Turillazzi** – Ordinario di Medicina Legale nell'Università degli Studi di Foggia

di **Matteo Gulino** – Dottore di ricerca

di **Raffaele La Russa** – Specialista in formazione nell'Università degli Studi di Roma

di **Mariantonia Di Sanzo** – Specialista in formazione nell'Università degli Studi di Roma

e di **Vittorio Fineschi** – Ordinario di Medicina Legale nell'Università degli Studi di Roma La Sapienza

La Corte di cassazione a Sezione Unite con la sentenza del 22 dicembre 2015, n. 25767, oggetto di commento, è stata chiamata dalla terza civile a dirimere un importante contrasto giurisprudenziale su una delle tematiche più attuali e controverse, anche a livello europeo, dell'inizio vita: il « *wrongful birth* » e il « *wrongful life* ». I motivi di ricorso presi in esame dall'organo giudicante di fatto vertono su due punti nodali: 1) il primo attiene all'onere probatorio e a chi questo competa ovvero se possa corrispondere a regolarità causale che la gestante interrompa la gravidanza, se informata di gravi malformazioni del feto, secondo un orientamento giurisprudenziale più risalente nel tempo; oppure se sia da escludere tale presunzione semplice, ponendo a carico della parte attrice di allegare e dimostrare che, se informata delle malformazioni del concepito, avrebbe interrotto la gravidanza, secondo l'orientamento più recente; 2) il secondo motivo di ricorso solleva un contrasto giurisprudenziale ancora più netto, interessando la questione della legittimazione del nato a pretendere il risarcimento del danno a carico del medico e della struttura sanitaria. La Corte di Cassazione a Sezione Unite ha accolto il primo motivo di ricorso con rinvio alla Corte d'Appello di Firenze, in diversa composizione, per un nuovo giudizio, e rigettato il secondo.

The Supreme Court of Cassation in Joint Sitting, with the judgment no. 25767 of 22nd December 2015, was called to solve an important conflict of the case law about one of the most actual and controversial topics, also in Europe, regarding the beginning of life: the "wrongful birth" and "wrongful life". The grounds of appeal examined by the Court focus on two key points: 1) the first one concerns the issue of the burden of proof and of who is responsible for it, i.e. if the pregnant woman, informed of severe fetal malformations, is allowed to interrupt the pregnancy, according to an elder case-law trend; or if this simple presumption is to be excluded, charging the complaining party to demonstrate that, if informed of the presence of fetal malformations, she would have terminated the pregnancy, according to a more recent trend; 2) the second one raises an even more sharp jurisprudential conflict, concerning the issue of the legitimacy of the child's request of compensation borne by the physician and the related health-care structure. The Supreme Court of Cassation in Joint Sitting, admitted the first ground of appeal referring to the Court of Appeal of Florence, in different composition, for a new judgment, and rejected the second one.

(*) Contributo approvato dai Referee.

Sommario 1. Il fatto. — 2. L'onere della prova. — 3. Il nato malformato. — 4. Conclusioni.

1. IL FATTO

La Corte di cassazione a Sezioni Unite, con la sentenza del 22 dicembre 2015, n. 25767⁽¹⁾, è stata chiamata dalla terza Sezione civile a dirimere il contrasto giurisprudenziale inerente il delicato problema del risarcimento del danno in caso di omessa diagnosi prenatale di malformazioni fetali e conseguente nascita indesiderata di bambina affetta da sindrome di Down.

Questi i fatti: nel maggio del 1997, una coppia di genitori convenne in giudizio il ginecologo, il primario del laboratorio delle analisi chimiche microbiologiche e la relativa struttura sanitaria assumendo che: 1) la signora B. aveva partorito in data 2 dicembre 1995 la figlia C., risultata affetta da sindrome di Down; 2) che in precedenza, in data 5 luglio 1995, aveva eseguito esami ematochimici a scopo di indagine diagnostica prenatale, proprio al fine di identificare tale eventuale patologia; 3) che il primario ginecologo inviava la paziente al parto, omettendo, colposamente, ulteriori approfondimenti, resi necessari dai valori non corretti risultanti dagli esami.

Questo costituitosi insieme alla struttura sanitaria e all'Assicurazione negava la propria responsabilità, assumendo che i risultati degli esami non erano tali da indurre al sospetto della sindrome di Down. Il Tribunale adito, con la sentenza del 13 ottobre 2003, rigettava la domanda attorea ed anche il successivo gravame era respinto dalla Corte d'appello di Firenze con sentenza 15 maggio 2008. In particolare, la Corte territoriale osservava, in tema di onere probatorio, come il risarcimento del danno non consegua automaticamente all'inadempimento dell'obbligo di esatta informazione a carico del sanitario su possibili malformazioni del nascituro, bensì sia soggetto alla prova della sussistenza delle condizioni previste dalla legge 22 maggio 1978, n. 194 per ricorrere all'interruzione della gravidanza. Con riferimento a tale normativa, statuiva come quest'ultima sia consentita per evitare un pericolo per la salute della gestante e subordinata a requisiti specifici, in assenza dei quali l'aborto costituisce reato.

