

UNIVERSITÀ DEL PIEMONTE ORIENTALE
DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA E SCIENZE POLITICHE,
ECONOMICHE E SOCIALI

CORSO DI LAUREA MAGISTRALE IN GIURISPRUDENZA

TESI DI LAUREA

**IL DANNO DA VITA INDESIDERATA NELL'ORDINAMENTO
GIURIDICO ITALIANO: LINEAMENTI DOTTRINALI E
GIURISPRUDENZIALI.**

Relatore:

Chiar.mo Prof. Rodrigo Míguez Núñez

Candidata:

Giulia Nella Gazzetta

ANNO ACCADEMICO 2023/2024

Indice

Capitolo 1 Wrongful birth e wrongful life: le fattispecie e gli interessi protetti	2
Introduzione	2
1.1 Wrongful birth e wrongful life.....	2
1.2 L'autodeterminazione procreativa.....	7
1.3 La necessaria informazione nel rapporto tra il medico e il paziente.....	17
1.4 Il concepito e lo statuto della vita prenatale	23
1.4.1 La questione degli embrioni soprannumeri.....	35
Capitolo 2 Legittimazione attiva dei soggetti interessati al risarcimento del danno da vita indesiderata	39
2.1 La posizione giuridica della madre	39
2.2 Il diritto del padre e dei fratelli a essere beneficiari del risarcimento del danno....	53
2.3 L'interesse del bambino nato con disabilità e la difficoltà nell'accoglimento della domanda risarcitoria	64
Capitolo 3 L'evoluzione e i profili della responsabilità del medico e della struttura sanitaria	87
3.1 La responsabilità contrattuale e la responsabilità aquiliana, cenni	87
3.2 La disciplina della responsabilità sanitaria prima delle riforme.....	106
3.3 La responsabilità sanitaria e la L. 8 novembre 2012, n. 189 (c.d. legge Balduzzi) 114	
3.4 Le nuove previsioni in tema di responsabilità civile della struttura sanitaria e del professionista: L. 8 marzo 2017, n. 24 (c.d. legge Gelli-Bianco)	119
Bibliografia.....	128
Giurisprudenza citata	133
Giurisprudenza di legittimità.....	133
Giurisprudenza di merito.....	137

Capitolo 1 Wrongful birth e wrongful life: le fattispecie e gli interessi protetti

Sommario: Introduzione – 1.1 Wrongful birth e wrongful life – 1.2 L'autodeterminazione procreativa – 1.3 La necessaria informazione nel rapporto tra il medico e il paziente – 1.4 Il concepito e lo statuto della vita prenatale – 1.4.1 La questione degli embrioni soprannumeri.

Introduzione

Con la presente trattazione verranno esposti i principali studi sul tema della vita e della nascita indesiderata. Si tratta di un argomento che si colloca ai confini tra bioetica e diritto privato, e che per lungo tempo ha suscitato vivaci dibattiti dottrinali e giurisprudenziali.

Saranno dunque analizzate le fattispecie di “*wrongful birth*” e “*wrongful life*”; in seguito verranno riportati gli aspetti etico-giuridici e gli orientamenti giurisprudenziali nazionali in relazione alla tutela del concepito e all'autodeterminazione della donna; la questione centrale del loro interesse ad agire per il risarcimento del danno cagionato dal personale sanitario, nonché le ripercussioni nei confronti degli altri componenti della famiglia e la delicata questione del diritto a non nascere se non sano del minore; infine sarà esaminato l'inquadramento della responsabilità medica.

1.1 Wrongful birth e wrongful life

Il tema della “vita indesiderata” comprende un'ampia serie di ipotesi accomunate dai medesimi soggetti coinvolti sebbene differenziate tra loro da diversi aspetti, e che saranno esaminate in questo paragrafo: “*wrongful conception*” o “*wrongful pregnancy*”, “*wrongful birth*” e “*wrongful life*”. Con l'espressione “*wrongful conception*” o “*wrongful pregnancy*” si delineano le fattispecie nelle quali la pretesa risarcitoria ha ad oggetto il concepimento o la nascita del figlio nonostante la precisa e concordata richiesta di evitarli, da parte della sola madre, o di entrambi i genitori, nei confronti del medico. Si tratta principalmente delle ipotesi di fallimento degli interventi di sterilizzazione femminile o maschile, come la legatura delle tube e la vasectomia, che hanno portato alla nascita di un bambino sano ma indesiderato. In particolare questa situazione si riscontra quando l'intervento di sterilizzazione non è stato correttamente realizzato dal sanitario, ovvero nel caso in cui nonostante la piena riuscita della procedura, il professionista non abbia fornito al paziente una completa ed efficace informazione

circa i successivi controlli ai quali sottoporsi, le opportune precauzioni da adottare per uno specifico periodo di tempo post-intervento, nonché l'indicazione sui possibili margini di una residua fertilità. Inoltre nella suddetta locuzione sono ricompresi i casi di concepimento avvenuto in conseguenza di negligenti prestazioni mediche che, se adeguatamente adempiute, avrebbero evitato la gravidanza della paziente tramite la somministrazione di farmaci contraccettivi idonei¹.

La questione è stata affrontata numerose volte dalla giurisprudenza, paradigmatica è la sentenza del tribunale di Tolmezzo del 2011², il quale è stato adito da una coppia di genitori per risolvere una questione riguardante la nascita indesiderata del figlio, nonostante la madre si fosse sottoposta all'intervento di sterilizzazione tramite chiusura delle tube. In particolare la coppia era giunta a tale decisione in seguito alla nascita del quarto figlio, momento in cui la salute della madre e le condizioni economiche della famiglia erano divenute instabili. Tuttavia la donna, nonostante l'intervento di sterilizzazione, si accorse di essere ancora una volta incinta; in conseguenza di ciò, il giudice ha riscontrato che tra la condotta colposa del ginecologo, che aveva omesso di compiere tutte le operazioni necessarie per il corretto esito dell'intervento, e la successiva gravidanza indesiderata, sussisteva un rapporto consequenziale, pertanto si configurava un'ipotesi di danno.

Come sopra esposto, altra possibile causa di una gravidanza indesiderata è la prescrizione di un farmaco anticoncezionale inidoneo allo scopo, ovvero viziato da difetti di fabbricazione. In tal senso il tribunale di Milano, nel 2014, è stato chiamato a pronunciarsi sulla richiesta di risarcimento del danno avanzata da una donna, alla quale era stato prescritto dal medico l'impiego di un cerotto transdermico con lo scopo di evitare un eventuale concepimento, rivelatosi poi inefficace poiché inadatto alle condizioni fisiche della paziente. Accertata la preesistente volontà dell'attrice di non volere una gravidanza, il tribunale ha riconosciuto il danno ingiusto da lei subito accogliendo la domanda risarcitoria³.

Con il termine "*wrongful birth*", invece, si fa riferimento alle vicende in cui, contrariamente alla volontà della donna, la gravidanza sia proseguita fino alla nascita

¹ M. Foglia, *Diritto a non nascere (se non sano)*, *Digesto delle Discipline Privatistiche, Sezione Civile*, diretto da R. Sacco, XI, Torino, Utet, 2018, p.p. 137 ss.

² Trib. Tolmezzo, 2 settembre 2011, n. 177, in *Riv. it. med. leg.*, 2011, pp. 1710 ss.

³ Trib. Milano, 10 marzo 2014, n. 16021, in G. Di Marco, *Danno da nascita indesiderata*, Milano, Giuffrè, 2014, p. 13

indesiderata del bambino. Sono le doglianze ricollegabili alla mancata o errata diagnosi del medico, il quale abbia colposamente ommesso di rilevare una patologia congenita o un'eventuale malformazione del concepito, privando la gestante della possibilità di esercitare il proprio diritto ad interrompere la gravidanza nel rispetto dei limiti imposti dalla legge, generando così la nascita colposa del bambino⁴. Una seconda ipotesi si riscontra nel caso in cui il medico abbia escluso erroneamente la gravidanza della paziente, la quale nel momento in cui ha richiesto gli opportuni accertamenti per verificare il suo stato, abbia manifestato la volontà di non voler essere madre, scoprendo tuttavia la gestazione in un secondo momento. Tale condotta del sanitario va a ledere l'autodeterminazione riproduttiva della donna, impedendole di poter scegliere se proseguire o meno la gravidanza entro i limiti imposti dall'ordinamento⁵.

La donna, dunque, è privata della possibilità di decidere se affrontare la gravidanza, il parto e la maternità; in altre parole le è omessa un'informazione essenziale affinché possa avere piena coscienza della sua condizione riproduttiva. Infatti, nell'ambito della normativa sull'interruzione volontaria della gravidanza⁶, (che verrà trattata in maniera più approfondita nei successivi paragrafi), il diritto all'autodeterminazione riproduttiva è considerato, nel primo trimestre di gestazione, come una facoltà attribuita alla donna di fare ricorso alla procedura abortiva nel caso in cui sia riscontrato un pericolo per la propria salute fisica o psichica. Si tratta di un pericolo che può anche derivare da circostanze esterne che hanno risvolti sullo stato di salute della gestante, tra le quali le condizioni economiche, sociali, ovvero familiari, e anche la diagnosi di anomalie o malformazioni fetali⁷.

A tal proposito è emblematica la sentenza n. 16401 del 2014 della Corte di Cassazione⁸, la quale è stata chiamata a pronunciarsi su un caso di errata diagnosi di gravidanza. Nello specifico l'attrice si era rivolta a un medico per effettuare gli esami necessari per accertare se fosse incinta, sulla base degli esiti ottenuti lo stesso aveva escluso la gravidanza. Contrariamente a quanto affermato dal medico, dopo il novantesimo giorno di gestazione, la donna risultava incinta; inoltre sia lei che il concepito godevano di piena salute, così da esserle pure preclusa la possibilità di ricorrere alle procedure di interruzione della gravidanza. Sia in

⁴ M. Foglia, *Diritto a non nascere (se non sano)*, cit. p.p. 137 ss.

⁵ M. Poli, *Birth-related torts e libertà della donna di interrompere la gravidanza nell'esperienza italiana*, in *BioLaw Journal – Riv. biodir.*, 3, 2018, p.p. 38 ss.

⁶ Art. 4, L. 194/1978.

⁷ M. Poli, *Birth-related torts*, cit. p.p. 38 ss.

⁸ Cass. civ., sez. III, 17 luglio 2014, n. 16401.

primo grado che in appello veniva liquidato all'attrice il danno non patrimoniale consistente nella violazione del diritto della donna alla piena informazione da parte del sanitario, quale presupposto del diritto all'autodeterminazione; al contrario veniva rigettata la richiesta di risarcimento del danno patrimoniale rappresentato dagli oneri di mantenimento del figlio, poiché non risultava provata la sussistenza della volontà della madre di avvalersi della facoltà di interrompere la gestazione nell'ipotesi in cui fosse stata tempestivamente informata. Dal ragionamento della giurisprudenza, dunque, deriva che nel caso in cui alla notizia di una gravidanza, segua la manifestazione da parte della gestante della propria scelta abortiva, la nascita di un bambino, per condotta colposa del medico, anche se in piena salute ma indesiderato, integra il danno da *wrongful birth*⁹.

Strettamente collegate alla categoria descritta, sono le vicende di prosecuzione della gestazione nonostante sia stato effettuato un intervento di interruzione volontaria della gravidanza; ciò può verificarsi sia in conseguenza di un intervento eseguito in maniera non appropriata, sia a causa dell'omessa indicazione alla donna, da parte del sanitario, degli opportuni accertamenti post operatori volti a diagnosticare un possibile proseguimento della gravidanza¹⁰.

In merito è interessante soffermarsi su una vicenda riguardante un caso di fallimento della procedura di interruzione volontaria della gravidanza, risalente agli albori della giurisprudenza sulla responsabilità medica per danno da nascita indesiderata; si tratta del cd. "caso Jod". Nel periodo storico seguente alla promulgazione della legge n. 194/1978, il Tribunale di Padova veniva adito da una donna che dopo essersi sottoposta volontariamente ad un intervento di interruzione della gravidanza, nel rispetto dei presupposti previsti dalla legge, risultava ancora incinta e soprattutto aveva preso coscienza di ciò quando ormai non era più possibile ricorrere a un nuovo intervento abortivo; l'attrice in conclusione si è trovata costretta a far nascere un bambino non desiderato. La paziente infatti non era stata informata dal personale sanitario circa i rischi di fallimento della procedura e, di conseguenza, neppure incoraggiata a sottoporsi a un esame istologico dei tessuti recisi per verificare la corretta realizzazione dell'intervento. Il tribunale padovano, dunque, aveva riconosciuto la negligenza del medico per aver omesso di informare in modo completo la donna. La decisione, confermata

⁹ Cass. civ., sez. III, 17 luglio 2014, n. 16401 in M. Poli, *Birth-related torts*, cit. p.p. 39 ss.

¹⁰ M. Poli, Ivi. p.p. 39 ss.

in appello, era stata sottoposta al vaglio della Corte di Cassazione, la quale aveva ritenuto corretta la motivazione dei giudici di merito, in quanto l’informativa della paziente sulle conseguenze dell’intervento e i suoi possibili esiti rientra nei comuni doveri del medico¹¹.

La vita indesiderata, infine, è definita anche con l’espressione “*wrongful life*”, si tratta della particolare condizione di una persona caratterizzata dalla circostanza di essere nata con malformazioni o malattie con le quali deve convivere per l’intera durata della propria esistenza. In questo caso il danno lamentato dal minore può essere stato cagionato direttamente e immediatamente dalla condotta attiva del medico in fase prenatale, oppure – strettamente collegato alla precedente tipologia di danno descritta – nel caso di “danno da vita indesiderata”, il fanciullo agisce contro la condotta negligente del sanitario che ha omesso ovvero ha errato la diagnosi nel periodo della gestazione¹².

In relazione alla prima ipotesi, quindi, l’azione del minore per ottenere il risarcimento di un danno cagionatogli dal medico durante la vita uterina, risulta di più facile ammissione; infatti in questi casi è possibile effettuare una comparazione tra due situazioni, una precedente all’illecito, nella quale il feto godeva di piena salute, e l’altra successiva alla condotta lesiva che ha provocato un danno in capo al concepito, il bene leso è dunque il diritto alla salute¹³.

La seconda ipotesi, invece, risulta più problematica in quanto difetta del termine di paragone rispetto alla vita caratterizzata da una patologia o una malformazione, per di più non sussiste la responsabilità del sanitario nel danneggiamento in maniera diretta e immediata del feto, ma esclusivamente l’omessa o errata diagnosi. Il raffronto in queste vicende può solamente essere fatto tra la vita che sarà vissuta dal bambino con la propria disabilità e la “non-vita”, peraltro quest’ultima non può essere considerata dall’ordinamento un “bene della vita” e l’interesse leso non può consistere nel “non nascere se non sano”¹⁴. In altre parole accogliere le domande risarcitorie di *wrongful life*, intese come nella seconda ipotesi, implicherebbe affermare che il soggetto ha subito un danno per il fatto di essere nato con una disabilità, e di conseguenza legittimare che per non subire un pregiudizio non avrebbe dovuto nascere.

¹¹ Trib. Padova, 9 agosto 1985; C. d’App. Venezia, 23 luglio 1990; Cass. civ., sez. III, 8 luglio 1994, n. 6464, in G. Di Marco, *Danno da nascita indesiderata*, cit. p.p. 18 ss.

¹² M. Foglia, *Diritto a non nascere (se non sano)*, cit. p.p. 137 ss.

¹³ Cass. civ., sez. III, 16 febbraio 2001, n. 2335, in *Dir. e giust.*, 2001, p.p. 33 ss.

¹⁴ B. Sgorbati, *Wrongful birth e wrongful life: delicati equilibri Tra autodeterminazione della donna e dignità del figlio malato*, in *BioLaw Journal – Riv. biodir.*, 3, 2018, p.p. 56 ss.

