

DANNO DA NASCITA INDESIDERATA: ONERI PROBATORI E
LEGITTIMAZIONE DEL NATO ALLA RICHIESTA RISARCITORIA
(NOTA DI COMMENTO A CASS. CIV., SEZ. III, ORDINANZA
INTERLOCUTORIA DEL 23 FEBBRAIO 2015, N. 3569).

WRONKFUL BIRTH DAMAGE: BURDEN OF PROOF AND
LEGITIMIZING BORN TO A CLAIM FOR DAMAGES (COMMENT
TO CASS. CIV., SEZ. III, ORDER 23 FEBBRAIO 2015, N. 3569).

Actualidad Jurídica Iberoamericana, núm. 3, agosto 2015, pp. 751-764.

Fecha entrega: 05/07/2015
Fecha aceptación: 15/07/2015

FRANCESCO ALIPERTI
Avvocato e dottorando di ricerca in Economia e Politiche dei
Mercati e delle Imprese – Diritto e Mercato Globale
Università degli Studi di Salerno
faliperti@unisa.it

RIASSUNTO: L'autore, esposto il caso dal quale muove l'ordinanza che si annota, analizza il contrasto giurisprudenziale formatosi in tema di danno da nascita indesiderata, riguardante la questione relativa agli oneri probatori e quella della legittimazione del nato alla richiesta risarcitoria. Sul punto, infatti, una recente ordinanza, della Terza Sezione Civile della Suprema Corte di Cassazione, ha rimesso al Primo Presidente, per l'eventuale assegnazione alle Sezioni Unite, le suddette questioni.

PAROLE CHIAVE: Danno da nascita indesiderata, responsabilità del sanitario, oneri probatori, legittimazione alla richiesta risarcitoria.

ABSTRACT: The author, after describing the event which generates the order that follows, analyzes the conflict of case law about the wrongful birth damage, relating to burden of proof and the question legitimizing born to a claim for damages. On this point, in fact, a recent order of the Third Civil Chamber of the Supreme Court gave the First President the above issues for possible assignment to the Joint Session.

KEY WORDS: wrongful birth damage, medical responsibility, burden of proof, legitimizing to a claim for damage.

SOMMARIO: 1. La vicenda processuale.- 2. Il quadro normativo di riferimento.- 3. Il riparto degli oneri probatori.- 4. La legittimazione del nato alla richiesta risarcitoria.- 5. Conclusioni.

1. I genitori di una bambina affetta da sindrome di Down, in proprio e nella loro qualità di esercenti la potestà sulla figlia minore, convengono in giudizio il medico ginecologo, il direttore del Laboratorio di Analisi e l'Azienda Sanitaria, per ottenere il risarcimento del danno da "nascita non desiderata", sostenendo di non essere stati messi nella condizione di poter scegliere in maniera consapevole sul proseguimento della gravidanza (dopo i primi novanta giorni), posto che non erano stati disposti quegli approfondimenti necessari ad accertare eventuali malformazioni del feto.

I coniugi, quindi, lamentano la perdita del diritto alla scelta sul se interrompere o no la gravidanza, stante l'omessa diagnosi di malformazioni del feto, così impedendosi la possibilità di evitare la nascita malformata. Costituitisi nel giudizio tutti i convenuti, e la società di assicurazione (terza chiamata in causa), il Tribunale e la Corte di Appello rigettano la domanda degli attori.

La coppia resiste e propone ricorso alla Suprema Corte di Cassazione, la quale, inquadrata la questione nella tematica del danno da nascita indesiderata, rimette la decisione al vaglio delle Sezioni Unite, sul presupposto di contrastanti orientamenti di legittimità inerenti due questioni principali.

2. La Cassazione, nell'ordinanza che si annota, evidenzia come la questione del riparto dell'onere probatorio si ponga "sotto un duplice profilo, giacché la prova deve riguardare non soltanto la correlazione causale fra l'inadempimento dei sanitari (che si assume consistito nell'omissione di approfondimenti diagnostici) e il mancato ricorso all'aborto, ma anche la sussistenza delle condizioni comunque necessarie per procedere all'interruzione della gravidanza dopo il novantesimo giorno di gestazione (in relazione alla l. n. 194 del 1978, art. 6, lett. b) [...]".