In particolare, dopo il novantesimo giorno di gravidanza, occorre, per la Corte d'Appello che accertati processi patologici, tra cui quelli relativi a rilevanti anomalie o malformazioni nel feto, determinino un grave pericolo per la salute fisica o psichica della madre, su cui incombe il relativo onere della prova ai sensi dell'art.6 della legge citata.

Per il giudicante, sul punto, gli attori non avevano fornito nessuna specifica allegazione, limitandosi ad affermare che corrispondeva a regolarità causale il rifiuto della gestante, se correttamente informata, di portare a termine la gravidanza. Contro tali motivazioni della Corte d'Appello, i sigg. F. e B, in proprio e quali genitori esercenti la potestà sulla figlia minore C., proponevano ricorso per Cassazione, articolandolo sostanzialmente in due motivi:

- 1) violazione degli articoli 1176 e 2236 c.c. e dell'art.6 della legge 22 maggio 1978, n. 194,

⁽¹⁾ Il testo della sentenza Sez. Un. civ., 22 dicembre 2015, n. 25767, si legge in questa *Rivista*, *retro*, ..., con i commenti di GORGONI, *Una sobria decisione « di sistema » sul danno da nascita indesiderata*, ...; e annotazioni di F.A BENATTI, *Quando il giudice incontra l'etica*, ...

per aver attribuito alla gestante l'onere della prova del grave pericolo per la sua salute fisica o psichica dipendente dalle malformazioni del nascituro: per i ricorrenti, invece, l'impedimento all'esercizio del diritto di interrompere la gravidanza è, di per sé, sufficiente a integrare la responsabilità del medico con il conseguente suo obbligo al risarcimento; 2) violazione degli articoli 2, 3, 31 e 32 della Costituzione e della legge 29 luglio 1975, n. 405, a causa della negazione, alla figlia minore, del diritto ad un'esistenza sana e dignitosa, nella specie, compromessa dai pregiudizi correlati alla presenza di malformazioni genetiche.

La Terza Sezione civile, destinataria del ricorso, «ravvisando un contrasto di giurisprudenza nei precedenti arresti di legittimità, rimetteva la causa al Primo Presidente per l'eventuale assegnazione alle Sezioni Unite» e così è stato.

La sentenza del 22 dicembre 2015, n. 25767, della Corte di cassazione a Sezioni Unite si pone alla fine di tale lungo *iter* giudiziario.

2. L'ONERE DELLA PROVA

La sentenza oggetto di commento offre importanti spunti di riflessione sul delicato e controverso aspetto dell'onere probatorio in tema di risarcimento dei danni per nascita indesiderata. Il giudicante definisce tale categoria di danno come appartenente al cosiddetto «*wrongful birth lawsuit*», intendendo invece con l'espressione «*wrongful life*» la *causa petendi* dell'azione esercitata in proprio dal figlio. Già questa importante prima annotazione costituisce una puntualizzazione interessante rispetto alle pronunce precedenti che, tendenzialmente, operavano la sola distinzione fra «*wrongful birth*» e «*wrongful life*»⁽²⁾. La parte iniziale della sentenza affronta, preliminarmente, la ratio della legge 22 maggio 1978, n. 194, collocandosi in un'ottica di stretta demarcazione degli ambiti operativi della stessa. Fondamento della norma per il giudicante è il confronto degli interessi e dei diritti protetti, essendo stata introdotta dal legislatore alla fine degli anni '70 con essa, nel nostro ordinamento, la possibilità legale di ricorrere all'aborto grazie alla legittimazione dell'autodeterminazione della donna a tutela della sua salute e non solo della sua vita. Ma, sempre nel rispetto di condizioni rigorose, espressione di un bilanciamento di esigenze di primaria rilevanza. Tale impostazione si discosta profondamente dal razionale giuridico che ha pervaso la sentenza del 2 ottobre 2012, n. 16754, della Corte di cassazione, terza civile, oggetto da parte nostra di precedente commento⁽³⁾. La pronuncia ricordata suscitò, ai tempi, un acceso dibattito politico e scientifico, essendo stata stigmatizzata, da alcuni, come evocatrice di un presunto «diritto all'aborto» e della possibilità di ricorrere alla interruzione di gravidanza su base eugenetica, smentendo, così, la filosofia di fondo della legge 194/1978 per la quale il ricorso alla interruzione di gravidanza viene accettato sulla base della necessità di tutelare la vita o la salute fisica o psichica della donna.

⁽²⁾ CARUSI, *Fallito intervento di interruzione di gravidanza e responsabilità medica per omessa informazione: il danno da procreazione nella giurisprudenza della Cassazione italiana e nelle esperienze straniere*, in *Rass. dir. civ.*, 1996, 343; CATENI-FINESCHI, *Ecografia ostetrica e negata informazione alla madre di malformazioni fetali: è tale da configurare il rifiuto di atti d'ufficio?*, in *Riv. it. med. leg.*, 1998, 123; BONA, *Mancata diagnosi di malformazioni fetali: responsabilità del medico ecografista e risarcimento del danno esistenziale da wrongful birth*, in *Giur. it.*, 1999, 1033; GORGONI, *Interruzione della gravidanza tra omessa informazione e pericolo per la salute (psichica) della partoriente*, in *Danno resp.*, 1999.