Al riguardo i giudici della Corte di Cassazione a Sezioni Unite, con una pronuncia del 2015¹⁵, hanno evidenziato come riconoscere la responsabilità del medico per omessa o errata diagnosi prenatale nei confronti del bambino, potrebbe essere il punto di partenza per l'estensione di un'analoga responsabilità della madre che scelga liberamente di non interrompere la gravidanza nonostante la piena coscienza della patologia del feto, con la conseguenza che ciò comporterebbe un obbligo di abortire, il quale però sarebbe in contrasto con il divieto di aborto eugenetico previsto dalla legge n. 194/1978. In particolare un obbligo di interrompere la gravidanza non sarebbe compatibile con il diritto dei genitori alla procreazione cosciente e responsabile¹⁶, infatti pare più opportuno osservare come il concepito goda del diritto a nascere sano inteso come un diritto a non subire lesioni ovvero azioni dalle quali può insorgere una malattia, nonché ad essere tutelato attraverso gli idonei istituti normativi volti a predisporre strumenti di protezione, cura e assistenza alla maternità per garantire la propria salute¹⁷; pertanto non sembra possibile interpretare quanto detto come diritto a essere abortiti se non in ottima salute¹⁸.

In conclusione risulta consolidato l'orientamento della Suprema Corte del 2015 che non riconosce la risarcibilità del danno da *wrongful life*, in quanto risulta problematica la configurabilità di un vero e proprio danno nei confronti del bambino e, inoltre, sarebbe in contrasto con i principi del nostro ordinamento¹⁹.

1.2 L'autodeterminazione procreativa

Dall'analisi dei casi considerati nel precedente paragrafo si è osservato come il danno da nascita indesiderata si configura quando i genitori, ma soprattutto la madre, si siano trovati vincolati nel dover accettare la procreazione e la nascita di un figlio non desiderato ovvero non più voluto all'insorgere di determinate condizioni; l'interesse leso, dunque, è l'autodeterminazione nelle scelte riproduttive²⁰.

¹⁵ Cass., SS.UU., 22 dicembre 2015, n. 25767.

¹⁶ Art. 1, L. 22 maggio 1978, n. 194; L. 29 luglio 1975, n. 405.

¹⁷ Art. 1, 2, 5, L. 22 maggio 1978, n. 194; art. 1, L. 19 febbraio 2004, n. 40; L. 29 luglio 1975, n. 405; L. 7 maggio 1991, n. 176 "ratifica ed esecuzione della convenzione sui diritti del fanciullo", New York, 20 novembre 1989.

¹⁸ B. Sgorbati, *Wrongful birth e wrongful life*, cit. p.p. 56 ss.

¹⁹ B. Sgorbati, Ivi. p. 59.

²⁰ M. Poli, *Birth-related torts*, cit. p.p. 38 ss.

l'ingerenza dello Stato nelle scelte degli individui circa il processo procreativo²⁷. Pertanto, chiunque, può autodeterminarsi nella decisione di procreare in virtù del menzionato diritto di libertà, salvo che entri in conflitto con un altro diritto ovvero un divieto, nel qual caso deve essere effettuato un bilanciamento tra essi.

Occorre, dunque, differenziare un primo profilo positivo, inteso come libertà di intraprendere un processo procreativo, da un secondo negativo, volto a garantire la scelta di non procreare o di interrompere volontariamente una gravidanza. A tal riguardo, se la Corte Costituzionale, nella sentenza del 2000²⁸, aveva fondato il “diritto di procreare” negli artt. 2, 30 e 31 Cost., oggi, in forza dei due profili della libertà di procreazione, sembra opportuno porre a fondamento di tale diritto anche gli artt. 13 e 32 della Costituzione²⁹, soprattutto in relazione al rispetto della volontà e alla tutela della salute della donna in ogni fase del processo procreativo³⁰.

A questo riguardo è opportuno volgere lo sguardo alla disciplina normativa dell'istituzione dei consultori familiari, dell'interruzione volontaria della gravidanza e infine della procreazione medicalmente assistita, le quali hanno contribuito all'introduzione e allo sviluppo del “diritto alla procreazione cosciente e responsabile” che trova fondamento negli articoli 2, 30 e 31 della Costituzione sulla libertà di procreazione, ma anche negli articoli 2, 13 e 32 sulla libertà di autodeterminazione terapeutica; con il fine di promuovere, prevenire ovvero interrompere il processo riproduttivo in forza anche della tutela del diritto alla salute³¹. La procreazione se in precedenza era ritenuta un diritto di libertà, oltretutto libertà del singolo soggetto di autodeterminarsi circa le scelte riproduttive garantite della non ingerenza da parte dello Stato, con la previsione della procreazione cosciente e responsabile viene accresciuta dalla tutela sociale.

²⁷ A. B. Faraoni, *La maternità surrogata: la natura del fenomeno, gli aspetti giuridici, le prospettive di disciplina*, Milano, Giuffrè, 2002, p.p. 133 ss.; G. Ferrando, *Libertà, responsabilità e procreazione*, Padova, Cedam, 1999, p.p. 311 ss.

²⁸ Corte cost., 12 luglio 2000, n. 332.

²⁹ Art. 13 c. 1 e 2 “La libertà personale è inviolabile. Non è ammessa forma alcuna di detenzione, di ispezione o perquisizione personale, né qualsiasi altra restrizione della libertà personale, se non per atto motivato dell'Autorità giudiziaria e nei soli casi e modi previsti dalla legge”; art. 32 Cost. “La Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività, e garantisce cure gratuite agli indigenti. Nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge. La legge non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana”.

³⁰ M. Poli, *Birth-related torts*, cit. p.p. 38 ss.

³¹ A. D'Aloia, P. Torretta, *La procreazione come diritto della persona*, cit. p.p. 1341 ss.

La procreazione cosciente e responsabile trova, dunque, tutela nell'articolo di apertura della legge 29 luglio 1975, n. 405 sull'istituzione dei consultori familiari, la quale prevede gli scopi dei servizi di assistenza alla famiglia e alla maternità, nonché alla procreazione responsabile nel rispetto delle convinzioni etiche e dell'integrità fisica, insieme alla disciplina della tutela della salute della donna e del prodotto del concepimento³².

Un aspetto centrale della libertà procreativa si riscontra nella legge 22 maggio 1978, n. 194, la quale all'art. 1 sancisce la tutela del diritto alla vita sin dal suo inizio e promuove la procreazione cosciente e responsabile, in particolare attraverso l'individuazione di due ipotesi di interruzione della gravidanza differenziate per presupposti³³.

Nel primo caso, agli artt. 4 e 5 della suddetta legge, è previsto che l'aborto può essere praticato entro i novanta giorni successivi all'inizio della gravidanza, nel caso in cui la sua prosecuzione, il parto ovvero la maternità mettano in serio pericolo la salute fisica o psichica della donna, precisando che il rischio deve essere valutato in relazione allo stato di salute della gestante, alle proprie condizioni economiche, sociali o familiari, nonché alle circostanze in cui è avvenuto il concepimento e infine al riscontro di anomalie o malformazioni del feto³⁴.

La valutazione delle circostanze che determinano la decisione di interrompere la gravidanza, e dunque l'accertamento del pericolo, è rimessa al giudizio della donna in un'ottica autodeterminativa; infatti, quando non sussiste un motivo d'urgenza, il medico al quale la paziente si è rivolta, non sembra poter operare un reale controllo sui presupposti che determinano il serio pericolo, bensì al termine dell'incontro con la gestante può solamente rilasciare la copia di un documento che attesta lo stato di gravidanza e l'avvenuta richiesta di interruzione, invitandola a ripresentarsi dopo sette giorni dopo aver effettuato un congruo ragionamento sulla sua decisione, una volta trascorsi la donna può ripresentarsi per ottenere l'intervento. In conclusione, la previsione dell'interruzione della gravidanza entro i primi tre mesi è orientata verso il principio di autodeterminazione della donna, la quale effettua un bilanciamento tra il proprio diritto alla salute e alla procreazione cosciente e responsabile con il diritto alla vita del concepito³⁵. A tal proposito parte della dottrina ha sottolineato come la disciplina dell'interruzione volontaria della gravidanza, nel primo trimestre, sembra tendere a

³² Art. 1, L. 29 luglio 1975, n. 405.

³³ M. Poli, *Birth-related torts*, cit. p.p. 38 ss.

³⁴ Art. 4, L. 22 maggio 1978, n. 194.

³⁵ A. D'Aloia, P. Torretta, *La procreazione come diritto della persona*, cit. p.p. 1341 ss.

una logica di liberalizzazione per la quale la tutela del concepito è affidata all'autoresponsabilità della madre che effettua un bilanciamento tra i beni in confronto, il quale origina dal pensiero interno della gestante stessa³⁶.

La legge 194/1978 all'art. 6 disciplina l'interruzione volontaria della gravidanza nel periodo successivo al novantesimo giorno di gestazione mediante criteri più stringenti rispetto all'ipotesi precedente; infatti l'aborto in questo caso può essere praticato quando la gravidanza o il parto comportino un grave pericolo per la vita della donna, ovvero nel caso in cui siano accertati processi patologici relativi a rilevanti anomalie o malformazioni del concepito, che determinino un grave pericolo per la salute fisica o psichica della gestante.³⁷

Il bilanciamento tra l'interesse a nascere del concepito e il diritto alla salute e all'autodeterminazione riproduttiva della donna risulta maggiormente rigoroso, innanzitutto perché la legge richiede la sussistenza di un "grave" pericolo, non più solamente "serio" pericolo, incombente sulla salute della madre, e in secondo luogo anche la patologia fetale deve produrre gravi conseguenze sulla salute fisica o psichica della donna, in quanto l'accesso all'intervento abortivo non può avere il solo fine di rifiutare un feto non sano. Per di più il successivo art. 7 dispone che i presupposti che legittimano l'interruzione della gravidanza dopo il novantesimo giorno devono essere accertati da un medico del servizio ostetrico-ginecologico dell'ente ospedaliero in cui deve praticarsi l'intervento, dunque non è più sufficiente una semplice dichiarazione della gestante circa l'attestazione dei presupposti. Il bilanciamento è dunque caratterizzato da margini più ristretti che concedono una minore tutela alla volontà e all'autodeterminazione della donna, e per contro espandono la protezione del concepito tanto che la vita nascente può essere interrotta, in favore della vita della madre - già dotata di soggettività fisica, giuridica e di personalità - solamente in forza della sussistenza dei presupposti indicati dalla legge previa attestazione del medico³⁸.

Le Sezioni Unite Civili della Corte di Cassazione si sono espresse al riguardo, sottolineando che la legge 194/1978 "ha introdotto nel nostro ordinamento la possibilità legale di ricorrere all'aborto, legittimando l'autodeterminazione della donna a tutela della sua salute,

³⁶ A. D'Aloia, P. Torretta, Ivi. p.p. 1341 ss., sulle premesse di T. Padovani, *Procreazione (diritto penale)*, in *Enciclopedia del diritto*, XXXVI, Milano, 1987, Giuffrè, p. 992; G. Oppo, *L'inizio della vita umana*, in *Riv. dir. civ.*, 1982, I, p.p. 515, 516.

³⁷ D. Farace, *Interruzione volontaria della gravidanza e situazioni giuridiche soggettive*, in *Riv. dir. civ.*, diretto da W. Bigiavi e A. Trabucchi, 2018, III, p.p. 798 ss.

³⁸ A. D'Aloia, P. Torretta, *La procreazione come diritto della persona*, cit. p.p. 1341 ss.

In materia di accesso alle tecniche di procreazione artificiale, nel 2015, la Corte Costituzionale ha dichiarato l'illegittimità degli artt. 1, primo e secondo comma, e 4, primo comma, della legge in commento, nella parte in cui escludevano l'accesso alla procreazione medicalmente assistita alle coppie fertili ma portatrici di malattie genetiche trasmissibili, le quali, per altro, rientravano tra i criteri del grave pericolo legittimante l'aborto ai sensi dell'art. 6, lett. b, della legge 194/1978. In particolare la Consulta ha sottolineato come impedire a tali coppie di beneficiare delle tecniche scientifiche volte ad agevolare la procreazione di un figlio sano - e di conseguenza evitare la soluzione maggiormente lesiva della salute psichica e fisica della donna, benché legittima, consistente nell'interruzione della gravidanza - non troverebbe alcuna ragione logica poiché non sussisterebbe neppure un valido interesse antagonista da tutelare⁵¹.

L'art. 4 è stato sottoposto all'attenzione della Consulta anche in un'occasione precedente, quando la Corte ha dichiarato l'incostituzionalità del divieto di fecondazione eterologa previsto dal terzo comma del suddetto articolo. A differenza della fecondazione omologa, nella quale entrambi i gameti provengono dai soggetti che tramite la procreazione artificiale diverranno i genitori del nascituro, con la fecondazione eterologa uno dei due gameti utilizzati a fini procreativi, ovverosia l'ovocita della madre o il seme maschile, proviene da un soggetto donatore esterno alla coppia; il ricorso a tale tecnica è consentito quando venga riscontrata l'infertilità assoluta di almeno uno dei due soggetti della coppia, ovvero quando la procreazione omologa sia considerata dal medico un'ipotesi estremamente remota. Nella sentenza si legge che la scelta della coppia di diventare genitori costituisce espressione della libertà di autodeterminarsi, la cui limitazione può essere giustificata solamente dalla tutela di interessi di pari rango; difatti, in sede di bilanciamento, prevale sul diritto alle origini e all'identità del bambino. In definitiva, con questa sentenza la Corte afferma la sussistenza di un diritto alla genitorialità della coppia che trova fondamento nell'autodeterminazione procreativa⁵².

Il secondo comma dell'art. 13 consente la ricerca clinica e sperimentale sull'embrione a condizione che si perseguano scopi esclusivamente terapeutici e diagnostici, volti alla tutela della salute e allo sviluppo dell'embrione stesso; inoltre nei successivi commi vieta ogni forma

⁵¹ Corte cost., 05 giugno 2015, n. 96, in *Corr. giur.*, 2016, 2, p.p. 186 ss.

⁵² Corte Cost., 10 giugno 2014, n. 162, in *Foro it.*, 2014, 9, 1, p. 2324.

di selezione degli embrioni o dei gameti a scopo eugenetico, ovvero qualsiasi intervento diretto ad alterarne il patrimonio genetico o a predeterminarne caratteristiche genetiche, salvo i casi di finalità terapeutiche e diagnostiche previsti dal predetto secondo comma⁵³.

Sul punto è intervenuta la Corte Costituzionale con una sentenza del 2015, la quale ha dichiarato l'incostituzionalità dei commi terzo, lettera b, e quarto dell'art. 13 della l. n. 40/2004, i quali vietavano la selezione degli embrioni, anche se finalizzata a evitare l'impianto degli stessi affetti da malattie genetiche, tenendo conto, tra l'altro, che tali patologie possono legittimare l'interruzione della gravidanza ai sensi dall'art.6, lett. b, della l. n. 194/1978; ciò in virtù del diritto alla procreazione cosciente e responsabile⁵⁴.

Riprendendo l'analisi della già citata sentenza n. 151 del 2009, si può osservare come la Consulta abbia ritenuto incompatibile con la tutela della salute della donna e del nascituro, nonché con il principio di eguaglianza, rispettivamente ai sensi degli artt. 32 e 3 Cost., l'art. 14 secondo comma della L. 40/2004, il quale prevedeva l'obbligo di trasferire tutti gli embrioni prodotti, nel numero massimo di tre, nell'utero della donna tramite un unico impianto contemporaneo. In questo modo poteva sorgere la necessità di effettuare molteplici cicli di fecondazione con conseguenze pericolose per la salute della donna, dovute alla iperstimolazione ovarica, ma anche per il concepito nel caso di gravidanze plurime. Ciò ha comportato di conseguenza una deroga al divieto di crioconservazione degli embrioni, prevista dal primo comma dello stesso articolo, e la dichiarazione di incostituzionalità del terzo comma nella parte in cui non prevedeva che il trasferimento degli embrioni avvenisse senza arrecare un pregiudizio alla salute della donna. Ancora una volta la Corte rimarca la prevalenza della salute fisica e psicologica della madre sull'interesse a nascere del feto⁵⁵.