La legge 22 maggio 1978, n. 194 ("Norme per la tutela sociale della maternità e sull'interruzione volontaria della gravidanza"), nel disciplinare le condizioni di liceità della pratica abortiva, distingue tra due diverse ipotesi, a seconda che l'interruzione volontaria della gravidanza avvenga entro i primi novanta giorni (art. 4) o dopo il decorso di tale periodo (art. 6), ipotesi questa che ricorre nel

caso di specie.

Partendo dalla prima ipotesi, il legislatore ha previsto che, entro i primi novanta giorni dal concepimento, l'interruzione volontaria della gravidanza, ad iniziativa della sola madre è ammessa se vi è un "serio pericolo per la sua salute fisica o psichica, in relazione o al suo stato di salute, o alle sue condizioni economiche, o sociali o familiari, o alle circostanze in cui è avvenuto il concepimento, o a previsioni di anomalie o malformazioni del concepito" (art. 4).

L'art. 6, invece, prevede che, dopo i primi novanta giorni, l'interruzione volontaria della gestazione può essere praticata: "a) quando la gravidanza o il parto comportino un grave pericolo per la vita della donna; b) quando siano accertati processi patologici, tra cui quelli relativi a rilevanti anomalie o malformazioni del feto, che determinino un grave pericolo per la salute fisica o psichica della donna".

Appare evidente lo scopo di tale norma. Nonostante lo stato avanzato della gravidanza (siamo oltre i primi novanta giorni), il legislatore consente il "sacrificio del concepito" [in questi termini, Cass. n. 12195/1998, in *Giust. civ.* (1999), I, 672], la cui tutela la stessa legge proclama nel primo comma dell'art. 1, poiché la tutela della salute fisica o psichica della madre è considerata preminente. Su tale aspetto, la giurisprudenza [Cass. n. 6464/94, in *Rass. dir. civ.* (1996), pp. 342 e ss.] ha precisato che "l'interesse protetto dall'art. 4 l. 22 maggio 1978 n. 194 è la salute della donna; il diritto all'interruzione della gravidanza è riconosciuto solo in ragione della tutela di detto interesse".

Pertanto, la scelta di portare a termine o meno la gravidanza non è più rimessa all'autodeterminazione della madre, ma è subordinata all'accertamento, da parte del personale medico, dell'esistenza di un grave pericolo alla vita o alla salute della donna.

Pericolo che, secondo Cass. n. 12195/1998 (cit.), per essere rilevante, ai fini dell'aborto terapeutico, non si deve limitare a una sola previsione prognostica (come nell'ipotesi di cui all'art. 4, l. cit., ove la malformazione del nascituro agisce esclusivamente come "previsione" di pericolo per la salute fisica e psichica della gestante), ma deve essere "attuale", ossia deve trarre origine da un processo patologico già in atto al momento dell'interruzione della gravidanza, cosicché esso processo possa prevedibilmente evolvere verso un grave pericolo per la salute della donna.

Accanto a questi elementi c.d. positivi, la Suprema Corte di Cassazione, sempre nella stessa pronuncia, evidenzia un altro elemento, altrettanto

necessario, per poter lecitamente ricorrere all'interruzione della gravidanza, *ex art. 6 lett. b)*, ossia l'elemento negativo dell'impossibilità di vita autonoma del feto, di cui all'art. 7, comma 3, della stessa legge. Infatti, tale articolo recita: "Quando sussiste la possibilità di vita autonoma del feto, l'interruzione della gravidanza può essere praticata solo nel caso di cui alla lettera *a)* dell'articolo 6 e il medico che esegue l'intervento deve adottare ogni misura idonea a salvaguardare la vita del feto".

Ed è proprio l'esatta interpretazione di questo elemento, c.d. negativo, che può essere dirimente per la questione in esame, così come importante è stabilire a chi spetti l'onere di provare se il feto avesse o no raggiunto quello stadio di formazione capace di consentirgli una vita autonoma, come si vedrà nel corso della trattazione.

3. Il delineato quadro normativo di riferimento è quindi strettamente connesso alla specifica questione del riparto degli oneri probatori, in merito alla quale l'ordinanza rileva che si registrano due orientamenti contrastanti, i quali divergono in riferimento al contenuto della prova richiesta alla madre.