⁽³⁾ FRATTI-GULINO-ZAAMI-TURILLAZZI, *Quanta informazione a fine diagnostico prenatale? La Suprema Corte statuisce che sia completa, determinante e funzionale alle richieste ed alle scelte materne*, in questa *Rivista*, 2013, 334.

La sentenza del 2012, in realtà, ha operato una radicale distinzione: da un lato la dimensione di liceità giuridica e penale della interruzione di gravidanza, il cui indefettibile presupposto è la tutela della vita o della salute fisica/psichica della donna; dall'altro la risarcibilità delle conseguenze derivate alla madre (e non solo) da una condotta sanitaria che privi la stessa del suo inalienabile diritto ad essere informata e a perseguire scelte consapevolmente informate in materia di procreazione cosciente e responsabile.

Come da noi già osservato, per il giudicante del 2012 non occorre, ai fini del risarcimento del danno, la prova, da parte della donna, che questa, informata della malformazione fetale, avrebbe interrotto la gravidanza. «Infatti in merito il giudice ha chiarito che, in presenza di una precisa istanza diagnostica formulata dalla gestante, *«espressamente funzionale ad un'eventuale interruzione della gravidanza»*, opera una presunzione d'insorgenza a carico della donna stessa, a seguito della nascita *«indesiderata»* di un figlio malformato, di una patologia di natura psico-fisica»⁽⁴⁾.

La pronuncia della Corte di cassazione a Sezioni Unite si discosta da tali argomentazioni pur accogliendo il ricorso di parte attorea ma con motivazioni differenti. Solo nella premessa delle proprie argomentazioni sembra allinearsi con la pronuncia precedente. Ricorda, infatti, come, dopo il novantesimo giorno di gravidanza, la presenza delle condizioni ivi rigorosamente tipizzate abbia non solo efficacia esimente da responsabilità penale, ma generi un vero e proprio diritto all'autodeterminazione della gestante di optare per l'interruzione della gravidanza, così come sancito dall'art. 6 della legge n. 194/1978.

Il dettato normativo trova rispondenza assiologica del resto nel principio costituzionale di non equivalenza tra la salvezza della madre, già persona, e quella dell'embrione, che persona deve ancora diventare⁽⁵⁾. Interessante è anche quanto emerge fra le righe della sentenza e cioè che *«l'impossibilità della scelta della madre, pur nel concorso delle condizioni di cui all'art. 6, imputabile a negligente carenza informativa da parte del medico curante, è fonte di responsabilità civile. La gestante, profana della scienza medica, si affida, di regola, ad un professionista, sul quale grava l'obbligo di rispondere in modo tecnicamente adeguato alle sue richieste; senza limitarsi a seguire le direttive della paziente, che abbia espresso, in ipotesi, l'intenzione di sottoporsi ad un esame da lei stessa prescelto, ma tecnicamente inadeguato a consentire una diagnosi affidabile sulla salute del feto»*. Ma subito aggiunge: *«occorre però che l'interruzione sia legalmente consentita — e dunque, con riferimento al caso in esame, che sussistano, e siano accertabili mediante appropriati esami clinici, le rilevanti anomalie del nascituro e il loro nesso eziologico con un grave pericolo per la salute fisica o psichica della donna — giacché, senza il concorso di tali presupposti, l'aborto integrerebbe un reato; con la conseguente esclusione della stessa anti-giuridicità del danno, dovuto non più a colpa professionale, bensì a precetto imperativo di legge. Oltre a ciò, deve essere altresì provata la volontà della donna di non portare a termine la gravidanza, in presenza delle specifiche condizioni facoltizzanti»*.

In merito all'onere probatorio, il giudicante sottolinea come questo sia rappresentato da un fatto complesso o preferibilmente un accadimento composto da molteplici circostanze e comportamenti proiettati nel tempo: non solo la rilevante anomalia del nascituro e l'omessa

⁽⁴⁾ FRATI-GULINO-ZAAMI-TURILLAZZI, *op. cit.*

⁽⁵⁾ Corte cost., 18 febbraio 1975, n. 20

informazione da parte del medico, ma anche il grave pericolo per la salute psicofisica della donna e, soprattutto, la prova e non la presunzione della volontà abortiva della donna.

Sul punto, prima di passare alla disamina delle argomentazioni avanzate nella sentenza in commento, è opportuno tracciare il percorso giurisprudenziale della Corte di Cassazione, non sempre univoco, che ha giustificato il ricorso alle Sezioni Unite.