La disamina fin qui svolta mostra come gli interessi confliggenti che necessitano di volta in volta di un bilanciamento sono il punto di partenza di pretese risarcitorie; nelle vicende della nascita indesiderata, il danno si configura come conseguenza della violazione da parte del medico del diritto alla procreazione cosciente e responsabile della madre. Per "procreazione cosciente e responsabile" si intende la consapevolezza che dalla procreazione derivino una serie di obbligazioni e doveri dei quali la coppia deve farsi carico; allo stesso tempo tutela

⁵³ Art. 13, L. 19 febbraio 2004, n. 40.

⁵⁴ Corte cost., 11 novembre 2015, n. 229, in *Dir. pen. e proc.*, 2016, 1, p.p. 62 ss.

⁵⁵ Corte cost., 8 maggio 2009, n. 151, cit.; A. D'Aloia, P. Torretta, *La procreazione come diritto della persona*, cit. p.p. 1358 ss.

l'informazione sui sostegni di natura economica e sociale rivolti alle famiglie, sulle possibilità per ovviare agli ostacoli in campo riproduttivo, e in senso opposto, sulla contraccezione; inoltre concerne il tema del consenso informato nell'ambito della procreazione, in particolare negli interventi di interruzione volontaria della gravidanza, sterilizzazione e procreazione medicalmente assistita. Al riguardo di particolare rilevanza sono la diagnosi preimpianto, per quanto riguarda la procreazione artificiale, e la diagnosi prenatale, in quanto la nascita di un bambino disabile comporta un utilizzo maggiore di risorse economiche nonché potrebbe avere conseguenze sul piano psichico della famiglia. La procreazione cosciente e responsabile infatti è intesa come procreazione che non è irresponsabile, una scelta consapevole da parte della coppia per affrontare al meglio la futura vita familiare ovvero per rinunciare alla genitorialità nel rispetto dei presupposti stabiliti dalla normativa di riferimento; ciò comporta, inoltre, il diritto alla piena informazione sullo stato di salute dell'embrione o del feto⁵⁶.

Se da un lato, nelle vicende di danno da *wrongful birth*, la lesione da parte dei sanitari del diritto alla procreazione cosciente e responsabile della coppia può essere oggetto di pretese risarcitorie, lo stesso non può facilmente ritenersi per i casi di *wrongful life*. Intendere la vita come un danno, e di conseguenza ammettere un diritto a non nascere, potrebbe sollevare interrogativi rilevanti, soprattutto nelle ipotesi di confronto tra il preteso diritto a non nascere se non sano del bambino e la libertà della madre di portare a termine la gravidanza nonostante la diagnosi di gravi patologie o malformazioni del concepito. Come si vedrà in seguito, un primo problema scaturisce dalla difficile configurabilità di un diritto a nascere sani o non nascere affatto, in quanto il diritto a nascere sani è inteso, in realtà, solamente come diritto a che nessuno arrechi al concepito malattie o lesioni tramite azioni colpose o dolose, sia commissive che omissive, e inoltre che siano predisposti dall'ordinamento gli idonei istituti normativi volti alla tutela della maternità. Oltre a ciò è da considerarsi il divieto di aborto eugenetico previsto dalla normativa sull'interruzione volontaria della gravidanza, dunque *a fortiori*, (come verrà analizzato dettagliatamente nei capitoli successivi) non pare che possa essere contestata alla madre, e di conseguenza ad entrambi i genitori, la decisione di portare a

⁵⁶ G. Galli, V. Italia, F. Realmonte, M. T. Spina, C. E. Traverso, *L'interruzione volontaria di gravidanza: (commento alla legge 22 maggio 1978, n.194: norme per la tutela sociale della maternità e sull'interruzione volontaria della gravidanza)*, Milano, Giuffrè, 1978, p.p. 15 ss.

termine la gravidanza in virtù della libertà di procreare in modo cosciente e responsabile il proprio figlio, anche in seguito a una diagnosi di malattia o malformazione⁵⁷.

1.3 La necessaria informazione nel rapporto tra il medico e il paziente

La complessa questione riguardante il danno da nascita indesiderata è caratterizzata dalle vicende che hanno ad oggetto il fallimento di interventi volti a prevenire ovvero interrompere una gravidanza, ma anche l'omissione oppure l'inesatto adempimento del dovere di informazione da parte del medico, accomunati dal risultato di aver portato alla nascita di un figlio non voluto.

La relazione tra il medico e il paziente, negli ultimi decenni, è passata da una concezione paternalistica dell'attività medica, alla c.d. "alleanza terapeutica" tra i soggetti coinvolti nella relazione di cura. Il primo modello era caratterizzato dalla figura del sanitario quale unico detentore del sapere necessario per la prestazione delle cure e di conseguenza unico soggetto idoneo ad effettuare le scelte sui trattamenti e sull'iter terapeutico ai quali sottoporre il paziente. Quest'ultimo, per converso, veniva considerato come un soggetto passivo, con la conseguenza che il suo consenso alla prestazione medica era ritenuto presunto per il solo fatto che tale attività fosse finalizzata al raggiungimento del benessere dell'assistito, mentre la sua volontà si traduceva in mera facoltà di scelta del sanitario al quale affidarsi. Successivamente, con l'affermarsi della convinzione che il paziente debba ricevere dal medico un'ideale e completa informazione, e che, in relazione a questa, egli debba manifestare il proprio consenso, si è visto riportare ad una condizione di equilibrio il rapporto tra i due soggetti, che ha inoltre conferito al paziente un ruolo attivo nel processo decisionale in virtù dei principi fondamentali della dignità e dell'autodeterminazione; tale evoluzione della relazione medico-paziente ha condotto, infine, all'elaborazione del modello dell'alleanza terapeutica nel rapporto di cura⁵⁸. Pertanto la relazione tra i due soggetti può essere definita come "nucleo di forti relazioni civili, etiche, giuridiche e tecnico-professionali, ogni volta uniche e irripetibili, in cui l'autonomia e la

⁵⁷ A. D'Aloia, P. Torretta, *La procreazione come diritto della persona*, cit. p.p. 1364 ss.

⁵⁸ C. Quagliariello, C. Fin, *Il consenso informato in ambito medico. Un'indagine antropologica e giuridica*, Bologna, Il Mulino, 2016, p.p. 25 ss.

l. n. 135/1990 relativa al programma di interventi urgenti per la prevenzione e la lotta contro l'AIDS⁷³.

Dalla normativa pertanto si può osservare come la relazione tra il medico e il paziente sia caratterizzata da una stretta collaborazione volta a porre l'assistito nella condizione di poter effettuare una scelta consapevole e libera; inoltre, se in passato il medico operava tendenzialmente in maniera individuale, ora la prassi consiste nel lavoro d'*équipe*, sicché ogni componente è tenuto ad adempiere al rispettivo obbligo d'informazione⁷⁴.

Con l'entrata in vigore della legge 219/2017 è stata data per la prima volta una disciplina organica e completa del consenso informato, la quale ha fissato i principi stabiliti dalle fonti menzionate. All'art. 1, primo comma, viene sancito il fondamento del consenso stabilendo che “nessun trattamento sanitario può essere iniziato o proseguito se privo del consenso libero e informato della persona interessata, tranne che nei casi espressamente previsti dalla legge.”, inoltre al secondo comma enuncia lo scopo di promuovere e valorizzare “la relazione di cura e di fiducia tra paziente e medico che si basa sul consenso informato nel quale si incontrano l'autonomia decisionale del paziente e la competenza, l'autonomia professionale e la responsabilità del medico”, definendo anche i soggetti coinvolti, ovverosia: gli esercenti che compongono l'*équipe* sanitaria, il paziente ed eventualmente, se rispecchia la sua volontà, i propri familiari, il convivente, la parte dell'unione civile ovvero una persona di fiducia. Il contenuto di tale consenso è stabilito al terzo comma dell'articolo in commento, “ogni persona ha il diritto di conoscere le proprie condizioni di salute e di essere informata in modo completo, aggiornato e a lei comprensibile riguardo alla diagnosi, alla prognosi, ai benefici e ai rischi degli accertamenti diagnostici e dei trattamenti sanitari indicati, nonché riguardo alle possibili alternative e alle conseguenze dell'eventuale rifiuto[...] può rifiutare in tutto o in parte di ricevere le informazioni ovvero indicare i familiari o una persona di sua fiducia incaricati di riceverle e di esprimere il consenso in sua vece”. Le modalità di acquisizione sono enunciate al quarto comma e devono essere le più consone alle condizioni del paziente, inoltre il consenso deve essere “documentato in forma scritta o attraverso videoregistrazioni o, per la persona con disabilità, attraverso dispositivi che le consentano di comunicare”, infine per la conservazione deve essere inserito nella cartella clinica e nel fascicolo sanitario elettronico. Di particolare

⁷³ Art. 5, c. 3, l. 5 giugno 1990, n. 135 “Nessuno può essere sottoposto, senza il suo consenso, ad analisi tendenti ad accertare l'infezione da HIV se non per motivi di necessità clinica nel suo interesse [...]”.

⁷⁴ B. Marucci, *La riforma sanitaria Gelli-Bianco. Osservazioni in tema di responsabilità civile*, cit. p.p. 45 ss.

importanza è pure il sesto comma, il quale stabilisce che il medico è obbligato a rispettare la volontà espressa dal paziente e “in conseguenza di ciò, è esente da responsabilità civile o penale”⁷⁵.

La legge 219/2017, inoltre, introduce la disciplina delle disposizioni anticipate di trattamento “D.A.T.”, finalizzate ad assicurare il rispetto della volontà del paziente per il tempo in cui non sarà più in grado di autodeterminarsi, previa un’adeguata informazione sulle conseguenze delle sue scelte, indicando altresì la possibilità di nominare una persona di fiducia che lo rappresenterà nelle relazioni col personale sanitario⁷⁶.

Tali disposizioni hanno conferito rilievo all’importanza dell’informativa che il medico ha il dovere di elargire in ogni singola fase del rapporto con il paziente, il quale ha diritto ad ottenere un’informazione “veritiera, corretta, professionale, chiara, personale, atecnica, funzionale, proporzionale e completa di ogni aspetto relativo al proprio quadro clinico, comprensivo di natura e scopo dell’intervento o del trattamento proposto, esito previsto e probabilità di successo, rischi, alternative e relative informazioni, effetti della mancata attuazione dell’intervento o del trattamento, incluso l’effetto sulla prognosi e i rischi materiali conseguenti, nonché sicurezza e qualità della struttura sanitaria e degli apparecchi o dei dispositivi medici eventualmente utilizzati” nonché deve includere l’aspetto economico della prestazione e l’esposizione delle alternative, la mancanza di un requisito comporta un’ipotesi di evento dannoso⁷⁷.

Il giudice di legittimità, tuttavia, ha specificato che l’obbligo d’informazione deve comprendere la comunicazione di tutti i rischi prevedibili correlati alla prestazione medica, anche in caso di minima probabilità che si verifichino, ma al contrario, non è necessaria l’esposizione dei rischi anomali, ovverosia quando la probabilità è circoscritta alle ipotesi del caso fortuito⁷⁸. Inoltre il codice di deontologia medica all’articolo 33 ha stabilito una idonea informazione da parte del sanitario, deve essere essenziale ed esaustiva, ma anche adeguata alla capacità di comprensione del paziente.

⁷⁵ Art. 1, l. 22 dicembre 2017, n. 219.

⁷⁶ Art. 4, l. 22 dicembre 2017, n. 219.

⁷⁷ A. Diurini, *Gli eventi dannosi*, in A. Belvedere e S. Riondato (a cura di), *La responsabilità in medicina*, Milano, Giuffrè, 2011, p. 356.

⁷⁸ Cass. Civ., sez. III, 15 gennaio 1997, n. 364, in *Foro it.*, 1997, I, p. 771.

Considerato che l'informazione non si limita all'illustrazione dei rischi e benefici della prestazione medica riferiti alla salute fisica del paziente, bensì risulta di portata significativamente più ampia, allora la lesione della libertà di autodeterminazione e della salute, nello svolgimento della prestazione sanitaria, si traduce in un'alterazione delle condizioni dell'esistenza dell'assistito che porta a ritenere che l'obbligo informativo abbia lo scopo di tutelare anche il benessere del paziente⁷⁹; pertanto, qualora l'informazione non sia adeguata, ovvero omessa, e dunque non renda edotto il paziente sulla prestazione medica, il consenso rilasciato dallo stesso risulta invalido con la conseguenza che l'attività del sanitario diviene fonte di responsabilità⁸⁰.

1.4 Il concepito e lo statuto della vita prenatale

Il progresso della scienza medica nell'ambito delle tecniche di diagnosi prenatale e di procreazione medicalmente assistita, insieme alla crescente attenzione all'autodeterminazione procreativa, hanno condotto l'ordinamento giuridico a confrontarsi con maggiore frequenza sulla riconoscibilità, e risarcibilità, della figura di danno nel caso delle vicende di “*wrongful birth*” e “*wrongful life*”⁸¹. Sotto questo aspetto assume rilevanza la discussione concernente lo statuto del concepito, in quanto, la tutela del nascituro, sia con riguardo ai differenti stadi dello sviluppo del feto durante la gestazione, sia in riferimento alla condizione in cui esso si trovi - ovverosia in vitro o nell'utero della madre- occupa una posizione centrale nel tema in analisi.

In primo luogo è opportuno interrogarsi sul momento in cui ha inizio la vita umana, considerato che la questione si presenta di particolare rilievo in relazione a ulteriori interrogativi, che ad essa sono collegati, concernenti rispettivamente il preliminare quesito se il concepito sia una persona, il problema della destinazione alla vita, e infine la relativa tutela giuridica.

La risposta alla questione da parte del diritto prende avvio dalle tesi prospettate dalla letteratura scientifica, la quale fa riferimento alle diverse fasi del periodo parentale nelle quali si attua un processo di sviluppo di “materiale umano vivo” che ha inizio nel momento in cui i gameti, maschili e femminili, si incontrano, fino ad arrivare al momento della nascita. Nello

⁷⁹ G. Montanari Vergallo, *Il rapporto medico-paziente. Consenso e informazione tra libertà e responsabilità*, Milano, Giuffrè 2008, p.p. 116 ss.

⁸⁰ A. Gorgoni, *I danni da malattia genetica non diagnosticata*, in *Pers. e merc.*, 2014, 3, p.p. 157 ss.

⁸¹ B. Sgorbati, *Wrongful birth e wrongful life*, cit. p.p. 49 ss.

specifico quando i gameti maschili si uniscono all'ovulo femminile si parla di "fecondazione", a questo punto la cellula fecondata prende il nome di "embrione", il quale si forma in circa 24 ore per poi iniziare a segmentarsi formando aggregati di cellule. A partire circa dal quattordicesimo giorno dalla fecondazione, se l'embrione si è formato in vivo e non in vitro, si impianta nell'utero della donna e prosegue con il proprio sviluppo, in seguito, circa dall'ottava settimana dall'incontro dei gameti, si forma il "feto" che assume la conformazione tipica della specie umana, questo periodo è caratterizzato dallo sviluppo degli organi e si protrae fino al momento della nascita⁸².

Dunque se per la scienza l'embrione è considerato umano, in quanto da questo punto di vista non si tratta di cellule morte e inerti, bensì di materiale umano vivo, occorre interrogarsi sul fatto che lo stesso possa godere dello *status* di persona anche sotto il profilo giuridico.

Il Comitato Nazionale per la bioetica nel 1996 si è espresso al riguardo, puntualizzando che la natura materiale e biologica dell'embrione lo pone tra gli esseri appartenenti alla specie umana, inoltre "al prodotto del concepimento viene riconosciuto lo statuto di individuo perlomeno a partire dal momento, precedente la comparsa della linea primitiva, in cui viene irreversibilmente perduta la capacità di suddivisione in due o più embrioni, o di ricostituzione di un singolo embrione, in seguito alla fusione di due embrioni", dunque il Comitato sostiene la tesi secondo la quale "l'identità personale dell'embrione sussiste sin dalla fecondazione" pertanto lo stesso "ha il diritto di essere trattato come una persona, ossia nel modo secondo cui conveniamo debbano essere trattati gli individui della nostra specie sulla cui natura di persone non vi sono dubbi"⁸³.