Secondo un primo orientamento, sicuramente più favorevole per gli attori, per i quali gli oneri probatori sarebbero "alleggeriti" si ritiene, infatti, "corrispondente a regolarità causale che la gestante interrompa la gravidanza se informata di gravi malformazioni del feto" [così: Cass. n. 6735/2002, in *Foro it.* (2002), I, 3115; Cass. n. 14488/2004, *ivi* (2004), I, 3327; Cass. n. 15386/2011, in *Nuova giur. civ.* (2011), 12, 1, 1252; Cass. n. 13/2010, in *Rep. Foro it.* (2010), voce *Danni civili*, n. 267].

La Cassazione, infatti, con la sentenza n. 6735 del 2002 (cit.), sulla scia degli insegnamenti delle Sezioni Unite in tema di onere della prova in materia di responsabilità contrattuale [*ex multis* Cass., Sez. Un., n. 13533/2001, in *Foro it.* (2002), I, 769], supera l'orientamento formatosi nel 1998, che subordinava la verifica dell'inadempimento e, quindi, la responsabilità del medico, non solo alla sussistenza di tutti gli elementi previsti dalla legge (positivi e negativi, in base agli artt. 6 lett. b) e 7, comma 3, l. n. 194/1978), perché la gestante potesse esercitare il diritto all'interruzione della gravidanza, ma anche alla prova che essa avrebbe "effettivamente" esercitato detto diritto, se fosse stata esattamente informata dal medico sulle malformazioni del feto. Solo in tal caso, si concludeva, il medico sarà responsabile dei danni causati alla donna per il mancato esercizio di detto diritto.

In senso critico è stato rilevato che, in tal modo, si perveniva a un "meccanismo prognostico talmente articolato da spegnere sul nascere qualsiasi

pretesa da parte della paziente” [SIMONE, R.: “Nascita indesiderata: il diritto alla scelta preso sul serio (nota a Cass., 10.5.2002, n. 6735)”, *Foro it.* (2002), I, 3120].

La sentenza del 2002, allora, analizza la disposizione di cui all’art. 7, comma 3 (l. 194/1978), al fine di chiarire la situazione alla quale essa disposizione si riferisce, così sostenendo che “possibilità di vita autonoma del feto è cosa diversa dalla possibilità che il concepito, se la gravidanza fosse portata a termine, nascerebbe capace di condurre una vita autonoma da un punto di vista fisico e psichico”, posto che “la situazione cui la norma si riferisce e che è descritta come situazione relativa al feto e non al nascituro”. Pertanto “sono fuori centro considerazioni fatte a proposito del rapporto tra tipo di anomalie o malformazioni del nascituro e la possibilità che venuto alla vita l’individuo conduca una vita autonoma dal punto di vista fisico o psichico”.

In altri termini, l’eventuale vita autonoma del feto non è incompatibile con le caratteristiche della malformazione medicalmente accertata e con l’effettiva vitalità del minore, nel senso che ben può esserci nascituro malformato senza che questo significhi automaticamente impossibilità di vita autonoma del feto. Vita autonoma del feto, infatti, è tutt’altra cosa rispetto alla nascita malformata, ovverosia, mutuando le parole dalla sentenza in esame: “è quel grado di maturità del feto che gli consentirebbe, una volta estratto dal grembo della madre, di mantenersi in vita e di completare il suo processo di formazione anche fuori dall’ambiente materno”. Ne deriva, allora, che “stabilire se vi fosse per il feto possibilità di vita autonoma è interrogativo che va risolto avendo riguardo al grado di maturità che il feto aveva raggiunto nel momento in cui il medico ha mancato di tenere il comportamento che da lui ci si doveva attendere”.

La sentenza in parola, chiarito questo aspetto, sulla questione che riguarda a chi spetti l’onere provare se il feto avesse o no raggiunto quello stadio di formazione capace di consentirgli una vita autonoma, statuisce che “non spetta alla donna provare che quando è maturato l’inadempimento del medico il feto non era ancora pervenuto alla condizione della possibilità di vita autonoma, spetta al medico provare il contrario”.