L'orientamento, forse più consolidato e uniforme nel tempo in materia di onere probatorio e accertamento del nesso causale fra la mancata informazione e l'esercizio del diritto d'aborto, ha sempre preteso anche la prova che, se adeguatamente informata circa le anomalie del feto, nella madre sarebbe insorta una patologia fisica o psichica tale da poter legittimare il ricorso alla IVG. In molte sentenze si sancisce l'onere in capo alla parte attrice di allegare e dimostrare, con riguardo alla situazione concreta, la sussistenza delle condizioni legittimanti l'interruzione della gravidanza ovvero che la conoscibilità, da parte della stessa, dell'esistenza di rilevanti anomalie o malformazioni del feto avrebbe generato uno stato patologico tale da mettere in pericolo la sua salute fisica o psichica ⁽⁶⁾.

In dottrina tale orientamento giurisprudenziale trova conforto nel pensiero che quando l'informazione non sia aderente ad una decisione di tipo terapeutico in senso stretto, può, comunque, essere considerata alla stregua di un antecedente causale di una serie di altre scelte di natura esistenziale e familiare oltre che terapeutiche, acquistando autonomia rispetto alla tutela del diritto alla salute in senso stretto. Tuttavia, se è vero che la mancata o erronea informazione ha leso il diritto di autodeterminazione, è altrettanto vero che essa deve necessariamente essere posta in relazione di strumentalità con la scelta che si è fatta e che non si sarebbe fatta o che sarebbe stata fatta a condizioni diverse se si fosse stati correttamente informati. L'impostazione ripudia il ricorso alle tecniche di presunzione in materia di onere probatorio, contrapponendosi all'orientamento minoritario, ma pur sempre presente nella giurisprudenza di legittimità, che non riteneva necessario accertare quale sarebbe stata la condotta della gestante. Tale assunto si basava sulla considerazione che, comunque, l'errore sanitario sia in grado di stroncare sul nascere qualunque possibilità di scelta e di autodeterminazione, precludendo alla donna, una volta e per tutte, l'esercizio di una facoltà riconosciuta dalla legge. «Insomma, la tendenza è stata quella di ritenere rispondente alla normale regolarità causale che la gestante avrebbe interrotto la gravidanza se informata delle gravi malformazioni del feto e perciò ha reputato corretto ricondurre al difetto di informazione il mancato esercizio di quella facoltà» ⁽⁷⁾. Nei fatti, la

⁽⁶⁾ Cass. civ., 10 dicembre 2013, n. 27528. In particolare nella seguente massima di Cass. civ., 22 marzo 2013, n. 7269: «nel giudizio promosso dai genitori per il risarcimento del danno cosiddetto da nascita indesiderata (derivante da responsabilità del medico per la mancata tempestiva diagnosi delle malformazioni fetali, che ha privato la donna della possibilità di abortire) è a carico di parte attrice l'onere di dimostrare che se, fosse stata correttamente informata della malattia del concepito, avrebbe interrotto la gravidanza; ed il rifiuto dell'attrice di sottoporsi ad esami specifici ed invasivi fatto valere dal sanitario a controprova, per i rischi connessi a tale tipo di esame, è indice dei caratteri di univocità e gravità, allorché espresso in un contesto diagnostico non allarmante, di tal che la percezione del pericolo di danneggiare inutilmente un feto sano è ragionevolmente più forte del timore di mettere al mondo un bambino gravemente malato». Vedi anche: Cass. civ., 2 ottobre 2012, n. 16754; Cass. civ., 13 luglio 2011, n. 15386; Cass. civ., 2 febbraio 2010, n. 2354; Cass. civ., 4 gennaio 2010, n. 13; Cass. civ., 29 luglio 2004, n. 14488; Cass. civ., 22 marzo 2013, n. 7269; Cass. civ., 10 novembre 2010, n. 22837.

⁽⁷⁾ GORGONI, *La responsabilità sanitaria per nascita indesiderata: in attesa delle Sezioni Unite*, in questa *Rivista*, 2015, 695; Cass. civ., 24 marzo 1999, n. 2793, in *Danno resp.*, 2009, 766 ss., con nota di GORGONI, *Interruzione volontaria della gravidanza tra omessa informazione e pericolo per la salute (psichica) della partorientente*; Cass.

mera richiesta di accertamento diagnostico, piuttosto che un indizio che il giudice avrebbe dovuto riempire di significato, ha finito per determinare un automatismo probatorio che, a cascata, si è tradotto in automatismo risarcitorio, trasformando la responsabilità in una sorta di « vicenda para-assicurativa »⁽⁸⁾.