La l. 40/2004 in materia di procreazione medicalmente assistita "assicura i diritti di tutti i soggetti coinvolti, compreso il concepito", pertanto il problema dell'inizio della vita umana parrebbe legislativamente risolto, se non che tale soggettività attribuita dal legislatore al concepito non deve essere considerata come un dogma, ma come sintesi espressiva di una realtà che va individuata esaminando la questione della tutela giuridica dell'inizio della vita⁸⁴.

I giuristi non necessariamente identificano la persona fisica giuridicamente intesa con l'individuo umano considerato dal punto di vista biologico: l'autore A. Tarantino ha sottolineato

⁸² A. Spadaro, *Il "concepito": questo sconosciuto...*, in *BioLaw Journal – Riv di biodir., Special Issue*, 2, 2019 p.p. 419 ss.

⁸³ Comitato Nazionale per la Bioetica, *Identità e statuto dell'embrione umano*, 22 giugno 1996.

⁸⁴ F. D. Busnelli, *L'inizio della vita umana*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, 4, p.p. 533 ss.

a interrogarsi sulla questione della cd. “deumanizzazione degli attori giuridici”⁸⁹ e la disciplina dei nuovi soggetti e entità partendo da una concezione critica dell’antropocentrismo giuridico.

A tal proposito attribuire lo *status* di “non-soggetto di diritto” equivale a una sanzione nei suoi confronti che si traduce in una degradazione del soggetto, pertanto, come sostenuto da un’autorevole dottrina, è necessario scindere la categoria del soggetto da quella della persona in modo da poter dare attuazione ai principi costituzionali volti a tutelare la persona e la personalità. In questo modo è possibile considerare “l’astratta unità del soggetto” che corrisponde a differenti “figure della soggettività” caratterizzate dalle proprie, e diverse, peculiarità;⁹⁰ pertanto è possibile distinguere la nozione di persona considerata come soggetto sulla base della propria natura fisica, ovvero giuridica, da quella di soggetto inteso come titolare di posizioni giuridiche. Ne deriva che il soggetto di diritto non è esclusivamente l’essere umano vivente, e per di più, la soggettività può essere quantificata e pure negata, difatti è possibile che una persona venga considerata esistente dal punto di vista biologico ma non anche da quello giuridico⁹¹.

La situazione del soggetto di diritto è strettamente collegata con la capacità giuridica che gli attribuisce la qualità di soggetto in senso giuridico; ciò è possibile in conseguenza dell’evoluzione del costituzionalismo moderno che ha portato all’abbandono degli *status*, attribuiti a partire dal periodo medievale, per giungere all’attribuzione della soggettività a tutti gli uomini indistintamente in virtù dei principi contenuti negli artt. 2 e 3 della Costituzione⁹²

A tal proposito l’art. 1 c.c. disciplina la capacità giuridica e dispone che essa si acquista al momento della nascita, si tratta di una categoria formale che, insieme alla capacità di agire e allo *status*, permettono di delineare la posizione della persona fisica nell’ambito del diritto. Può essere definita come l’attitudine della persona alla titolarità di posizioni giuridiche attive e passive, e si identifica sia con la soggettività, in quanto all’uomo non può essere negata la dignità di soggetto, sia con la personalità, in virtù della titolarità del soggetto di diritti e di garanzie strettamente collegati ad essa. Il preciso significato della capacità giuridica si comprende tramite l’interconnessione di tali concetti, i quali pur non essendo sinonimi – infatti la soggettività è definita come presupposto per la titolarità di situazioni giuridiche, e la personalità

⁸⁹ R. Míguez Núñez, Ivi. p. 31.

⁹⁰ R. Míguez Núñez, Ivi. p. 72, 73.

⁹¹ R. Míguez Núñez, Ivi. p. 75.

⁹² R. Míguez Núñez, Ivi. p. 39.

vengono concessi alcuni diritti a taluni soggetti proprio perché una determinata comunità valuta come socialmente importanti tali interessi tanto da conferirgli tutela. Pertanto partendo dal presupposto che le norme siano regole di condotta, non è necessario che il soggetto per essere considerato tale debba possedere le qualità idonee ad adottare tale comportamento, bensì è opportuno osservare la ratio della norma per capire chi sia il soggetto portatore dell'interesse che la stessa tende a proteggere, di conseguenza si può affermare che il soggetto giudico sia il titolare dell'interesse e non il soggetto agente. In questo modo è possibile far rientrare nella categoria del soggetto tutte le entità portatrici di un interesse degno di tutela, tra le quali le cd. "ibride"¹¹³.

Anche in giurisprudenza l'orientamento¹¹⁴ che oggi sembra essere il maggioritario, sostiene che il nascituro goda di una tutela oggettiva che prescinde dalla sua qualificazione come persona. In particolare la giurisprudenza di merito reputa il concepito un centro di interessi giuridicamente tutelato al quale, anche se privo di capacità giuridica, deve essere riconosciuta una legittima aspettativa a nascere, considerato che l'evento della nascita non ha alcun significato limitativo in relazione ai diritti fondamentali¹¹⁵. Sembra essere dello stesso avviso anche la Corte costituzionale che con la sentenza n. 27 del 1975¹¹⁶ ha riconosciuto che tra i diritti inviolabili dell'uomo deve essere ricompresa anche la situazione giuridica del concepito, la cui tutela ha fondamento negli artt. 2 e 31, secondo comma, Cost. dato che, rispettivamente, l'uno riconosce i diritti inviolabili dell'uomo dai quali non può essere escluso il nascituro, seppur con le proprie peculiarità, l'altro in quanto prevede la protezione della maternità. In particolare l'art. 2 Cost. nel garantire i diritti inviolabili dell'uomo, effettua un riferimento generico, non si rivolge ad una persona fisica in senso giuridico ovvero ad un soggetto di diritti, bensì all'uomo, intendendo così l'attribuzione di tali diritti ad ogni individuo. Per di più il principio da ultimo richiamato è proclamato anche da alcune dichiarazioni internazionali, ovverosia la Dichiarazione universale dei diritti umani del 1948, art. 1 e la Convenzione europea dei diritti dell'uomo del 1950, nonché dalla legislazione ordinaria precedentemente richiamata; pertanto da tale normativa si riconosce che il concepito sia

¹¹³ R. Míguez Núñez, Ivi. p.p. 106- 108.

¹¹⁴ Cass., SS. UU., 22 dicembre 2015, n. 25767; in M. Foglia, *Diritto a non nascere (se non sano)*, cit. p. 150.

¹¹⁵ G. Bonilini, M. Confortini, *Codice ipertestuale della famiglia*, cit. p.p. 93 ss.

¹¹⁶ Corte cost., 18 febbraio 1975, n. 27.

considerato come un centro di imputazione di un interesse alla vita e alla salute meritevole di tutela giuridica¹¹⁷.

Il diritto alla vita va inteso come garanzia giuridica dell'interesse alla vita, non solo nel senso restrittivo di *ius vitae* ma nel più ampio significato di *ius ad vitam*, ovverosia di conseguire la vita per la quale si è stati procreati; ciò si ricava dall'interpretazione che, in virtù art. 2 Cost., va data alle disposizioni della l. n. 194/1978, in particolare nella parte in cui prevede di considerare legittimi gli atti lesivi dell'embrione o del feto solamente nelle ipotesi consentite da tale legge¹¹⁸. L'esistenza di un centro di imputazione di interessi tutelati dall'ordinamento ha, dunque, condotto la giurisprudenza a conferire rilievo alle aspettative di vita del concepito, giungendo anche ad ammettere la risarcibilità di danni derivanti da lesioni subite nel periodo prenatale; in particolare è stata riconosciuta la tutela dell'interesse – o della legittima aspettativa – in assenza delle condizioni che legittimano l'interruzione della gravidanza, a nascere, e a nascere sano¹¹⁹.

Per quanto attiene al diritto alla salute, va osservato che altro non è che un'espressione del più generale diritto alla vita e va inteso sia nel suo significato di naturale sviluppo dalle origini fino alla morte, che nella propria accezione di integrità fisica e psichica, inoltre ad esso si ricollega il dovere di cura del nascituro.

Considerato che lo Stato tutela la vita umana fin dal suo inizio, i genitori del concepito, nonché il medico, che gli presta le cure nel periodo prenatale, devono adottare un comportamento idoneo a salvaguardare la sua salute e adeguato alle esigenze che gli permettono di giungere alla nascita, da ciò consegue la questione della responsabilità verso il nascituro, sia dei terzi, che dei genitori, i quali gli arrechino un danno nel corso di tale periodo¹²⁰. Al concepito è riconosciuta una legittima aspettativa a nascere, che diventa aspettativa a nascere sano una volta terminata la gravidanza in maniera regolare, da questo momento tale soggetto matura un diritto soggettivo la cui lesione configura un'ipotesi di danno risarcibile anche se i fatti lesivi risalgono al periodo prenatale. Infatti non è necessario che il soggetto sia capace nel momento in cui subisce il pregiudizio, ciò che rileva è il nesso di causalità tra la lesione e il danno sofferto

¹¹⁷ G. M. Carbone, *Alcune 'quaestiones disputatae' sull'embrione umano*, cit. p. 140.

¹¹⁸ G. M. Carbone, *Ivi*, p. 143.

¹¹⁹ G. Bonilini, M. Confortini, *Codice ipertestuale della famiglia*, cit. p.p. 93 ss.

¹²⁰ G. M. Carbone, *Alcune 'quaestiones disputatae' sull'embrione umano*, cit. p. 150.

le cui conseguenze negative, tra l'altro, produrranno gli effetti sul soggetto una volta nato, e dunque, dopo aver acquistato la capacità giuridica.¹²¹

La questione del concepito ha portato la giurisprudenza a effettuare diversi cambi di rotta nel corso degli anni: secondo l'orientamento più risalente prospettato dalla Corte di Cassazione con la sentenza n. 10741 del 2009, è riconosciuta al nascituro una autonoma soggettività giuridica poiché esso è “titolare, sul piano sostanziale, di alcuni interessi personali in via diretta, quali il diritto alla vita, e quelli alla salute o integrità psico-fisica, all'onore o alla reputazione, all'identità personale”¹²², affermando inoltre il principio di diritto secondo il quale il concepito ha diritto a nascere sano e di conseguenza sul personale sanitario grava l'obbligo di risarcirlo nel momento in cui violi il proprio dovere di una corretta e piena informazione sui rischi della prestazione medica erogata alla madre, in forza del rapporto instaurato con la stessa che produce i suoi effetti protettivi anche nei confronti del nascituro, nonché in conseguenza della violazione del dovere di somministrare farmaci che non arrechino danni al bambino stesso. Tuttavia, nonostante la Corte abbia affermato la soggettività del concepito, ha anche sostenuto che lo stesso non ha alcun diritto al risarcimento quando il consenso informato è stato richiesto ai fini dell'interruzione della gravidanza, in quanto la giurisprudenza non riconosce la configurabilità di un diritto a non nascere se non sano¹²³.

Qualche anno dopo, la stessa Corte, con la sentenza n. 16754 del 2012¹²⁴, ha effettuato una analisi critica del proprio precedente sopra menzionato, ravvisando che, diversamente dal primo orientamento, la protezione del concepito non necessita di passare attraverso l'istituzione di soggetto di diritto, bensì è sufficiente che sia considerato oggetto di tutela da parte dell'ordinamento, di modo che liberandosi dall'esigenza di conferire soggettività giuridica al nascituro, diventa possibile affermare la sua titolarità del diritto al risarcimento per essere nato con una disabilità che si rifletterà nelle maggiori difficoltà che dovrà affrontare nel corso della vita. In particolare il danno e la rispettiva pretesa derivano dalla colpevole omissione del medico che ha cagionato “la stessa esistenza diversamente abile” per aver negato alla madre la facoltà di avvalersi delle procedure interruttrive della gravidanza, situazione dalla quale, pertanto,

¹²¹ Trib. Verona, 15 ottobre 1990, con nota di P. Giammaria, *Cenni sul danno al concepito*, in *Giur. mer.*, 1992, in G. M. Carbone, Ivi. p. 150.

¹²² Cass. civ., sez. III, 11 maggio 2009, n. 10741, in G. Ballarani, *La soggettività del concepito e le incoerenze della Suprema Corte*, in *dir. fam. e pers.*, 4, 2013, p.p. 1491 ss.

¹²³ Cass. civ., sez. III, 11 maggio 2009 n. 10741, in *Danno resp.*, 2009, p.p. 1167 ss.

¹²⁴ Cass. civ., sez. III, 2 ottobre 2012, n. 16754.

discende il danno subito dal concepito in ordine alla relazione che intercorre tra i due soggetti, non in veste di “rappresentante- rappresentato”, bensì di “includente-incluso”. In altre parole il Supremo Collegio ha sottolineato come la soggettività del concepito non può essere ravvisata nel fatto che lo stesso sia oggetto di protezione da parte dell’ordinamento, dunque il diritto al risarcimento del danno subito dal bambino nato con disabilità va identificato nell’estensione degli effetti protettivi del rapporto instaurato tra la madre e il professionista sanitario, e tale diritto può essere fatto valere dal figlio dopo la nascita, poiché in conseguenza della lesione del diritto all’autodeterminazione della donna, esso può lamentare la propria condizione di disabilità¹²⁵.

La giurisprudenza, pertanto, in linea generale ammette che il minore possa esercitare l’azione per il risarcimento del danno subito nella fase prenatale¹²⁶, tuttavia, se ciò sembra indubbio in relazione alla risarcibilità del danno nelle vicende in cui, la tra la condotta commissiva dell’operatore sanitario e il danno subito dal bambino, sussiste il nesso causale (ad esempio nel caso di responsabilità del medico nei confronti di un soggetto nato con disabilità a causa dell’ omessa comunicazione ai genitori della pericolosità di un farmaco prescritto per agevolare la procreazione¹²⁷, o ancora di una patologia della madre che può avere conseguenze negative per la salute del feto¹²⁸), al contrario sembrano problematici i casi in cui il sanitario è autore mediato o indiretto del danno, si tratta delle vicende di errata diagnosi prenatale dove il medico, tramite la propria condotta omissiva, priva la gestante di esercitare le facoltà che le sono riconosciute dalla legge, tuttavia non sembra che la giurisprudenza riconosca un nesso di causalità tra la condotta e l’evento dannoso tale per cui il minore possa invocare la pretesa risarcitoria.

In conclusione sembra corretto affermare che il riconoscimento della titolarità di un diritto e la legittimazione attiva del bambino non sono preclusi dacché il fatto illecito si sia verificato in un momento anteriore alla nascita¹²⁹, benché tale riconoscimento sia a essa subordinato, pertanto pare sufficiente la qualità “umana” del concepito a renderlo un centro di

¹²⁵ Cass. civ., sez. III, 2 ottobre 2012, n. 16754, in *Fonti del diritto - Agg. Cod. civ. di P. Rescigno*, 0, 2012, con nota di S. Vacca, *L'equivoco "danno da nascita indesiderata": il revirement della Suprema Corte. Responsabilità civile*, p.p. 200 ss.

¹²⁶ Cass., SS. UU., 22 dicembre 2015, n. 25767; in M. Foglia, *Diritto a non nascere (se non sano)*, cit. p.p. 151 ss.

¹²⁷ Cass. civ., sez. III, 11 maggio 2009, n. 10741; in M. Foglia, Ivi. p.p. 151 ss.

¹²⁸ Cass., SS. UU., 22 dicembre 2015, n. 25767; in M. Foglia, Ivi. p.p. 151 ss.

¹²⁹ M. Foglia, Ivi. p.p. 150 ss.

imputazione di interessi giuridicamente tutelati, di diritti e garanzie, allorché qualsiasi controversia in tema di capacità giuridica, soggettività e personalità assume una posizione di marginale rilevanza.

1.4.1 La questione degli embrioni soprannumerari

Un importante profilo che necessita di essere analizzato riguarda la delicata questione della condizione degli embrioni soprannumerari prodotti in vitro e del loro utilizzo.