In punto di nesso causale tra inadempimento del medico (consistente nell’omessa informazione di gravi malformazioni del feto) mancato esercizio del diritto all’interruzione della gravidanza e danno, la Cassazione giunge ad affermare che, la circostanza per la quale, ricorrendone i presupposti (tra i quali la presenza di anomalie e malformazioni del nascituro dirette a determinare un grave pericolo per la salute fisica o psichica della donna), la legge consenta alla donna la scelta di porre fine alla gravidanza, “rende legittimo per il giudice

assumere come normale e corrispondente a regolarità causale che la gestante interrompa la gravidanza se informata di gravi malformazioni del feto e perciò rende legittimo anche il ricondurre al difetto di informazione, come alla sua causa, il mancato esercizio di quella facoltà”.

Pertanto, la Cassazione, con questa pronuncia, fa ricadere sul medico: *in primis* la prova del fatto impeditivo all'esercizio del diritto di scelta in ordine all'impossibilità di vita autonoma del feto; *in secundis*, l'onere di provare che la donna, quand'anche tempestivamente informata, non avrebbe optato per l'interruzione della gravidanza. In questa prospettiva, incomberà sul medico (debitore – convenuto) l'allegazione di quegli elementi riguardanti aspetti del caso, quali fattori ambientali, culturali, di storia personale, atti a dimostrare in modo certo che, pur informata, la donna avrebbe accettato la continuazione della gravidanza.

È stato, pertanto, rilevato come “dopo Cass. 6735/02 nulla sarà più come prima; e non è detto che si sia al cospetto dell'epilogo in materia di nascite indesiderate, poiché dietro l'angolo già si intravede la possibilità del prossimo approdo alle azioni per *wrongful life*” (SIMONE, R.: “Nascita indesiderata”, cit.).

Basterà alla gestante, con ciò ottemperando al suo onere probatorio, l'essersi rivolta al medico richiedendogli esami volti a conoscere se il feto presentasse o no malformazioni o anomalie, segno questo, secondo la pronuncia in esame, “di un comportamento orientato piuttosto nel senso di rifiutare che di accettare di portare a termine la gravidanza, se il feto avesse presentato gravi malformazioni, come poi è risultato”.

Sulla stessa lunghezza d'onda si colloca Cass. n. 14488/2004 (cit.) che ribadisce quanto statuito nel 2002. Tale orientamento è stato di recente confermato da Cass. n. 13/2010 (cit.) e da Cass. n. 15386/2011 (cit.). Secondo quest'ultima pronuncia la prova, gravante sicuramente sull'attore, che, al momento del fatto, sussistevano le condizioni per interrompere la gravidanza, non può che avere natura “presuntiva” quanto al grave pericolo per la salute psichica della donna, posto che si lamenta la mancata informazione da parte del medico.

L'ordinanza in commento, richiama un altro orientamento giurisprudenziale, a sostegno di quanto già esposto, e precisamente quello enunciato in Cass. 22837/2010 [in *Rep. Foro it.* (2011), voce *Professioni intellettuali*, n. 131], per il quale “è sufficiente che la donna allegghi che si sarebbe avvalsa di quella facoltà se fosse stata informata della grave malformazione del feto, essendo in ciò implicita la ricorrenza delle condizioni di legge per farvi ricorso, tra le quali v'è “il pericolo per la salute fisica o psichica derivante dal trauma connesso all'acquisizione della notizia”, con la precisazione ulteriore per la quale

“l’esigenza di prova al riguardo sorge solo quando il fatto sia contestato dalla controparte, nel qual caso si deve stabilire - in base al criterio (integrabile da dati di comune esperienza evincibili dall’osservazione dei fenomeni sociali) del ‘più probabile che non’ e con valutazione correlata all’epoca della gravidanza - se, a seguito dell’informazione che il medico omise di dare per fatto ad esso imputabile, sarebbe insorto uno stato depressivo suscettibile di essere qualificato come grave pericolo per la salute fisica o psichica della donna”.

Secondo un’altra impostazione [Cass. n. 16754/2012, in *Foro it.* (2013), I, 181; Cass. n. 7269/2013, in *Rep. Foro it.* (2013), voce *Sanità pubblica e sanitari*, n. 309; Cass. n. 27528/2013, *ivi* (2014), voce *Professioni intellettuali*, n. 12; Cass. n. 12264/2014, *ivi* (2014), voce cit., n. 96], più recente, invece, la circostanza che la gestante abbia richiesto, al proprio medico, di sottoporsi ad esami volti ad accertare la sussistenza di eventuali anomalie sul feto, non è, di per sé, elemento sufficiente da cui poter inferire la volontà della stessa di interrompere la gravidanza, ove il feto avesse presentato gravi malformazioni.