L'orientamento appena ricordato è stato sottoposto a critica da significative pronunce della stessa Sezione III, a partire dalla già ampiamente ricordata sentenza n. 16754/20012 che ha evidenziato come — in mancanza di una preventiva « espressa e inequivoca dichiarazione della volontà di interrompere la gravidanza in caso di malattia genetica » — la mera richiesta di un accertamento diagnostico costituisca un « indizio isolato ... del fatto da provare (l'interruzione di gravidanza) », dal quale « il giudice di merito è chiamato a desumere, caso per caso, senza il ricorso a generalizzazioni di tipo statistico », se « tale presunzione semplice possa essere sufficiente a provare quel fatto », non potendo pertanto riconoscersi una « automatica significazione richiesta di diagnosi = interruzione di gravidanza in caso di diagnosi di malformazioni ». La conseguenza è che, la mancanza di qualsivoglia elemento che colori processualmente la presunzione de qua insieme al principio di vicinanza alla prova e alla estrema difficoltà (ai confini con la materiale impossibilità) di fornire la prova negativa di un fatto, inducono 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. È sempre la Corte di cassazione a ricordare come, inoltre, è onere della parte attrice allegare e dimostrare che, se fosse stata informata delle malformazioni del concepito, avrebbe interrotto la gravidanza e che « tale prova non può essere desunta dal solo fatto che la gestante abbia chiesto di sottoporsi ad esami volti ad accertare l'esistenza di eventuali anomalie del feto, poiché tale richiesta è solo un indizio privo dei caratteri di gravità ed univocità », ribadendosi che il rischio della mancanza o della insufficienza del quadro probatorio acquisito andrà a suo carico, fermo restando, tuttavia, che l'accertamento « va condotto con giudizio *ex ante*, di talché ciò che si è effettivamente verificato successivamente può avere solo valore indiziario o corroborativo, ma non decisivo »⁽⁹⁾.

Sulla scia di tale tendenza giurisprudenziale e tornando alla sentenza delle Sezioni Unite, l'attenzione del giudicante si concentra sul fatto che la prova in caso di danno da nascita indesiderata verte anche su un fatto psichico o, meglio ancora, su uno stato psicologico, un'intenzione, un atteggiamento volitivo della donna a cui la legge riconosce, comunque, rilevanza giuridica. La difficoltà nel fornirne una rappresentazione immediata e

— — — — —
 civ., 14 luglio 2006, n. 16123, in questa *Rivista*, che ricorda alcune affermazioni giurisprudenziali « una diversa soluzione 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 ».

⁽⁸⁾ Cass. civ., 22 marzo 2013, n. 7269, in questa *Rivista*, 2013, 1506, con nota di DELLA CORTE, *Nascita indesiderata per omessa diagnosi: onere probatorio, interesse leso e danno risarcibile*; in *Fam. dir.*, 2013, 1095, con nota di AMATO, *Omessa diagnosi prenatale: regime dell'onere probatorio e rilevanza dell'obbligo informativo*; in *Danno resp.*, 2013, 1076, con nota di TRECCANI, *Richiesta di accertamento diagnostico e onere della prova: i primi punti fermi della Corte di Cassazione*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, I, 1082, con nota di PUCCELLA, *Legittimazione all'interruzione di gravidanza, nascita "indesiderata" e prova del danno*; Cass. civ., 10 dicembre 2013, n. 27528, in *Giur. it.*, 2014, 1585, con nota di COPPO, *La prova del nesso nei giudizi di responsabilità prenatale*.

⁽⁹⁾ Cass. civ., 22 marzo 2013, n. 7269.

diretta è oggetto di ampia dissertazione da parte del giudice. Non consistendo in un oggetto di prova in senso stretto, sembra vertere più su una ipotesi che su un fatto storico, richiamando così responsabilmente le parti interessate alla dimostrazione di altre circostanze, dalle quali si possa ragionevolmente ricavare, per via induttiva, l'esistenza del fatto psichico che si vuole accertare. Il passo successivo è l'utilizzo del parametro, ormai proprio della giurisprudenza civilistica, del più probabile che no inteso secondo la concezione quantitativa o statistica delle probabilità come frequenza di un evento o di una serie di possibilità date. Nel caso in esame, in primo e secondo grado, è stato riconosciuto il difetto di prova da parte della gestante circa la propria scelta abortiva che avrebbe dovuto interessare anche un impervio accertamento induttivo inerente anche le condizioni di ordine umano ed eventualmente religioso, oltre che delle condizioni psico-fisiche esistenti all'epoca della gestazione, fattori tutti concorrenti nell'assunzione della decisione di esercitare o meno l'IVG. Sulla scorta di tale mancato assolvimento dell'onere probatorio, non veniva ammessa nemmeno la CTU. Tale decisione non sembra soddisfare nel terzo grado di giudizio. Riferendosi alla cosiddetta *praesumptio hominis*, confacente ai requisiti di cui all'art. 2729 c.c., relativa all'inferenza del fatto ignoto da fatto noto, per il giudice è possibile il ricorso alle correlazioni statisticamente ricorrenti secondo la regola dell'*id quod plerumque accidit*, ma anche il riferimento a circostanze contingenti, eventualmente atipiche, emergenti dai dati istruttori raccolti. Qualche esempio? Il ricorso al consulto medico per conoscere le condizioni del nascituro, le precarie condizioni psicofisiche della gestante, le pregresse manifestazioni di pensiero attestanti una propensione verso l'ipotesi abortiva nel caso di gravi malformazioni.