Il numero di embrioni soprannumerari ha subito una crescita esponenziale in conseguenza degli interventi di modifica della l. 40/2004, in materia di procreazione medicalmente assistita; in particolare la Consulta¹³⁰ (come già anticipato nei precedenti paragrafi) ha dichiarato illegittimo l'obbligo che prevedeva la produzione di un numero di embrioni non superiore a tre e del contestuale impianto degli stessi senza prima effettuare un'attenta valutazione delle condizioni della donna che di volta in volta si sottoponeva alla procedura di fecondazione. Tutto ciò ha alimentato il dibattito sulla questione, e se da una parte si è sostenuta la tesi della naturale destinazione alla vita dell'embrione, in quanto essere umano e centro di imputazione di diritti, del quale è necessario preservare la dignità; dall'altra, si propende per la loro destinazione alla ricerca scientifica volta al benessere della collettività, in conseguenza dell'assenza di possibilità di portare tali embrioni alla nascita¹³¹.

Il tema si complica in quanto si tratta di embrioni prodotti in vitro, i quali non risultano pacificamente ricollegabili nella nozione civilistica di soggetto di diritto dotato di capacità giuridica ai sensi del primo comma dell'art. 1, c.c., ma nemmeno in quella di concepito destinatario potenziale di diritti come inteso dal secondo comma del predetto articolo; tanto è vero che queste disposizioni fanno riferimento all'embrione come frutto del concepimento inserito nel grembo materno. Inoltre non risultano neppure accomunati con la categoria del nascituro non concepito, dal momento che essi costituiscono il risultato dell'unione dei gameti dei genitori realizzata artificialmente in vitro; in sostanza sembra che essi siano collocati in una sorta di "limbo definitorio[...] di concepiti non (necessariamente) nascituri"¹³².

¹³⁰ Corte cost., 8 maggio 2009, n. 151.

¹³¹ F. Di Lella, *Identità e destino degli embrioni soprannumerari. Ipotesi de iure condendo*, in *EJPLT*, 2022, 2, p.p. 84 ss.

¹³² F. Di Lella, *Ivi*, p. 86.

Gli embrioni soprannumerari, dunque, sono caratterizzati dal fatto di non essere stati selezionati per l'utilizzo nelle procedure di procreazione artificiale, sia in quanto non impiantati poiché prodotti in numero maggiore rispetto ai cicli di fecondazione della donna che si è avvalsa delle tecniche di procreazione medicalmente assistita, sia perché essi risultano geneticamente non sani, e dunque inadatti al trasferimento in utero per scongiurare un grave pericolo per la salute della donna. All'interno di queste categorie occorre distinguerne ulteriormente due sottocategorie: la prima è composta dagli embrioni in esubero criocongelati ma ancora potenzialmente utilizzabili per scopi riproduttivi, l'altra è costituita dagli embrioni non adatti al trasferimento poiché affetti da patologie o malformazioni, ovvero non vitali¹³³.

In relazione al primo gruppo si è formulata l'ipotesi di utilizzare gli embrioni in stato di abbandono per una sorta di "adozione prenatale", basata sul presupposto di una donazione dell'embrione da parte dei genitori biologici e mutuando le disposizioni in materia di adozione di minore, così da consentire ai genitori adottivi la gestazione, e di conseguenza la nascita, di un figlio; tuttavia l'assenza della previsione di tale istituto non consente di utilizzare in concreto quest'ipotesi, l'unica soluzione per la condizione degli embrioni abbandonati resta la crioconservazione¹³⁴.

La seconda sottocategoria, composta dagli embrioni inadatti al trasferimento, porta con sé la problematica questione del loro impegno, considerato che questi non possiedono alcuna prospettiva di un futuro impianto, e dunque di una destinazione alla vita, si è posta la domanda se si debbano crioconservare per un tempo indeterminato in attesa della loro fine naturale, ovvero se le loro caratteristiche di inidoneità al trasferimento e all'utilizzo nella procreazione medicalmente assistita, nonché lo stato di abbandono, possano giustificare l'utilizzo nell'ambito della ricerca scientifica¹³⁵.

La dottrina favorevole all'ipotesi di utilizzo degli embrioni inadatti al trasferimento per scopi scientifici sostiene che sia preferibile destinarli al nobile fine della ricerca per la tutela della salute collettiva piuttosto che abbandonarli fino al momento della loro fine naturale; inoltre lo stato in cui si trovano, ovvero sia criocongelati a tempo indeterminato e senza prospettive di giungere alla vita, potrebbe essere paragonato con una condizione di morte lesiva della dignità degli embrioni. A tal proposito le parole di M. D'Amico "se l'embrione fosse

¹³³ R. Cristiano, *Gli embrioni soprannumerari: tutela e sperimentazione*, in *Riv. aic.*, 2, 2018, p.p. 4 ss.

¹³⁴ R. Cristiano, *Ivi.* p.p. 5 ss.

¹³⁵ R. Cristiano, *Ivi.* p.p. 5 ss.

davvero vita umana con la stessa dignità di una persona, diventerebbe allora inconcepibile anche soltanto immaginare che la soluzione più rispettosa per la sua dignità sia quella di lasciarlo abbandonato. Per quella vita e per quella dignità bisognerebbe costruire soluzioni alternative all'abbandono che non potrebbero essere altro che la donazione ad altre coppie o alla ricerca.¹³⁶; pertanto la condizione degli embrioni soprannumeri risulta poco rispettosa della loro dignità e in contrasto col principio garantito dall'art. 2 della Costituzione¹³⁷.

L'orientamento contrario¹³⁸, all'opposto, sostiene la pericolosità della legittimazione della sperimentazione sugli embrioni soprannumeri, in quanto la conseguenza potrebbe essere la creazione di embrioni in vitro col solo scopo di destinarli alla ricerca; una pratica eticamente inaccettabile e in aperto contrasto con i principi costituzionali e le Carte internazionali. Ciò riflette il giudizio di valore sullo *status* dell'embrione: individuo dotato di dignità umana al quale è garantito un apposito statuto giuridico nel bilanciamento con i contrapposti valori ed interessi costituzionalmente protetti¹³⁹.

A tal proposito davanti alla Corte costituzionale è stata sollevata la questione di legittimità in riferimento all'art. 13, commi primo e terzo, della legge n. 40 del 2004, sul divieto di ricerca scientifica sugli embrioni soprannumeri crioconservati e inutilizzabili¹⁴⁰. Con questa sentenza, n. 84 del 2016, la Corte, ha dichiarato inammissibile la questione, riconfermando l'indirizzo scelto dal legislatore in relazione alla disciplina a tutela del valore dell'embrione; difatti, discostandosi dalle proprie decisioni precedenti, la sentenza è caratterizzata dalla centralità della dignità dell'embrione, considerato vitale a tutti gli effetti e umanizzato nella relazione con gli altri soggetti, e dunque, dal conseguente rifiuto ad aprirsi ad alcun tipo di bilanciamento, richiamando la discrezionalità del legislatore per regolamentare la questione. La Corte ha ricostruito la relazione tra l'embrione inutilizzabile e la coppia, che per impossibilità o assenza di volontà, non lo ha utilizzato, paragonandola al rapporto tra genitori e figlio; inoltre ha raffigurato una sorta di analogia tra il diritto al consenso informato che spetta ad ogni soggetto, e la situazione dell'embrione che, anche se considerato persona, non ha la

¹³⁶ R. Cristiano, Ivi. p. 6., sulle premesse di M. D'Amico, *La Corte costituzionale chiude la porta agli scienziati in nome della dignità dell'embrione*, *BioLaw Journal – Riv biodir*, 2, 2016, p. 176.

¹³⁷ R. Cristiano, Ivi. p.p. 5 ss.

¹³⁸ R. Cristiano, Ivi. p. 7, sulle premesse di *Parere del Comitato Nazionale per la Bioetica, Su ricerche utilizzando embrioni umani e cellule staminali*, 11 aprile 2003.

¹³⁹ R. Cristiano, Ivi. p. 7, sulle premesse di *Parere del Comitato Nazionale per la Bioetica su Identità e statuto dell'embrione umano*, 22 giugno 1996.

¹⁴⁰ Corte cost., 13 aprile 2016, n. 84.

possibilità di prendere decisioni sulla propria situazione, e a maggior ragione, sulla propria estinzione¹⁴¹.

Come anticipato, la Corte, mediante tale ricostruzione della posizione e dei diritti dell'embrione, si è discostata dalle proprie decisioni precedenti: in primo luogo dalla sentenza n. 27 del 1975¹⁴², con la quale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 546 c.p., nella parte in cui non prevedeva la possibilità di interrompere la gravidanza nel caso in cui l'ulteriore gestazione avrebbe provocato un danno, o un grave pericolo alla salute della donna. Nella decisione la Consulta ha affermato che non sussiste un'equivalenza tra il diritto alla vita e alla salute di chi è già persona, ovverosia la madre, e la salvaguardia dell'embrione. Per di più la decisione in commento è in contrasto con la precedente giurisprudenza costituzionale in materia di procreazione medicalmente assistita, la quale modificando la normativa, ha consentito il bilanciamento tra la posizione dell'embrione e le esigenze della procreazione¹⁴³.

In conclusione, conseguentemente agli interventi della giurisprudenza e all'evoluzione scientifica, la situazione degli embrioni soprannumeri è divenuta fisiologica, inoltre l'auspicato bilanciamento con gli interessi costituzionalmente protetti della ricerca scientifica finalizzata alla tutela della salute individuale e collettiva, avrebbero come controparte un embrione inutilizzabile nel procedimento riproduttivo; per di più i progressi della tecnologia consentirebbero la ricerca senza incidere per forza sull'integrità di tali embrioni. Tuttavia, anche nell'ipotesi in cui l'embrione, come sostiene la Corte nella sentenza n. 84 del 2016, venga considerato vita umana con dignità al pari di una persona, allora pare ingiustificabile che la destinazione più rispettosa per gli embrioni inutilizzati sia l'abbandono senza la possibilità di costruire soluzioni alternative volte al perseguimento di ulteriori interessi costituzionalmente rilevanti, come la salute, mediante l'attività di ricerca medico scientifica¹⁴⁴.

¹⁴¹ M. D'Amico, *La Corte costituzionale chiude la porta agli scienziati in nome della dignità dell'embrione*, in *BioLaw Journal – Riv. biodir.*, 2, 2016, p.p. 171 ss.

¹⁴² Corte cost., 18 febbraio 1975, n. 27.

¹⁴³ Corte cost., 8 maggio 2009, n. 151; Corte cost., 10 giugno 2014, n. 162; Corte cost., 5 giugno 2015, n. 96 in M. D'Amico, *Ivi*, p. 175.

¹⁴⁴ G. Baldini, *Embrioni soprannumerari, ricerca scientifica e divieti normativi Riflessione a margine delle prime pronunce della giurisprudenza italiana e della Corte EDU*, in *BioLaw Journal – Riv. biodir.*, 2, 2016, p. 281.

Capitolo 2 Legittimazione attiva dei soggetti interessati al risarcimento del danno da vita indesiderata

Sommario: - 2.1 La posizione giuridica della madre – 2.2 Il diritto del padre e dei fratelli a essere beneficiari del risarcimento del danno –2.3 L’interesse del bambino nato con disabilità e la difficoltà nell’accoglimento della domanda risarcitoria.

2.1 La posizione giuridica della madre

Nelle vicende giurisprudenziali sul tema della nascita indesiderata, la situazione giuridica della madre risulta essere quella di principale rilievo: è la donna, infatti, a dover affrontare la gravidanza e ad assumere il ruolo di genitore nonostante risulti in contrasto con la propria volontà.

Nel capitolo precedente sono già state analizzate le fattispecie che rientrano nella locuzione della nascita indesiderata, ovverosia *wrongful pregnancy o conception* quando la lesione della libertà di scelta nell’ambito procreativo è causata dal fallimento di un intervento di interruzione della gravidanza o di sterilizzazione, e *wrongful birth* che riguarda principalmente i casi di omessa o errata diagnosi prenatale; tutti questi casi sono accomunati dalla nascita di un bambino, sano o con disabilità, non desiderato, cagionata dalla condotta colposa del personale sanitario e caratterizzati dalla conseguente legittimazione ad agire in giudizio della madre al fine di ottenere il risarcimento del danno subito¹⁴⁵.

In merito all’ipotesi della nascita di un figlio sano, ma indesiderato, la giurisprudenza ha elaborato differenti modalità di riparazione in base alla qualificazione del fatto della nascita non voluta come danno risarcibile *in re ipsa*, ovvero se il pregiudizio è individuato nella lesione dell’autodeterminazione procreativa della donna. La questione è stata affrontata nel corso degli anni dalla giurisprudenza: tra i casi più risalenti in materia di fallimento della procedura di interruzione volontaria della gravidanza, come già anticipato nel precedente capitolo, si ricordano¹⁴⁶ la sentenza del Tribunale di Padova del 1985, confermata in grado d’appello dalla Corte di Venezia il 23 luglio 1990, le quali, analogamente alla sentenza della Corte d’Appello di Bologna, avevano individuato l’interesse protetto nella libertà di scelta in ambito procreativo

¹⁴⁵ Trib. Tolmezzo, 2 settembre 2011, n. 177, con nota di S. Scalzini, *Quinta gravidanza a seguito di un inadeguato intervento di sterilizzazione: quali sono i danni risarcibili*, in *Riv. it. med. leg.*, cit., p.p. 1710 ss.

¹⁴⁶ Trib. Padova, 9 agosto 1985; C. d’App. Venezia, 23 luglio 1990; C. d’App. Bologna, 19 dicembre 1991.

della donna, e dunque avevano riconosciuto in suo favore la risarcibilità del danno cagionato dalla lesione del diritto alla salute, sia di quelli derivati dai maggiori oneri che la stessa avrebbe dovuto sostenere per il mantenimento, l'educazione e l'istruzione del figlio indesiderato.

Di avviso contrario è stata la sentenza della Corte di Cassazione n. 6464 del 1994¹⁴⁷, la quale, in merito alla questione decisa dal Tribunale padovano, e in grado d'appello dalla Corte di Venezia¹⁴⁸, ha dichiarato che l'unico interesse protetto dalla normativa sull'IVG è il diritto alla salute della donna, pertanto il danno che deriva dalla sua lesione è il solo risarcibile in favore della gestante, escludendo così ogni pretesa risarcitoria che riguardi le conseguenze patrimoniali della condotta del medico, quali gli oneri maggiormente gravosi per il mantenimento e l'accudimento del figlio indesiderato. In particolare, il Supremo Collegio, in riferimento all'art. 4 della l. 194/1978, che consente l'IVG entro i primi novanta giorni di gestazione se sussiste un serio pericolo per la salute della donna, in considerazione anche delle proprie condizioni economiche, sociali o familiari, ha affermato che i costi conseguenti alla nascita non voluta del figlio non possono essere considerati un fatto dannoso in quanto tali, poiché seppur la donna venga a trovarsi in condizioni economiche precarie, queste possono essere tenute in considerazione solamente per la valutazione dei presupposti che consentono di accedere all'aborto in quanto vadano a riflettersi sulle sue condizioni di salute psico-fisica. Pertanto l'unico interesse protetto è la salute della gestante, ne consegue che una volta accertata la responsabilità del sanitario per l'errato intervento di interruzione della gravidanza, il diritto al risarcimento del danno può essere riconosciuto alla madre non per il solo inadempimento dell'obbligazione da parte del medico di per sé considerato, bensì deve sussistere anche il concreto pericolo, o un danno effettivo, in relazione alla salute della stessa¹⁴⁹.

La giurisprudenza, dunque, nel periodo più risalente, risultava divisa tra due differenti orientamenti: il primo, sostenuto dalla Corte di Cassazione, che qualifica la nascita indesiderata come danno alla salute della madre, ed esclude che tale nascita possa essere considerata suscettibile di valutazione economica in riferimento agli oneri collegati all'inadempimento del medico; al contrario il secondo orientamento, seguito dalla giurisprudenza di merito, qualifica

¹⁴⁷ Cass. civ., sez. III, 8 luglio 1994, n. 6464.

¹⁴⁸ Trib. Padova, 9 agosto 1985; C. d'App. Venezia, 23 luglio 1990.