L’aver richiesto un’indagine diagnostica sul feto nulla dice circa la volontà della donna di abortire in caso di accertata malformazione del feto, essendo tale richiesta un semplice indizio privo dei caratteri della gravità ed univocità.

Così, Cassazione n. 16754/2012 (cit.), nell’affrontare il tema degli oneri probatori, innanzitutto sottolinea la rilevanza della contestazione dell’assunto attoreo da parte del convenuto, nel senso che solo (*rectius* “esclusivamente”) in tal caso si porrà il problema della prova che all’interruzione della gravidanza la donna si sarebbe determinata se fosse stata informata. In questo modo, la Suprema Corte ritiene necessario che sia il sanitario a contestare esplicitamente l’assunto che la partoriente ha formulato nella propria richiesta risarcitoria, così alleggerendo l’onere della prova sulla stessa gravante.

Secondo la Cassazione, l’intenzione di non portare a termine la gravidanza desumibile dalla richiesta di accertamenti diagnostici è considerata come avente “indubbio carattere di presunzione semplice”, costituendo, quindi, “l’unico elemento indiziante di una volontà che si presume orientata verso un determinato esito finale”.

Sarà il giudice di merito tenuto a desumere (caso per caso e senza generalizzazioni di tipo statistico) da tale elemento indiziante le conseguenti inferenze probatorie e il successivo riparto dei relativi oneri. Costui, in altri termini, tenendo conto di tutte le contingente del caso concreto e senza alcuna generalizzazione di tipo statistico, sulla base dell’unico “indizio isolato” (la sola richiesta di accertamento diagnostico), dovrà valutare se tale “presunzione semplice” possa, o meno, essere ritenuta sufficiente a provare il fatto

(l'interruzione della gravidanza).

La Corte, quindi, precisa che non sarebbe legittimo il ricorso, sempre e comunque, ad un criterio basato sull'*id quod plerumque accidit*, in quanto non sempre varrebbe l'equazione "richiesta di diagnosi=interruzione di gravidanza in caso di diagnosi di malformazioni". Non si può, pertanto, dedurre da una richiesta di accertamenti diagnostici la volontà della gestante di interrompere la gravidanza, nel caso fosse messa al corrente dell'esito infausto degli accertamenti stessi. L'interruzione della gravidanza, infatti, costituisce un dato che può solo presumersi.

Ciò posto, il principio di vicinanza della prova e quello della estrema difficoltà (ai confini con la materiale impossibilità) di fornire la prova negativa di un fatto fa sì che ricada sulla partoriente l'onere di integrare il contenuto della presunzione in parola con qualsivoglia ulteriore elemento che la "colori" processualmente" e, quindi, ne integri il contenuto, in modo da dimostrare al giudice di che avrebbe interrotto la sua gravidanza se avesse saputo delle malformazioni del feto.

Questa soluzione, si impone altresì, secondo la Cassazione, in quanto v'è l'esigenza di evitare di trasformare il giudizio risarcitorio in una sorta di vicenda para - assicurativa *ex post*, nel caso si consentisse, sempre e comunque, sulla base dell'automatica allegazione della presunzione in parola, di introdurre richieste risarcitorie anche se la volontà della gestante sarebbe stata diversamente orientata.

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

Traendo le conclusioni, si può osservare come l'onere della prova venga posto in capo alla donna, parte attrice della vicenda processuale, ma anche, in virtù del principio di non contestazione, come spetti al medico contestare i fatti posti a fondamento della pretesa azionata, altrimenti potrà ritenersi provato (perché, appunto, non specificatamente contestato *ex art. 115 c.p.c.*), che la donna avrebbe certamente abortito una volta accertata la malformazione del feto.

Conforme all'orientamento in precedenza esaminato è quello espresso in Cass. n. 7269/2013 (cit.) ove si è affermato che è onere della parte attrice allegare e

dimostrare che, se fosse stata informata delle malformazioni del concepito, avrebbe interrotto la gravidanza. In particolare, è stato affermato che la richiesta della gestante di sottoporsi ad esami diretti ad accertare l'esistenza di eventuali malformazioni del feto è solo un "indizio privo dei caratteri della gravità ed univocità".