Per la Corte di cassazione a Sezione Unite è questo il tema d'indagine principale, ovvero quello delle inferenze che dagli elementi di prova possono essere tratte. «Al fine di attribuire gradi variabili di conferma delle ipotesi vertenti su fatti che si tratta di accertare, secondo un criterio di regolarità causale: restando sul professionista la prova contraria che la donna non si sarebbe determinata comunque all'aborto, per qualsivoglia ragione a lei personale». La sentenza della Corte d'Appello viene, quindi, cassata con rinvio proprio per le motivazioni elencate. Si è fermata all'enunciazione corretta del principio generale ed astratto del riparto dell'onere probatorio ma non ha preso in considerazione la possibilità di una prova presuntiva, in concreto desumibile dai fatti allegati.

3. IL NATO MALFORMATO

In merito al secondo motivo di ricorso il contrasto giurisprudenziale è ancora più netto e marcato poiché, a fronte di un orientamento che aveva sempre negato tale possibilità, la sentenza già più volte citata (n. 16754/2012) statuiva, viceversa, tale diritto con la seguente motivazione: «Nel caso in cui il medico ometta di segnalare alla gestante l'esistenza di più efficaci test diagnostici prenatali rispetto a quello in concreto prescelto, impedendole così di accertare l'esistenza di una malformazione congenita del concepito, quest'ultimo, ancorché privo di soggettività giuridica fino al momento della nascita, una volta venuto ad esistenza ha il diritto, fondato sugli artt. 2,3,29,30 e 32 Cost., ad essere risarcito, da parte del sanitario, del danno consistente nell'essere nato non sano, rappresentato dall'interesse ad alleviare la propria condizione di vita impeditiva di una libera estrinsecazione della personalità».

La ratio giustificatrice utilizzata dall'estensore della sentenza si fonda sul presupposto che il diritto al risarcimento del danno è riconosciuto al nato malformato come ristoro non del suo diritto a nascere sano ma per la diretta violazione del suo diritto alla salute. Come già da noi ricordato nel nostro precedente commento oggetto del risarcimento è, dunque, la nascita «*malformata*» apportatrice nel dipanarsi della vita quotidiana di un «*perdurante e irrimediabile stato di infermità*». Una esistenza diversamente abile e non una condizione deteriore dell'essere negativamente caratterizzata; una condizione, quindi, esistenziale emendabile in termini risarcitori affinché quella condizione umana ne risulti alleviata, assicurando al minore una vita meno disagiata. Una vita, quindi, carica di sofferenze, menomazioni, dolori, disagi, così da potersi qualificare, in senso solo giuridico, e non certo morale, come «*sbagliata*». Si tratta, cioè, di «*situations in which the burdens of life outweigh its benefits, thereby enabling life to be termed "wrongful" in life*»⁽¹⁰⁾.

Non è, quindi, nella antinomia vita-non vita che va misurato il danno subito dal bambino né una ipotizzata «*non meritevolezza di una vita handicappata*», ma, viceversa, «*lo stato funzionale di infermità, la condizione evolutiva della vita handicappata intese 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*».

Nessuna distinzione, quindi, fra vita degna e non degna di essere vissuta, ma un forte riferimento al bene «*salute*», costituzionalmente garantito, indipendentemente dalla qualità della vita stessa e dalle percezioni soggettive che di detta qualità si possono avere, salute intesa «*non soltanto nella dimensione statica di assenza di malattia, ma come condizione dinamico/funzionale di benessere psico-fisico*».

La «*tragicità*» di un handicap particolarmente grave, che è e sarà per tutta la vita parte costitutiva della biografia della bambina e che nulla toglie alla sua dignità di essere umano, giustifica la più ampia tutela risarcitoria sia nei suoi confronti che nei confronti di tutti gli altri soggetti (familiari) coinvolti»⁽¹¹⁾.

Fulcro della disputa giurisprudenziale è, quindi, se il concepito possa essere considerato soggetto di diritto o diversamente oggetto di tutela e se possa essere lui stesso destinatario del risarcimento del danno»⁽¹²⁾.

La Corte di cassazione a Sezione Unite fa il punto, delegittimando le argomentazioni della sentenza fino ad ora richiamata. Il ragionamento sottolinea, comunque, fin dall'inizio la delicatezza della fattispecie, impregnata di istanze filosofiche e antropologiche, in favore o contro la presunzione *iuris et de iure* di preferibilità alla vita. Per il giudicante momento fondante è quello rappresentato dalla legittimazione ad agire di chi, al momento della condotta del medico, non era ancora soggetto di diritto secondo quanto sancito dall'art. 1 c.c. in merito all'acquisizione della capacità giuridica. La disciplina che riconosce diritti in favore del nascituro, la cui acquisizione è comunque subordinata alla nascita, ha, infatti, carattere eccezionale ed opera in deroga al principio generale secondo cui non può reclamare un diritto chi al momento della sua genesi non era ancora esistente o non era più. La

⁽¹⁰⁾ JACKSON-PHIL, *Wrongful life and wrongful birth. The English conception*, in *J. Legal Medicine*, 1996, 349.