¹⁴⁹ Cass. civ., sez. III, 8 luglio 1994, n. 6464, in Trib. Genova, 28 settembre 2002, con nota di F. Brunetta d'Usseaux, *Insuccesso dell'intervento di interruzione di gravidanza e risarcimento del danno*, in *Famiglia*, 4, 2003, p.p. 1178 ss.

la nascita non desiderata un danno in sé che consiste nella lesione del diritto all'autodeterminazione procreativa. In linea con la seconda posizione si è espresso il Tribunale di Genova¹⁵⁰ qualche anno più tardi: la vicenda riguardava la situazione di una donna che dopo aver appreso di trovarsi in stato di gravidanza si è sottoposta all'intervento interruttivo in ragione delle proprie precarie condizioni economiche e familiari che non avrebbero permesso una vita dignitosa a lei e alla prole. Una volta effettuato l'intervento la paziente veniva dimessa, inoltre i medici le avevano prescritto l'esame "Beta HCG" per controllare l'eventuale persistenza dell'ormone della gravidanza, se non che le era stata omessa l'essenziale informazione circa i tempi entro i quali sottoporsi al test al fine di potersi sottoporre nuovamente alla procedura abortiva, nel caso di esito positivo, nel rispetto dei limiti previsti dalla legge. In conseguenza di ciò la donna aveva effettuato l'esame di controllo tardivamente, scoprendo di essere ancora in stato di gravidanza e, per di più, oltre il limite dei 90 giorni di gestazione che consente l'IVG solamente nel caso sussista il grave pericolo per la salute psico-fisica della stessa ai sensi dell'art. 6 della legge 194/1978; pertanto la donna si trovava costretta a portare a termine la gravidanza. Le doglianze della madre proposte innanzi al Tribunale genovese riguardavano la nascita non voluta in conseguenza della negligenza del sanitario nell'esecuzione dell'intervento e l'omissione di una idonea e completa informazione, nonché le gravi ripercussioni sulle proprie condizioni psichiche e morali oltre al gravoso onere del mantenimento del bambino. Il Tribunale in conclusione ha negato la risarcibilità del danno patrimoniale consistente nei costi di mantenimento del figlio, tuttavia ha valutato la fattispecie come pregiudizievole per la madre individuando l'interesse protetto nella libertà di procreazione responsabile e accertando la lesione della libertà di autodeterminazione della donna¹⁵¹.

In sostanza quando la donna agisce in giudizio per il risarcimento di un danno da nascita indesiderata, il giudice deve valutare due diversi piani della fattispecie risarcitoria, ovvero sia l'accertamento del diritto di interrompere la gravidanza e successivamente i danni risarcibili. Per quanto attiene al primo piano, il giudice deve verificare la sussistenza dei presupposti stabiliti dalla legge 194/1978 per mezzo di un giudizio controfattuale *ex ante*, inoltre deve

¹⁵⁰ Trib. Genova, 28 settembre 2002.

¹⁵¹ Trib. Genova, 28 settembre 2002, con nota di F. Brunetta d'Usseaux, *Insuccesso dell'intervento di interruzione di gravidanza e risarcimento del danno*, cit., p.p. 1178 ss.

accertare che alla gestante sia stata elargita una corretta e piena informazione su ogni circostanza che avrebbe potuto ingenerare in essa un serio, o grave, pericolo per la salute psichica o fisica. La donna, pertanto, deve dimostrare che se fosse stata correttamente informata dal personale sanitario avrebbe subito l'insorgere in essa, con alta probabilità, di una lesione alla sua integrità fisica e psichica¹⁵².

Queste osservazioni vengono in rilievo in maniera evidente soprattutto nei casi di *wrongful birth* per omessa, o errata, diagnosi prenatale, dove la donna si vede costretta a diventare madre contro la propria volontà di un figlio non sano. Una volta accertato l'inadempimento da parte del medico, viene in rilievo il secondo piano che attiene alla valutazione dei danni risarcibili nei confronti della madre; piano sul quale la giurisprudenza, nel corso degli anni, ha prospettato diversi orientamenti¹⁵³.

Il Supremo Collegio con la sentenza del 1998 n. 12195¹⁵⁴, ha dato avvio a una prudente apertura all'orientamento seguito dalla giurisprudenza di merito, riconoscendo alla madre di un bambino nato con gravi malformazioni, in conseguenza di omessa diagnosi prenatale, il danno derivato dalla perdita della possibilità di avvalersi delle procedure di interruzione della gravidanza entro i termini previsti dalla legge, in particolare la Corte in questa occasione si è spinta a riconoscere il risarcimento non solo del danno alla salute subito dalla donna ma anche il danno biologico in tutte le sue forme, e in particolare, il danno esistenziale in conseguenza del pregiudizio arrecato all'esplicazione della propria personalità; infine, il danno patrimoniale cagionato dall'inadempimento del medico¹⁵⁵.

Pertanto, dopo una iniziale resistenza, la giurisprudenza ha adottato un orientamento più favorevole alla donna, ritenendo che l'errata diagnosi di gravi malformazioni del feto e la correlativa omessa informazione alla gestante, costituiscano una circostanza idonea a porsi in rapporto di causalità con il mancato esercizio della facoltà di interrompere la gravidanza. Dunque l'errore del medico conduce a troncargli sul nascere ogni possibilità della gestante di autodeterminarsi precludendole l'esercizio di una facoltà riconosciuta dalla legge¹⁵⁶.

¹⁵² A. Gorgoni, *I danni da malattia congenita non diagnosticata*, in *Pers. e merc.*, 2014, 3, p.p. 143 ss.

¹⁵³ A. Gorgoni, *Ivi.* p.p. 143 ss.

¹⁵⁴ Cass. civ., sez. III, 1° dicembre 1998, n. 12195.

¹⁵⁵ P. Gualniera, S. Scurria, C. Crinò, *Il danno da wrongful-birth nell'attuale orientamento della giurisprudenza*, in *Riv. it. med. leg.*, 3, 2009, p.p. 629 ss.

¹⁵⁶ Cass. civ., sez. III, 14 luglio 2006, n. 16123, con nota di M. Gorgoni, in *Resp. civ. e prev.*, 1, 2007, p.p. 62 ss.

A tal proposito è opportuno analizzare la decisione della Corte di Cassazione¹⁵⁷, la n.16754 del 2012, circa un ulteriore caso di errata diagnosi prenatale tale per cui una donna, dopo essersi rivolta alla struttura sanitaria col fine di essere sottoposta agli idonei accertamenti diagnostici per escludere la presenza di eventuali malformazioni del feto, ha dato alla luce una bambina affetta dalla sindrome di Down.

Il Supremo Collegio si è interrogato a proposito dei criteri attraverso i quali può essere accertata la responsabilità del sanitario in caso di omissioni diagnostiche delle anomalie fetali e anche su quali siano i presupposti del riconoscimento, in capo alla madre, del diritto al risarcimento del danno cagionato dalla lesione del diritto all'autodeterminazione.

Innanzitutto i giudici hanno riconosciuto gli estremi di un inadempimento contrattuale da parte del ginecologo per l'errata diagnosi prenatale derivata dalla mancanza di test diagnostici ulteriori rispetto a quelli di routine, seppur in mancanza di un'espressa richiesta da parte della paziente. Ciò poiché la prestazione del medico deve comprendere anche il rispetto dell'obbligo di informazione adeguato al grado di comprensione dell'assistita, con lo scopo di ottenere il consenso informato e tutelare la maternità cosciente e responsabile, attraverso una corretta diagnosi, idonea a rilevare la presenza di eventuali anomalie fetali che possano arrecare un serio, ovvero grave, pericolo per la salute psico-fisica della donna come previsto dalla legge 194/1978; difatti lo stato di inconsapevolezza della donna sfocia in una preclusione per la stessa sia della facoltà di effettuare una scelta consapevole, sia della possibilità di prepararsi a gestire l'evento.

A differenza di quanto accaduto in una vicenda¹⁵⁸, sentenza n. 14488 del 2004, precedentemente decisa dalla Corte di Cassazione, dove il medico è stato espressamente edotto dalla madre circa la malattia geneticamente trasmissibile della quale era affetto il padre del concepito, che il sanitario ha consapevolmente ignorato omettendo di prescrivere specifici test idonei a rilevare la patologia nel figlio, risultando pertanto inadempiente; nel caso della vicenda in analisi, in ragione della giovinezza e dell'ottimo stato di salute della donna, non sussisteva nessun motivo tale da far ritenere opportuna al sanitario la prescrizione di ulteriori test diagnostici, per di più notoriamente invasivi. Nonostante ciò i giudici hanno osservato che la madre si era rivolta al ginecologo richiedendogli espressamente gli opportuni esami idonei a

¹⁵⁷ Cass, civ, sez. III, 2 ottobre 2012, n.16754.

¹⁵⁸ Cass. civ., sez. III, 29 luglio 2004 n. 14488.

rilevare la presenza di eventuali patologie per la prosecuzione della gravidanza; per questo motivo, considerato che il medico aveva sottoposto la paziente al solo “Tritest” (trattasi di un esame di screening prenatale non invasivo), la sua condotta veniva giudicata come inadempiente, in quanto il livello di consenso informato che tale test può determinare nella paziente risultava insufficiente, inoltre l’omessa richiesta di ulteriori esami da parte della gestante è stata considerata ininfluyente dai giudici, ai fini della valutazione dell’obbligo informativo del sanitario, in ragione della mancanza di conoscenza di nozioni di medicina da parte della stessa.

I giudici pertanto hanno accertato l’inadempimento del medico delle obbligazioni assunte nei confronti della paziente, che l’ha reso responsabile della violazione del diritto di autodeterminazione nelle scelte procreative della donna. Inoltre sul piano probatorio la Corte ha delineato una presunzione semplice volta a considerare come richiesti dalla gestante anche gli ulteriori esami specifici al fine di poter ricorrere all’interruzione volontaria della gravidanza in base ai risultati che avrebbe ottenuto da tali test. Ciò disattendendo il precedente orientamento¹⁵⁹ consolidato che in tema di prova del nesso causale tra l’omessa informazione e la perdita dell’opportunità di interrompere la gravidanza, esige la prova da parte della gestante, che se correttamente informata delle patologie fetali, sarebbe insorto in lei il serio, o grave, pericolo tale da legittimare il ricorso all’aborto.

Nella sentenza in commento, invece, i giudici hanno dedotto dal fatto noto, ovverosia la richiesta da parte dell’assistita finalizzata alla diagnosi di anomalie del concepito per ricorrere all’IVG, quello ignoto consistente nel fatto che la donna, se informata in maniera tempestiva circa l’anomalia fetale, avrebbe esercitato il proprio diritto di interrompere la gravidanza; ne deriva che l’intenzione del Supremo Collegio sia stata quella di introdurre una semplificazione dell’onere probatorio per i casi di danno da nascita indesiderata¹⁶⁰.

In conclusione è possibile affermare che la giurisprudenza abbia messo in atto un progressivo mutamento dall’orientamento che prevedeva la risarcibilità del solo danno alla

¹⁵⁹ Cass. civ., sez. III, 1° dicembre 1998, n. 12195.

¹⁶⁰ Cass, civ, sez. III, 2 ottobre 2012, n.16754, con nota di L. Famularo, *La responsabilità del medico nella diagnosi prenatale delle malattie genetiche - Medical Liability Concerning the Prenatal Diagnosis of Genetic Diseases*, in *Giust. civ.*, 10, 2013, p.p. 2119 B ss.; con nota di M. Gerbi, E. Mazzilli, *Dalla vis expansiva dell’azione di wrongful birth al superamento delle ultime barriere per il risarcimento al figlio non voluto: lo “stato funzionale di infermità” come lasciapassare per l’esplicito accoglimento dell’azione di wrongful life*, in *Riv. it. med. leg.*, 2, 2013, p.p. 1022 ss.

salute in senso stretto alla donna, verso la tutela risarcitoria del diritto all'autodeterminazione procreativa, dove il pericolo per la salute della stessa rileva esclusivamente al fine di accertare le condizioni per l'esercizio della facoltà di interrompere della gravidanza; pertanto la condotta del medico che va a privare la donna del proprio diritto all'informazione completa e tempestiva, nonché la possibilità di perseguire le proprie scelte in merito al diritto alla procreazione cosciente e responsabile integra la fattispecie di danno da nascita indesiderata nei confronti della madre. Ad ogni modo, nonostante la Corte di Cassazione, con la sentenza in commento abbia inteso alleggerire il carico probatorio gravante sulla donna, i giudici, nella valutazione delle vicende che si presentano di volta in volta, devono analizzare il contesto probatorio del caso concreto, dove l'onere delle parti è produrre ogni elemento necessario per avvalorare, ovvero contestare, la presunzione semplice¹⁶¹. Difatti nella sentenza in analisi si legge che nel caso in cui la donna non manifesti espressamente la volontà di interrompere la gravidanza, in presenza di una diagnosi di anomalie fetali, il giudice non può ricorrere alle presunzioni semplici, bensì è onere della parte attrice integrare tale presunzione con ulteriori elementi da sottoporre al vaglio del giudice¹⁶².

Il tema del riparto degli oneri probatori in tema di danno da nascita indesiderata, pertanto, ha creato un contrasto giurisprudenziale tale per cui si è reso necessario l'intervento delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione¹⁶³. Ai fini di maggiore chiarezza si richiamano i due orientamenti seguiti dalla giurisprudenza che hanno reso necessario l'intervento delle Sezioni Unite: il primo al fine dell'accertamento del nesso causale tra l'omessa informazione e l'esercizio della facoltà di interrompere la gravidanza, richiede che sia allegata la prova che se la madre fosse stata adeguatamente informata circa le patologie del concepito, in lei sarebbe sorta una patologia psichica o fisica tale per cui sarebbero stati soddisfatti i requisiti imposti

¹⁶¹ Cass, civ, sez. III, 2 ottobre 2012, n.16754, con nota di P. Frati, M. Gulino, S. Zaami, E. Turillazzi, *Quanta informazione a fine diagnostico prenatale? La Suprema Corte statuisce che sia completa, determinante e funzionale alle richieste ed alle scelte materne*, in *Resp. civ. e prev.*, 1, 2013, p.p. 335 ss.

¹⁶² S. Vacca, *L'equivoco "danno da nascita indesiderata": il revirement della Suprema Corte. Responsabilità civile*, in *Fonti del diritto - Agg. Cod. civ. di P. Rescigno*, 0, 2012, p.p. 200 ss.

¹⁶³ Cass., SS. UU., 22 dicembre 2015, n. 25767.

diagnosi volta a interrompere eventualmente la gravidanza, opera una presunzione semplice. Le Sezioni Unite hanno confermato che l'impossibilità di autodeterminarsi nella scelta procreativa della gestante, a causa della negligenza del medico nel rispettare l'obbligo informativo, è fonte di responsabilità civile poiché la donna non avendo le opportune conoscenze della scienza medica doveva essere indirizzata dal professionista sanitario a effettuare gli esami diagnostici idonei finalizzati a rilevare le patologie del feto per poter decidere in maniera cosciente se accedere all'intervento abortivo come dalla stessa richiesto. Inoltre i giudici in merito all'onere probatorio, hanno rilevato che è caratterizzato da un fatto complesso comprensivo sia dalla patologia del concepito sia dal grave pericolo per la salute psicofisica della madre nonché dall'omissione del dovere informativo in capo al medico, ma soprattutto dalla prova, e non dalla semplice presunzione, della volontà di interrompere la gravidanza della donna.

In particolare le Sezioni Unite hanno evidenziato come nei casi di danno da nascita indesiderata la prova concerne anche un "fatto psichico" ovvero sia l'intenzione della donna che si traduce in atteggiamento al quale la legge riconosce rilevanza giuridica, e che proprio per questa sua natura diventa difficoltoso fornirne la prova per mezzo di una rappresentazione diretta e immediata. Peraltro tale stato psicologico non costituisce una prova in senso stretto, ovvero sia un fatto storico, dunque i ricorrenti sono chiamati a dimostrare le circostanze dalle quali diviene possibile ricavare in maniera induttiva la sussistenza del "fatto psichico"; successivamente il giudice deve utilizzare il criterio del "più probabile che non" inteso come la probabilità statistica che un evento accada andando ad accertare le condizioni fisiche, psicologiche ma anche umane e di ordine religioso sussistenti nel periodo prenatale, in quanto l'insieme di questi elementi influisce sulla decisione della madre di esercitare la facoltà di interrompere la gravidanza.