Sostanzialmente nello stesso senso si pone Cass. n. 27528/2013 (cit.), la quale tuttavia rileva la limitata rilevanza della non contestazione dell'assunto attoreo da parte del medico, con ciò discostandosi da Cass. n. 16754/2012 che aveva fatto dipendere il "problema della prova" proprio dall'esistenza di tale contestazione, e Cass. n. 12264/2014 (cit.).

4. La Cassazione con la sentenza n. 14488/2004 (cit.) ha spiegato come, nel nostro ordinamento, non si possa riconoscere al concepito un diritto di "non nascere" o di "non nascere se non sano", in quanto si andrebbe incontro a due pericoli.

Anzitutto, si rileva che detto diritto di "non nascere" sarebbe un "diritto adespota (letteralmente: senza padrone), in quanto a norma dell'art. 1 c.c. la capacità giuridica si acquista al momento della nascita, ed i diritti che la legge riconosce a favore del concepito (artt. 462, 687, 715 c.c.) sono subordinati all'evento della nascita, ma appunto esistenti dopo la nascita".

La dottrina, critica sul tema, ha fatto rilevare che ipotizzare un diritto del concepito malformato di non nascere significherebbe concepire un diritto la cui titolarità sarebbe solo in funzione del suo violazione e non del suo esercizio [così GAZZONI, F.: *Manuale di diritto privato*. Napoli (2009): Esi, p. 125].

Inoltre, sostenere che il concepito abbia un siffatto diritto "significa affermare l'esistenza di un principio di eugenesi o di eutanasia prenatale, che è in contrasto con i principi di solidarietà di cui all'art. 2 Cost., nonché con i principi di indisponibilità del proprio corpo di cui all'art. 5 c.c." (Cass. n. 14488/2004, cit.).

Escluso, quindi, che esista, nel nostro ordinamento, un diritto a non nascere se non sani, ne deriva che, se per omessa o inesatta informazione da parte del medico sulle malformazioni del feto, il concepito malformato nasce, egli non può lamentarsi del fatto che non sia stata interrotta la gravidanza con riferimento alla sua personale posizione. Ciò in quanto l'ordinamento attualmente vigente non prevede tale posizione giuridica come meritevole di tutela, anzi prevede il contrario, ossia tutela, il diritto a nascere del concepito, a prescindere dalle malformazioni o patologie (Cass. n. 14488/2004, cit.).

In senso conforme si è espressa Cass. n. 10741/2009 [in *Foro it.* (2010), I, 141]. Detta pronuncia riconosce, però, al nascituro la soggettività giuridica e lo include tra i soggetti protetti dal contratto.

Tuttavia, nel caso dalla stessa affrontato, la (grave) malformazione al feto veniva causata dalla somministrazione alla gestante, su prescrizione dei ginecologi, di un farmaco atto a stimolare l'ovulazione e la Corte riconosceva al bambino, una volta nato, il diritto al risarcimento del danno, in quanto lo stesso ha un "diritto a nascere sano", lesa dalla colpa dei medici, così riconoscendogli soggettività giuridica.

In senso decisamente critico, è stato però affermato che, a bene vedere, "non ve ne era alcun bisogno. Il concepito, una volta nato, agisce semplicemente per il danno alla salute infertogli durante la gestazione", il caso, dunque, "non richiedeva che si arrivasse alla affermazione della soggettività del nascituro" [Così CRICENTI, G.: "Il concepito soggetto di diritto ed i limiti dell'interpretazione", *Nuov. giur. civ. comm.* (2009), pp. 1268 e 1269].

Ciò posto, la Corte, anche in questa pronuncia, chiarisce che nel nostro ordinamento non esiste un diritto a "non nascere se non sani", cosicché il concepito, nato malformato perché la madre non è stata messa nella condizione di poter praticare l'aborto, non ha diritto ad alcun risarcimento del danno per essere nato.

Di recente, però, tale orientamento è stato modificato dalla Cassazione che, con sentenza n. 16754/2012 (cit.), pur confermando l'inesistenza nel nostro ordinamento di un diritto a "non nascere se non sani", ha però riconosciuto al nascituro la legittimazione ad agire (*iure proprio*) in giudizio per il risarcimento del danno in caso di "vita indesiderata" per omessa diagnosi di malformazioni fetali. Il *revirement* della Cassazione, pertanto, non concerne il riconoscimento del diritto "a non nascere se non sani" (di cui si conferma l'inesistenza, appunto), ma riguarda il riconoscimento del diritto al risarcimento del danno (anche) al bambino nato malformato, oltre che ai genitori.