⁽¹¹⁾ FRATI-GULINO-ZAAMI-TURILLAZZI, *op. cit.*

⁽¹²⁾ CARBONE, *La legittimazione al risarcimento spetta direttamente al concepito nato malformato per errata diagnosi*, in *Danno resp.*, 2013, 139, con nota di CACACE, *Il giudice "rottamatore" e l'enfant préjudice*; in *Giur. it.*, 2013, 4, con nota di CRICENTI, *Il concepito e il diritto di non nascere*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, I, 175, con nota di PALMERINI, *Nascite indesiderate e responsabilità civile: il ripensamento della Cassazione*.

fattispecie in esame verrebbe a creare un diritto adespota, in palese contrasto con i principi generali del nostro ordinamento. Le Sezioni Unite, tra l'altro, non considerano indispensabile elevare il nascituro a soggetto di diritto con capacità giuridica, in palese contrasto con l'art. 1 del codice civile, per garantire l'astratta legittimazione del figlio disabile, in ossequio al convincimento tradizionale, ormai superato, che per proteggere una certa entità sia necessario qualificarla come soggetto di diritto. Già anni orsono è stato affermato che, una volta accertata l'esistenza di un rapporto di causalità tra un comportamento colposo, anche se anteriore alla nascita, ed il danno conseguente del soggetto poi venuto ad esistenza, si configura in capo a questo il diritto al risarcimento⁽¹³⁾.

Ma è altrettanto vero che tale tutela può essere offerta al nascituro considerandolo anche oggetto di tutela, principio del resto proprio sia della normativa sull'IVG che sulla procreazione assistita ma anche su quella istitutiva dei consultori familiari.

In questa ottica, nel caso di danno da nascita malformata il medico potrebbe essere l'autore mediato del danno, per aver privato la madre di una facoltà a lei riconosciuta dalla legge, tramite una condotta omissiva in rapporto di causalità con la nascita indesiderata. Di fatto costituirebbe un'ipotesi del tutto simile a quella della responsabilità del medico per omessa informazione ai genitori della pericolosità di un farmaco somministrato per stimolare l'attività riproduttiva.

Tutto ciò premesso, però, le Sezioni Unite virano ed affrontano il delicato concetto del danno-conseguenza, inteso come avere di meno a causa dell'illecito. È su questo versante che non si può considerare ammissibile la ricostruzione del danno da nascita indesiderata in capo al nascituro come oggetto di tutela. «Dal momento che il secondo termine di paragone, nella comparazione tra le due situazioni alternative, prima e dopo l'illecito, è la non vita, da interruzione della gravidanza» la tesi dei ricorrenti non è ammissibile. Per il giudicante «la non vita non può essere un bene della vita e tantomeno può esserlo, per il nato, retrospettivamente l'omessa distruzione della propria vita che è il bene per eccellenza al vertice della "scala assiologia dell'ordinamento" ... Il supposto interesse a non nascere mette in scacco il concetto stesso di danno. Se ne farebbero interpreti unilaterali i genitori nell'attribuire alla volontà del nascituro il rifiuto di una vita segnata dalla malattia e come tale indegna di essere vissuta». Non si può parlare, quindi, di un diritto a non nascere.

Anche in merito alla possibilità di riconoscere il risarcimento del danno al padre e ai fratelli del nato malformato, le Sezioni Unite sollevano censure. A differenza della madre, infatti, potrebbero addirittura avvantaggiarsi di un regime probatorio più favorevole, non dovendo provare il pericolo per la propria salute contemplato dalla legge sull'IVG pur potendo effettivamente, però, per loro, a differenza del nato malformato, configurarsi la fattispecie del danno conseguenza. Infatti, la comparazione può essere effettuata tra due situazioni soggettive omogenee e cioè la qualità della vita prima e dopo la nascita del bambino.

La parte finale della sentenza è, infine, dedicata ad una disamina in chiave comparatistica dei diversi ordinamenti stranieri per lo più accomunati dalla negazione del diritto al risarcimento in capo al nato malformato, riconoscendolo invece ai genitori⁽¹⁴⁾. La *ratio* è la stessa, ovvero l'impossibilità di operare un confronto fra vita con malattia e non vita e la

⁽¹³⁾ Cass. civ., 22 novembre 1993, n. 11503.

⁽¹⁴⁾ In America per lo più ma anche in Germania e nel Regno Unito.

convinzione che la patologia, non imputabile comunque a condotta medica, possa trovare adeguato ristoro grazie a meccanismi di sostegno garantiti dalla solidarietà sociale. È quanto affermato dalla Cour de Cassation Assemblée plénière nel 2000 con il celebre caso *Perruche*: nessuno può «far valere un pregiudizio derivante dal solo fatto della nascita e che la persona nata con un handicap dovuto a colpa medica può ottenere il risarcimento quando l'atto colposo ha provocato direttamente o ha aggravato l'handicap o non ha permesso di prendere misure in grado di attenuarlo ... di fatto ponendo a carico della solidarietà nazionale l'assistenza dei nati handicappati»⁽¹⁵⁾. Le Sezioni Unite, accogliendo tale impostazione, non concordano nemmeno sulla legittimità giuridica del contratto con effetti protettivi verso terzi, di matrice tedesca.