Nei primi due gradi di giudizio, i giudici hanno ravvisato il difetto di prova da parte della madre in merito alla scelta di interrompere la gravidanza, mentre, per tale motivo, la Corte di Cassazione ha cassato con rinvio la sentenza della Corte D'Appello, difatti le Sezioni Unite hanno fatto riferimento alla cd. *praesumptio hominis*, la quale corrisponde ai requisiti dell'art. 2729 c.c.¹⁷⁴, secondo cui è possibile accertare un fatto ignoto dal fatto noto tramite l'utilizzo

¹⁷⁴ Art. 2729 c.c. "Le presunzioni non stabilite dalla legge sono lasciate alla prudenza del giudice, il quale non deve ammettere che presunzioni gravi, precise e concordanti. Le presunzioni non si possono ammettere nei casi in cui la legge esclude la prova per testimoni".

della regola dell'*id quod plerumque accidit* (espressione che indica il criterio per verificare l'esistenza del nesso di causalità tra una condotta e un determinato evento), nonché attraverso il riferimento a ulteriori circostanze, pure atipiche, tra le quali è possibile citare a titolo esemplificativo: la richiesta di un consulto medico per verificare le condizioni di salute del feto, ovvero lo stato psicologico e fisico della gestante, oltre alla comunicazione da parte della donna dell'intenzione di ricorrere all'aborto nel caso di diagnosi di gravi patologie del concepito. In conclusione è possibile affermare che l'analisi della Cassazione si è concentrata sul tema delle inferenze che si possono trarre dagli elementi di prova, pertanto al fine di assegnare un determinato grado di conferma alle ipotesi connesse ai fatti da accertare, i giudici hanno evidenziato che grava sul professionista sanitario la prova contraria del fatto che la donna non avrebbe fatto ricorso all'I.V.G., e dunque, hanno enunciato il principio generale e astratto del riparto dell'onere probatorio escludendo definitivamente l'utilizzo della prova presuntiva da desumere dalle allegazioni¹⁷⁵.

In conclusione risulta opportuno chiarire che non è corretto ricorrere alla presunzione legale in quanto si tramuterebbe in una semplificazione della fattispecie che esonera una parte dall'onere di dare prova di taluni elementi integrativi della premessa fattuale, per di più ciò non è riscontrabile nella fattispecie in esame in quanto l'intenzione del legislatore non è quella di esimere la donna dalla prova del grave pericolo fisico, o psichico, e della patologia che possano andare a giustificare il ricorso all'I.V.G. e la propria intenzione di farne ricorso. Pertanto, come già evidenziato, il tema d'indagine primario risulta essere quello delle inferenze che possono essere ricavate dagli elementi di prova finalizzate ad assegnare differenti livelli di conferma alle ipotesi che riguardano i fatti da accertare secondo il criterio della regolarità causale, fermo restando sulla controparte, ovverosia il professionista, l'onere di fornire prova contraria¹⁷⁶.

In conclusione è opportuno analizzare una recente sentenza¹⁷⁷ della Corte Suprema vertente su un ulteriore caso di omessa diagnosi prenatale che va a toccare tutti gli argomenti finora trattati nella presente indagine. Si tratta della sentenza n. 2798/2023 che ha affrontato la questione dell'omessa diagnosi di una grave malformazione fetale dalla quale è conseguita la

¹⁷⁵ Cass., SS. UU., 22 dicembre 2015, n. 25767, in P. Frati, E. Turillazzi, M. Gulino, M. Di Sanzo, V. Fineschi, *Colpa medica* cit., p.p. 3-7.

¹⁷⁶ Cass., SS. UU., 22 dicembre 2015, n. 25767, con nota di D. Carusi, *Omessa diagnosi prenatale: un contrordine... e mezzo delle Sezioni Unite*, in *Giur. ita.*, 2016, p.p. 549 ss.

¹⁷⁷ Cass. civ., sez. III, 31 gennaio 2023, n.2798.

nascita indesiderata del bambino, ciò ha condotto alle richieste risarcitorie da parte della donna sia per il mancato esercizio della facoltà di interrompere la gravidanza, che per l'omessa informazione da parte del personale sanitario, dunque per violazione del diritto al consenso informato e all'autodeterminazione nelle scelte procreative¹⁷⁸.

Nei primi due gradi di giudizio dalla perizia svolta dal consulente tecnico d'ufficio (C.T.U.) è emerso che l'esame ecografico, al quale la paziente si era sottoposta col fine di ottenere una precisa diagnosi sullo stato di salute del feto, avrebbe potuto rilevare la patologia della quale era affetto il concepito con un grado di precisione pari al 90% nella prima indagine, e al 50% nella seconda perizia. Il Tribunale e la Corte di Appello hanno rigettato le richieste risarcitorie della coppia, in particolare nonostante il Giudice del gravame abbia ritenuto che gravasse sull'ASL l'onere di provare di aver compiuto ogni azione possibile per adempiere alla prestazione, anche se la percentuale diagnostica del test era del 50%, ha considerato che i genitori non sono riusciti a dare prova della condizione necessaria per l'esercizio della facoltà di interrompere la gravidanza, ovverosia oltre al grave pericolo per la salute psicologica e fisica della donna, anche il fatto che se correttamente informata si sarebbe avvalsa di tale facoltà. Da queste considerazioni sorgono le due questioni giuridiche portate davanti alla Corte di Cassazione: la prima concerne l'onere probatorio, ovverosia se nel caso di omessa o errata diagnosi prenatale la madre sia tenuta a provare la propria volontà di avvalersi dell'I.V.G. se fosse stata informata in maniera idonea e tempestiva; la seconda questione, invece, pone l'interrogativo sul fatto che il danno da nascita indesiderata possa comprendere anche il danno da omessa informativa corretta.

La prima questione è stata risolta negativamente dalla Corte in quanto riguardava l'applicazione dell'art. 115 c.p.c. (principio di non contestazione)¹⁷⁹, difatti verteva sulla rilevanza della mancata contestazione della controparte circa la volontà della madre di interrompere la gravidanza se informata. Dalla sentenza si possono evincere gli elementi necessari per l'accoglimento della domanda risarcitoria della donna come ulteriore conferma di

¹⁷⁸ Cass. civ., sez. III, 31 gennaio 2023, n.2798, con nota di A. Benni de Sena, *Il dramma della nascita indesiderata: il ventaglio dei danni risarcibili da omessa diagnosi medica*, in *Dir. e giust.*, 18, 2023, p.p. 6 ss.

¹⁷⁹ Art. 115 c.p.c. "Salvi i casi previsti dalla legge, il giudice deve porre a fondamento della decisione le prove proposte dalle parti o dal pubblico ministero, nonché i fatti non specificatamente contestati dalla parte costituita. Il giudice può tuttavia, senza bisogno di prova, porre a fondamento della decisione le nozioni di fatto che rientrano nella comune esperienza".

quanto precedentemente esposto nell'analisi della sentenza n. 25767/2015¹⁸⁰ della Corte a Sezioni Unite: sulla ricorrente grava l'onere di allegare tutti gli elementi seri, precisi e concordanti finalizzati alla dimostrazione della lesione del proprio diritto all'autodeterminazione nelle scelte procreative e al consenso informato. Dunque la prova che dalla corretta diagnosi della patologia del concepito sarebbe conseguita la scelta di avvalersi delle procedure abortive da parte della donna, è necessaria per l'accoglimento della pretesa risarcitoria, e può essere assolto il relativo onere tramite l'allegazione di circostanze contingenti, anche atipiche, le quali, come già detto, devono essere accertate dal giudice per mezzo di una valutazione quantitativa di probabilità.

La seconda questione riguarda la mancata diagnosi della patologia del feto che ha condotto alla nascita indesiderata del bambino, al riguardo è sorto l'interrogativo se la relativa domanda risarcitoria possa estendersi anche al danno da omessa informazione. È pacifico che l'errata, ovvero omessa, diagnosi prenatale vada a ledere il diritto all'autodeterminazione della paziente per averle cagionato un danno psicologico in relazione pure alla propria vita familiare, insieme al correlato danno causato dall'impedimento di avvalersi della facoltà di interrompere la gravidanza.

La Suprema Corte nella sentenza precisa che la violazione dell'obbligo di informazione da parte del personale sanitario può cagionare due differenti tipi di danno, il primo alla salute del paziente nel momento in cui sia ragionevole ritenere che lo stesso, se correttamente informato, avrebbe rifiutato la prestazione medica, sebbene su di esso gravi il relativo onere probatorio. La seconda tipologia concerne il danno da lesione al diritto all'autodeterminazione, che può essere fatto valere quando il paziente abbia subito un pregiudizio, anche non patrimoniale, e diverso da quello incidente sul diritto alla salute, derivante dall'inidonea informazione da parte del medico curante¹⁸¹.

Pertanto il paziente gode della legittima pretesa a conoscere in maniera idonea e completa le conseguenze della prestazione medica alla quale viene sottoposto col fine di prepararsi ad affrontarle consapevolmente, di conseguenza alla corretta e totale informativa corrispondono: il diritto dell'assistito di effettuare una scelta consapevole tra le differenti

¹⁸⁰ Cass., SS. UU., 22 dicembre 2015, n. 25767.

¹⁸¹ Cass. civ., sez. III, 31 gennaio 2023, n.2798, con nota di A. Benni de Sena, *Il dramma della nascita indesiderata*, cit., in *Dir. e giust.*, 18, 2023, p.p. 6 ss., sulle premesse di Cass. civ., sez. III, 11 novembre 2019, n. 28985; Cass. civ., sez. III, 23 marzo 2018, n. 7248; Cass. civ., sez. III, 30 settembre 2014, n. 20547.

opzioni di trattamento sanitario; la facoltà di avvalersi di ulteriori pareri provenienti da altri professionisti nonché di rivolgersi a una diversa struttura sanitaria che offra maggiori garanzie di risultato circa la prestazione medica alla quale deve sottoporsi; il diritto di rifiutare la cura ovvero di interromperla, infine la facoltà di predisporre ad affrontare le conseguenze del trattamento nel caso in cui queste risultino gravose a parere del medico e inaspettate per l'assistito in conseguenza della mancata informazione.

È possibile affermare che in ambito di responsabilità medica, il danno derivante dalla lesione all'autodeterminazione del paziente sia autonomo rispetto al danno biologico in relazione alla fattispecie di omessa, ovvero errata, diagnosi tempestiva di malattie che conducono a un esito infausto, difatti la Cassazione¹⁸² ha sottolineato come in caso di colpevole ritardo nella diagnosi di tali patologie, il ventaglio dei danni risarcibili, non ricomprende solamente il pregiudizio recato all'integrità fisica della persona, bensì è esteso ai danni da perdita delle opzioni per affrontare al meglio la malattia e accedere a differenti strategie terapeutiche.

I principi descritti vengono applicati dalla Suprema Corte anche al caso di omessa diagnosi prenatale, pertanto i danni risarcibili risultano essere innanzitutto la perdita del diritto di avvalersi della facoltà di interrompere la gravidanza nel rispetto dei limiti imposti dalla normativa, oltre all'impossibilità di effettuare ulteriori scelte finalizzate all'idonea preparazione ad affrontare l'evento e le conseguenze che ne derivano, tra le quali è possibile menzionare il ricorso a percorsi di psicoterapia ovvero alla pianificazione della vita relazionale della famiglia e la programmazione volta a soddisfare le future esigenze del bambino.

In conclusione la condotta omissiva del personale sanitario nei casi di danno da nascita indesiderata cagiona la lesione del diritto della donna alla salute nonché al diritto all'autodeterminazione e, infine, al diritto alla completa e corretta informazione; la pretesa risarcitoria può essere soddisfatta mediante l'allegazione in giudizio da parte della donna delle circostanze, anche atipiche, e degli elementi idonei a provare la lesione dei propri diritti¹⁸³.

¹⁸² Cass. civ., sez. III, 31 gennaio 2023, n.2798, con nota di A. Benni de Sena, Ivi. p.p. 6 ss., sulle premesse di Cass. civ., sez. III, 17 novembre 2021, n. 34813; Cass. civ., sez. III, 15 aprile 2019, n. 10424; Cass. civ., sez. III, 23 marzo 2018, n. 7260.

¹⁸³ Cass. civ., sez. III, 31 gennaio 2023, n.2798, con nota di A. Benni de Sena, Ivi. p.p. 6 ss.

2.2 Il diritto del padre e dei fratelli a essere beneficiari del risarcimento del danno

Agli albori delle vicende derivanti dalla fattispecie del danno da nascita indesiderata, e ancora per lungo tempo, la madre era l'unico soggetto legittimato ad agire per il risarcimento del danno, si è dovuta attendere la fine degli anni novanta del secolo scorso per osservare i primi casi di estensione della legittimazione ad agire anche in capo al padre da parte della giurisprudenza.

La principale causa ostativa del riconoscimento del diritto al risarcimento a beneficio del padre risiedeva nella legge n. 194/1978, in quanto assegna unicamente alla madre la facoltà di ricorrere alle procedure abortive, nei limiti dalla stessa stabiliti, e per converso stabilisce che il padre sia coinvolto solamente con funzione di ausilio alla decisione che la gestante si trova a dover affrontare, e comunque nei soli casi in cui lei abbia espresso il consenso favorevole alla partecipazione dell'uomo. Seguendo questa logica, la più risalente giurisprudenza¹⁸⁴, pur riconoscendo come interesse costituzionalmente protetto la serenità del nucleo familiare, nelle decisioni si concentrava unicamente sulla legittimazione dell'intervento di interruzione volontaria della gravidanza nel limite della tutela alla vita e alla salute della donna negando al contempo l'estensione di questo diritto ai suoi congiunti¹⁸⁵.

I primi segni di apertura verso l'inclusione del padre nell'ambito dei soggetti legittimati a richiedere il risarcimento del danno da nascita indesiderata sono avvenuti attraverso le pronunce che gli hanno attribuito la titolarità di un interesse riflesso¹⁸⁶, in particolare la giurisprudenza ha fatto propria la categoria del danno "riflesso", o danno "da rimbalzo", creata dalla Suprema Corte francese che riconosce la risarcibilità della lesione di diritti, derivata da un fatto illecito altrui, che sono propri di soggetti diversi e terzi rispetto all'originario danneggiato, col quale, però, sono in uno stretto e significativo rapporto relazionale. Tale tipologia di danno è risarcibile in capo ai soggetti terzi nel caso in cui la loro lesione sia eziologicamente collegata con il fatto illecito commesso nei confronti del soggetto principale vittima del fatto ingiusto, difatti il principio che viene applicato è quello della regolarità causale in riferimento ai danni che rientrano nella categoria delle conseguenze ordinarie del fatto, per di più vi rientrano anche i danni morali ai sensi dell'art. 2059 c.c.

¹⁸⁴ Cass. civ., sez. III, 14 febbraio 1998, n. 1421, in G. Di Marco, *Danno da nascita indesiderata*, cit. p.p. 20 ss.

¹⁸⁵ G. Di Marco, *Ivi.* p.p. 20 ss.

¹⁸⁶ Cass. civ., sez. III, 1° dicembre 1998, n. 12195.

Pertanto nei casi di nascita indesiderata, qualora la paziente abbia subito un danno per esserle stata negata la possibilità di esercitare la facoltà di interrompere la gravidanza, tramite la categoria del danno riflesso, anche il padre del bambino diviene soggetto legittimato a vantare il diritto al risarcimento del danno¹⁸⁷.