Con la pronuncia summenzionata, la Suprema Corte si discosta da Cass. n. 10741/2009 (cit.), affermando la mancanza di una reale soggettività giuridica del nascituro, il quale viene inteso come centro di interessi, vale a dire come "oggetto di tutela" e fonda la legittimazione attiva del nato [come incontestabilmente ammesso nei confronti del padre, vedi *ex multis* Cass. n. 25559/2011, in *Ragiusan* (2012), 333, 194; Cass. n. 2354/2010, in *Danno e Resp.* (2011), 4, 384; Cass. n. 10741/2009, cit.; Cass. n. 13/2010, cit.] sulla "propagazione intersoggettiva degli effetti diacronici dell'illecito", così affermando l'estensione anche al concepito dell'effetto protettivo del rapporto

intercorso tra la madre e il medico. Invero, si afferma che “il diritto alla procreazione cosciente e responsabile è, dunque, attribuito alla sola madre, per espressa volontà legislativa, sì che risulta legittimo discorrere, in caso di sua ingiusta lesione, non di un diritto esteso anche al nascituro in nome di una sua declamata soggettività giuridica, bensì di propagazione intersoggettiva degli effetti diacronici dell’illecito [...]”.

La Cassazione, pertanto, nel riconoscere al neonato/soggetto di diritto/giuridicamente capace (art. 1 c.c.) il diritto a chiedere il risarcimento dal momento in cui è nato, statuisce che la domanda avanzata personalmente dal bambino malformato trova il suo fondamento negli artt. 2, 3, 29, 30 e 32 Cost. Secondo il ragionamento della Suprema Corte, l’unico interesse giuridicamente protetto di cui il nato può lamentare la lesione “non è la malformazione in sé considerata [...] bensì lo stato funzionale di infermità, la condizione evolutiva della vita handicappata intesa come proiezione dinamica dell’esistenza che non è semplice somma algebrica della vita e dell’*handicap*, ma sintesi di vita ed *handicap*, sintesi generatrice di una vita *handicappata*”.

In altri termini, l’interesse del quale il neonato può richiedere tutela, sulla base dei principi costituzionali, è quello “che gli consente di alleviare, sul piano risarcitorio, la propria condizione di vita, destinata a una non del tutto libera estrinsecazione secondo gli auspici dal Costituente [...]”. Ecco, quindi, che risultano violati il diritto alla salute, il diritto del minore allo svolgimento della sua personalità, il diritto all’uguaglianza e a quello alla famiglia, diritti costituzionalmente garantiti.

Il nato, dunque, posta l’omissione colpevole dei sanitari, se non può dolersi della propria nascita, può però avanzare istanza risarcitoria *iure proprio* facendo valere “la sua stessa esistenza diversamente abile”, in ciò consistendo l’evento di danno che egli può lamentare, in quanto emerge il suo interesse ad alleviare la propria condizione di vita impeditiva di una libera estrinsecazione della personalità. In tal caso, irrilevante sarà che la sua patologia fosse congenita, e che la madre, ove fosse stata informata della malformazione, avrebbe verosimilmente scelto di abortire.

In altri termini, il Supremo Collegio ritiene che la situazione soggettiva tutelata non è il diritto “a non nascere se non sano”, così confermando l’inesistenza di un siffatto diritto nel nostro ordinamento, ma il diritto alla salute, il diritto allo svolgimento personalità, il diritto all’uguaglianza e alla famiglia e, quindi, il pregiudizio che si richiede di ristorare è costituito dalla costrizione di vivere una vita difficile in ragione dell’esistenza diversamente abile. Questo è il danno meritevole di tutela che il bambino malformato può chiedere di ristorare. Danno che inevitabilmente non si sarebbe verificato se la madre fosse stata

posta nella condizione di praticare l'aborto, condizione resa impraticabile in virtù dell'omissione del medico.

Pertanto, è la costrizione di una vita in uno stato di infermità perdurante e irrimediabile (l'esistenza diversamente abile, appunto) ciò che legittima l'istanza risarcitoria *iure proprio* del nato.