4. CONCLUSIONI

Le Sezioni Unite civili della Corte di cassazione hanno risolto, così, il delicato contrasto giurisprudenziale concernente l'onere probatorio per il risarcimento del danno da nascita indesiderata e la legittimità del cd. diritto a non nascere.

In merito al primo aspetto, la sentenza richiama un principio generale di serietà nell'offerta e nella formazione della prova, lontano dagli echi della presunzione legale e rispettoso viceversa della c.d. «*praesumptio hominis*», prevista dall'art. 2729 c.c. Lo schema è quello rappresentato dall'inferenza del fatto ignoto da un fatto noto, avvalorata non solo da dati statistici ma anche da circostanze contingenti, anche atipiche, comunque da raccogliere ed evidenziare da parte degli interessati. È su questo punto che le Sezioni Unite hanno cassato la sentenza della Corte d'Appello perché, pur avendo utilizzato linee argomentative generali soddisfacenti, ha ommesso di considerare la possibilità della prova presuntiva comunque corroborata dalla serietà, potremmo dire dal «peso» scientifico e non solo dei fatti allegati.

In merito al secondo motivo di ricorso, la Sezioni Unite, ripercorrendo i principali motivi di contrasto circa il diritto del nato malformato al risarcimento del danno, sembrano calare definitivamente un velo su tale possibilità. Pur riconoscendo la drammaticità delle questioni sottese alla nascita di un bambino «diversamente abile», considerano tale diritto adespota e, soprattutto, affermano come il «supposto interesse a non nascere metta in "scacco il concetto stesso di danno"». Nell'ordinamento italiano non è possibile trovare riferimenti al diritto alla non vita, non rintracciabile nemmeno nel cosiddetto diritto «a staccare» la spina, che implica comunque una manifestazione positiva di volontà *ex ante*. Come lasciare una via aperta ad un futuro riconoscimento giuridico per le direttive anticipate di trattamento ... Ancora, per le Sezioni Unite non può essere riconosciuta la facoltà ai genitori di farsi *interpreti unilaterali nell'attribuire alla volontà del nascituro il rifiuto di una vita segnata dalla malattia; come tale, indegna di essere vissuta (quasi un corollario estremo del c.d. diritto alla felicità)*. Né si può pretendere di estendere al nascituro una facoltà che è concessa dalla legge alla gestante, in presenza di rigorose condizioni — progressivamente

⁽¹⁵⁾ Cour de Cassation, Ass. Plén., 17 novembre 2000, in *Gaz. Pal.*, 2001, 37 ss., in *Juris class. pér.*, 2000, II, 10438 ss., in *Nuova giur. civ. comm.*, 2001, I, 209, con nota di PALMERINI, *Il diritto a nascere sani e il rovescio della medaglia: esiste un diritto a non nascere affatto?*; e con Postilla di BUSNELLI, in *Danno resp.*, 2001, 475, con nota di GORGONI, *Nascere sani o non nascere affatto: verso un nuovo capitolo della storia della naissance d'enfants sains non désirés*; in questa Rivista, 2001, 497, con nota di GUARNERI, *Wtongful life, bebe prejudice e il discusso diritto a nascere sano... o a non nascere*.

più restrittive nel tempo — posta in relazione di bilanciamento con un suo diritto già esistente alla salute personale, che costituisce il concreto termine di paragone positivo: bilanciamento, evidentemente non predicabile, in relazione al nascituro, con una situazione alternativa di assoluta negatività.

Né si può pretendere di trasferire l'onere gravoso del risarcimento del danno sul medico perché, pur palesando un'indubbia tensione verso la giustizia sostanziale, finirebbe con l'assegnare, in ultima analisi, al risarcimento del danno «*un'impropria funzione vicariale, suppletiva di misure di previdenza e assistenza sociale: in particolare, equiparando quoad effectum l'errore medico che non abbia evitato la nascita indesiderata, a causa di gravi malformazioni del feto, all'errore medico che tale malformazione abbia direttamente cagionato*». Il cosiddetto «diritto di non nascere» sembra ormai un capitolo chiuso per la giurisprudenza italiana, perché per la Cassazione la vita di un bambino disabile non può, infatti, mai considerarsi un danno sul presupposto implicito che abbia minor valore di quella di un bambino sano. Quello che difetta è proprio il danno, non potendo neppure consistere nell'essere nato non sano, circostanza rappresentata dall'interesse ad alleviare la propria condizione di vita impeditiva di una libera estrinsecazione della personalità. Per le Sezioni Unite questa è una deriva da abbandonare, foriera di una patrimonializzazione dei sentimenti, in una visione pan-risarcitoria dalle prospettive inquietanti!

Il delicato capitolo dell'inizio vita ha trovato veramente così adeguata considerazione?