In ultima analisi, sembra evidente che la Corte abbia voluto dare continuità a quel percorso argomentativo già iniziato con Cass. n. 9700/2011 [in *Rep. Foro it.* (2011), voce *Danni civili*, n. 253], ove veniva riconosciuto, ad un soggetto nato dopo l'uccisione del padre, il diritto a pretendere dal danneggiante il risarcimento dei danni arrecatigli per la perdita del rapporto parentale. In quell'occasione, infatti, la Cassazione affermava come non si ponesse "alcun problema concernente la soggettività giuridica del concepito, non essendo necessario configurarla per affermare il diritto del nato al risarcimento".

Secondo il ragionamento della Corte, il figlio, nascendo senza padre, viene privato del rapporto con il medesimo e di tutto quanto quel rapporto comporta, divenendo attuale la mancanza del rapporto intersoggettivo, che connota la relazione tra padre e figlio, solo quando lo stesso viene alla luce.

Infatti, è in quel momento che si verifica "la propagazione intersoggettiva dell'effetto dell'illecito per la lesione del diritto del figlio (non del feto) al rapporto col padre; e nello stesso momento è sorto il suo diritto di credito al risarcimento, del quale è dunque diventato titolare un soggetto fornito della capacità giuridica per essere nato". La Suprema Corte chiariva, quindi, che anche nell'ipotesi in discorso ben può riconoscersi la sussistenza di un danno ingiusto patrimoniale e non patrimoniale per perdita del rapporto parentale e del nesso eziologico fra questo e l'evento lesivo.

Allora, sia il pregiudizio derivante dall'essere costretti a condurre una vita diversamente abile, sia quello derivante dall'essere costretti a vivere senza padre, pur essendosi originato prima della nascita, si concretizza e attualizza solo dopo il momento della nascita stessa.

In entrambi i casi, quindi, sembra affermarsi la configurabilità di un danno futuro, ove il risarcimento è riconosciuto sulla base del fatto che il danno si è verificato a distanza di tempo dall'evento lesivo.

5. Sulla base dei contrasti giurisprudenziali analizzati, la Terza Sezione della Cassazione ha rimesso gli atti al Primo Presidente per l'eventuale assegnazione del ricorso alle Sezioni Unite.

In attesa delle Sezioni Unite, non può trascurarsi che, ai fini della responsabilità del medico, occorre fare chiarezza sulle condotte allo stesso imputabile: l'errore medico, produttivo della malformazione del feto e l'omessa diagnosi della malformazione stessa.

Nel primo caso, infatti, il nato, una volta tale, farà valere un diritto attuale alla salute, negata o, comunque, compromessa in virtù dell'errore medico causativo della malformazione.

Nel secondo caso, invece, in particolare quando la malformazione è stata contratta per cause naturali, il problema da risolvere è quello relativo al nesso causale. Aspetto decisivo trascurato dall'ordinanza di rimessione [così, CRICENTI, G.: "Il danno da nascita indesiderata rimesso alle Sezioni Unite (per le ragioni sbagliate)", *Dir. civ. cont.* (2015), num. 1].

Infatti, in questo caso, la malformazione rimarrebbe quand'anche il sanitario se ne accorgesse e, quindi, non potrebbe essere riconducibile alla condotta del medico. Pertanto, "sembra non esservi alcun legame di tipo eziologico tra la condotta del medico (che non si avvede della malformazione) e la malattia del concepito contratta per cause naturali" (così, CRICENTI, G.: "Il danno", cit.).

A ciò è collegato l'aspetto relativo alla individuazione del danno: la nascita o la malattia? Orbene, posto che, come si è visto, non esiste un "diritto a non nascere se non sani", chi nasce malto si duole non della nascita stessa, bensì della malattia e, se questo è il danno, l'analisi del nesso causale dovrebbe muovere da tale prospettiva.

Pertanto, il confronto non è tra la nascita e la non nascita (perché non si può dire se sia meglio nascere malati che non nascere affatto), ma tra malattia e corretta diagnosi, nel senso che occorrerà verificare se questa (quindi, la condotta alternativa lecita) avrebbe evitato il danno effettivo (la malattia, appunto). Allora, l'errore del medico sarà causa della malattia, quando la sua errata diagnosi ha consentito che essa si manifestasse alla nascita, mentre la corretta diagnosi avrebbe evitato questo evento attraverso l'aborto del concepito (CRICENTI, G.: "Il danno", cit.).