Quanto esposto è riscontrabile nella sentenza n. 12195 del 1998¹⁸⁸ nella quale il Supremo Collegio ha concesso il risarcimento del danno subito in via diretta e primaria dalla donna – madre e attrice in giudizio- anche al marito della stessa, facendo leva su un danno che si riflette dal pregiudizio patito dalla madre a quello indiretto e subito in via secondaria dal padre. L'utilizzo della fattispecie del danno riflesso aveva, dunque, la finalità di mantenere la centralità del diritto alla salute della donna nell'ambito delle procedure di interruzione volontaria della gravidanza, infatti la Corte ha affermato che la decisione spettasse esclusivamente ad essa, ciononostante ha ritenuto che il padre del bambino fosse legittimato a richiedere il risarcimento del danno consistente nella conseguenza indiretta di quello subito dalla moglie. In particolare, i giudici, dopo aver affermato che l'interesse protetto è la salute della donna, e solo in ragione della tutela dello stesso viene riconosciuto il diritto all'interruzione della gravidanza, in caso di mancato legittimo esercizio di tale diritto e il conseguente patimento di un danno grave alla salute da parte della madre, diviene ipotizzabile un danno finanche biologico nei confronti dei suoi congiunti configurabile come danno riflesso¹⁸⁹.

In seguito l'utilizzo di questa fattispecie è stato abbandonato per essere sostituito con la figura del contratto con obblighi di protezione nei confronti del terzo, mutamento dovuto al passaggio della responsabilità medica dall'ambito extracontrattuale a quello contrattuale. Questa figura di contratto, riferita all'accordo tra la donna ed il medico per l'esecuzione dell'interruzione della gravidanza, è idonea a proteggere anche gli interessi dei soggetti diversi dalla madre implicati nella vicenda abortiva in conseguenza degli stretti legami che hanno con la donna o con il nascituro¹⁹⁰.

¹⁸⁷ Cass. civ., sez. III, 20 ottobre 2005, n.20320, con nota di L. Cavallo, *Risarcimento del danno da nascita indesiderata: il padre ha diritto al risarcimento del danno in via immediata e diretta*, in *Riv. ita. med. leg.*, 4-5, 2007, p.p. 1172 ss.

¹⁸⁸ Cass. civ., sez. III, 1° dicembre 1998, n. 12195.

¹⁸⁹ Cass. civ., sez. III, 1° dicembre 1998, n. 12195, con nota di E. Filograna, "*Se avessi potuto scegliere ...*": la diagnosi prenatale e il diritto all'autodeterminazione, in *Danno e resp.*, 1999, p.p. 522 ss.

¹⁹⁰ G. Di Marco, *Danno da nascita indesiderata*, cit. p.p. 20 ss.

La progressiva caduta in desuetudine della fattispecie del danno “da rimbalzo” in relazione ai casi di richiesta del risarcimento del danno da nascita indesiderata da parte dei soggetti congiunti della donna, è avvenuta in particolare in conseguenza del contrastato rapporto del danno riflesso con il principio sancito dall’art. 1223¹⁹¹ del codice civile che destava preoccupazione a una parte della dottrina e della giurisprudenza, in ragione del pericolo di un eccessivo ampliamento dell’area risarcibile. In particolar modo si evince da un commento alla sentenza di cui sopra che “la via del danno riflesso appare perciò come un ripiego, proponendo una soluzione non tanto insoddisfacente nell’ottica del diritto alla libertà di scelta rispetto alle proprie scelte di vita da parte anche del marito di colei che non avrebbe partorito padre di colui che non sarebbe dovuto nascere, ma anche inadeguato dal punto di vista dell’effettività della tutela nel momento in cui non consente di compensare in modo pieno tutte le conseguenze pregiudizievoli che conseguono all’illecito sanitario”¹⁹².

Il cambio di rotta intrapreso dalla giurisprudenza ha suscitato particolare interesse quando, nell’anno 2002, il Supremo Collegio era stato chiamato a pronunciarsi, con la sentenza n. 6735,¹⁹³ sulla richiesta risarcitoria avanzata sia dalla madre che dal padre di un bambino nato con la sindrome di Apert a causa dell’omessa diagnosi prenatale da parte del medico ginecologo che aveva privato la donna della possibilità di scegliere se proseguire ovvero interrompere la gravidanza nel rispetto delle condizioni di liceità previste dall’art. 6 della L. 194/1978.

I giudici in questo caso decisero di inquadrare la responsabilità medica in chiave contrattuale così da poter arrivare a estendere la tutela contrattuale in favore di soggetti terzi estranei al contratto, ciò tramite il richiamo alla figura del contratto con effetti protettivi verso i terzi mutuata dalla tradizione giuridica tedesca.

In particolare nel 2001 il legislatore tedesco, attraverso una riforma, ha inserito la clausola generale di buona fede come fonte di integrazione del contratto delineando nuove ipotesi nelle quali l’interesse del contraente non si limita alla prestazione oggetto del contratto, bensì si estende alla pretesa di non subire pregiudizi alla propria persona o ai beni nell’esecuzione del rapporto contrattuale; in altre parole la clausola di buona fede ha inserito

¹⁹¹ Art. 1223 c.c. “Il risarcimento del danno per l’inadempimento o per il ritardo deve comprendere così la perdita subita dal creditore come il mancato guadagno, in quanto ne siano conseguenza immediata e diretta”.

¹⁹² Cass. civ., sez. III, 1° dicembre 1998, n. 12195, con nota di E. Filograna, “*Se avessi potuto scegliere*, cit., p.p. 522 ss.

¹⁹³ Cass. civ., sez. III, 10 maggio 2002, n. 6735.

all'interno del rapporto contrattuale ulteriori obblighi accessori. Al riguardo A. Di Majo riteneva che tali doveri accessori “possono essere strumentali ai doveri (primari) di prestazione (ad esempio doveri di informazione) ma anche tendere a proteggere interessi diversi da quelli connessi alla prestazione ad esempio la protezione della persona o delle cose del contraente”, inoltre la “creazione e lo svolgimento di un rapporto obbligatorio possono costituire la causa o l'occasione per la lesione di interessi non dedotti espressamente ad oggetto dell'obbligazione”¹⁹⁴.

La dottrina italiana ispirandosi alla tradizione tedesca, ha ricavato dal rapporto obbligatorio complesso l'idea che tale obbligazione non si esaurisce nei confini del rapporto bilaterale tra i contraenti, bensì si estende anche all'esterno nei confronti di taluni soggetti terzi che potrebbero subire pregiudizio per la stretta vicinanza che hanno con la sfera giuridica di una delle parti¹⁹⁵.

Il Supremo Collegio ha quindi utilizzato questa teoria nella pronuncia n. 6735 del 2002 collocando la responsabilità medica nell'area contrattuale con un ulteriore elemento di novità: il padre, in virtù dei diritti e obblighi acquisiti tramite il rapporto con la moglie e il figlio, non viene più considerato soggetto terzo tutelato genericamente dalla responsabilità aquiliana, bensì un soggetto protetto dal contratto stipulato dalla moglie con il medico. Grazie a questa ricostruzione i giudici hanno riconosciuto anche al padre il diritto a richiedere il risarcimento dei danni subiti a causa dell'errata esecuzione della prestazione da parte del medico, si trattava di un danno di natura diretta e immediata relativo all'obbligo di informazione del medico circa lo stato di salute del figlio. Pertanto, per quanto riguarda il soggetto creditore del contratto, ovverosia la donna, non si deve accertare se in essa si sia instaurato un processo patologico capace di evolvere in un grave pericolo per la sua salute, ma se la corretta informazione sulle condizioni del feto avrebbe potuto determinare durante la gestazione l'insorgere di tale processo patologico. I giudici hanno quindi ritenuto che l'imperizia del medico abbia impedito alla donna di esercitare il proprio diritto ad interrompere la gravidanza, cagionando un danno alla salute

¹⁹⁴ A. Di Majo, *La responsabilità contrattuale*, Torino, Giappichelli, 2007, pp. 14 ss.

¹⁹⁵ C. Castronovo, *L'obbligazione senza prestazione ai confini tra contratto e torto*, in *Le ragioni del diritto. Scritti in onore di Luigi Mengoni*, I, Milano, 1995, p.p. 147 ss.

argomentava ritenendo che l'*iter* con il quale la giurisprudenza è arrivata a riconoscere il risarcimento contrattuale in favore del padre appariva criticabile. In particolare il fatto che quella specifica forma contrattuale sia stata utilizzata come mezzo di ripiego per garantire l'estensione della tutela anche al marito della donna, ovvero sia una soluzione elaborata al fine di garantire una tutela diversa da quella aquiliana a un soggetto che non è il creditore della prestazione professionale ma che, essendo legato a esso, può subire indirettamente un pregiudizio a causa del mancato o inesatto adempimento contrattuale. In tal senso M. Gorgoni sosteneva che "il padre è stato considerato non un *quisque de populo*, un passante cui rivolgere l'indifferenziata tutela aquiliana, bensì un terzo per così dire qualificato, coinvolto nell'area protettiva del contratto la cui scorretta esecuzione del contratto gli ha procurato un danno" e affinché "anche l'uomo benefici della prestazione sanitaria, o almeno non ne risulti danneggiato" è necessario "l'impiego della figura del contratto con effetti protettivi nei confronti dei terzi". Però l'autrice affermava anche che "molte decisioni si caratterizzano (se non per un autentico accanimento nei confronti del professionista) per un'evidente esigenza di giustizia sostanziale, realizzata – anche a costo di sacrificare le regole – attraverso invenzioni giurisprudenziali che diventano il cavallo di Troia in una nuova scala di valori". In tal modo, secondo l'Autrice "[...] anche in questo caso è evidente [...] che la qualificazione contrattuale della responsabilità del ginecologo verso il padre sia una soluzione di ripiego e di convenienza. Ciò è in linea con l'idea che il minimo comune denominatore delle ipotesi – tutt'altro che omogenee – in cui, sin dal suo primo apparire, è stato utilizzato il contratto con effetti protettivi nei confronti del terzo sia rappresentato dall'esigenza di superare la debolezza del regime aquiliano: il che vale tanto per il diritto tedesco, che pionieristicamente ha percorso questa strada, quanto per il sistema italiano, pur nell'oggettiva diversità delle ragioni di debolezza. Nel primo, la sollecitazione alla via contrattuale ha ragioni di carattere oggettivo: la tipicità dei danni risarcibili, l'ampiezza della prova liberatoria per chi si serve di ausiliari, il breve termine di prescrizione; nel secondo, la spinta ad utilizzare questa costruzione, peraltro molto recente ed ancora poco convincente, è funzionale all'esigenza di attribuire un trattamento diverso da quello riservato al soggetto che, pur non essendo parte del contratto, si trovi rispetto al creditore in una situazione di "prossimità" che, nel caso di cattiva esecuzione della prestazione, lo espone allo stesso pericolo di danno. [...] Nella decisione di legittimità, che si rivela assai concisa, i

passaggi più significativi si limitano ad enunciazioni essenziali ed apodittiche, del tutto carenti di supporti argomentativi”¹⁹⁹.

Inoltre, secondo l’Autrice, la parte della sentenza in esame in cui si legge che il padre rientra tra i soggetti protetti dal contratto, non è adeguatamente argomentata e potrebbe far presumere che il padre del bambino non sia semplicemente un terzo qualificato, bensì una parte del rapporto contrattuale. Questa lettura risulta dal fatto che l’inadempimento dell’obbligazione da parte del medico ha effetto anche nei confronti del padre sulla base di un diritto al risarcimento del danno in virtù di un’azione *ex contractu* autonoma, infatti l’autrice sosteneva che ciò “escluderebbe la configurabilità di un contratto ad effetti soggettivi amplificati perché il padre non sarebbe estraneo al contratto, ma parte dello stesso. Si dovrebbe ipotizzare però che dal contratto nasca una pluralità di obbligazioni che si specifica diversamente secondo il beneficiario: non un’obbligazione principale ed una accessoria, quindi, bensì più prestazioni che si rivolgono in maniera qualitativamente differenziata ai creditori. Segnatamente, dal contratto intercorso con il ginecologo nascerebbe una pretesa ad una prestazione di cura in senso stretto che non può che coinvolgere la partoriente in misura esclusiva ed una prestazione di consulenza o di informazione che dovrà essere eseguita nei confronti di entrambi i genitori. Il terzo avrebbe, quindi, un interesse positivo al suo adempimento. [...] Ad ogni modo, qualsiasi tentativo di giustificare il contratto con effetti protettivi nei confronti del terzo è, sia pure con sfumature diverse, riconducibile alla struttura complessa dell’obbligazione, resa tale proprio dalla presenza, accanto a un’obbligazione principale, di un’obbligazione accessoria di protezione che troverebbe nelle norme sulla buona fede il proprio fondamento normativo”²⁰⁰.

Nonostante le critiche di parte della dottrina, nel 2004 con la sentenza n. 14488²⁰¹, il Supremo Collegio ha affrontato il caso riguardante la mancata diagnosi di una malattia fetale: in seguito alla nascita della figlia affetta da talassemia, i genitori, anch’essi portatori della stessa patologia, hanno agito in giudizio per la richiesta del risarcimenti dei danni cagionati dalla condotta negligente del medico che non li aveva adeguatamente informati circa la possibilità di trasmissione della talassemia tramite il concepimento; inoltre hanno lamentato l’omessa

¹⁹⁹ Cass. civ., sez. III, 10 maggio 2002, n. 6735, con nota di M. Gorgoni *Il contratto tra la gestante ed il ginecologo ha effetti protettivi anche nei confronti del padre*, in *Resp. civ. prev.*, 2003, p.p. 134 ss.

²⁰⁰ M. Gorgoni, *Il contratto tra la gestante ed il ginecologo ha effetti protettivi anche nei confronti del padre*, cit., p.p. 134 ss.

²⁰¹ Cass. civ., sez. III, 29 luglio 2004, n. 14488.

prescrizione da parte del ginecologo degli esami e dei controlli specifici per monitorare le condizioni del bambino durante la gravidanza. I giudici si sono pronunciati disponendo in favore della coppia una somma a titolo di risarcimento dei danni. In particolare la Corte ha differenziato la situazione giuridica della madre da quella del padre, per quanto riguarda la prima ha stabilito che essa sia stata lesa nel proprio diritto a una procreazione cosciente e responsabile, come tutelata dall'art. 1 della legge 194/1978, a causa della condotta del medico; d'altra parte al padre è stato riconosciuto il risarcimento del danno per il fatto che, in conseguenza dell'inadempimento del ginecologo, egli sia diventato padre di una bambina affetta da una grave patologia. Il Supremo Collegio ha infatti preso in considerazione il fatto che in capo al padre gravano tutti quei doveri di mantenimento, educazione e istruzione verso la figlia a prescindere dal fatto che la sua nascita sia stata voluta o non desiderata. Inoltre i giudici hanno rilevato come il fatto che il padre non sia titolare del diritto a interrompere la gravidanza non pregiudichi la pretesa risarcitoria, infatti una volta accertato che la donna, se correttamente informata, avrebbe interrotto la gravidanza, il medico ha l'obbligo di risarcire i danni conseguenti all'inadempimento anche nei confronti dell'uomo²⁰².

Nel 2005 la Corte di Cassazione è stata di nuovo chiamata a decidere su una questione analoga, la sentenza n. 20320 del 2005²⁰³ è di particolare rilevanza in quanto segna il passaggio decisivo dall'utilizzo della figura del "danno riflesso" a quella del contratto con effetti protettivi verso i terzi, sottolineando come l'inadempimento del sanitario sia tale anche nei confronti del padre ed esponga il professionista a risarcire i danni immediati e diretti arrecati al coniuge.

Il focus della questione riguarda il danno che il padre può in concreto subire dalla perdita della possibilità di scelta in merito all'aborto della moglie, difatti egli in conseguenza della condotta del professionista sanitario può diventare padre o no, ma soprattutto può diventarne di un figlio disabile con tutte le maggiori responsabilità e oneri che ne derivano, pertanto è una questione che lo riguarda in maniera palesemente diretta. In aggiunta è da tenere in considerazione che tramite la normativa (già richiamata) sui rapporti tra i coniugi e i doveri dei genitori, l'intenzione del legislatore è chiaramente quella di coinvolgere anche il padre nella

²⁰² Cass. civ., sez. III, 29 luglio 2004, n. 14488, con nota di M. Gorgoni, *La nascita va accettata senza "beneficio d'inventario"*, in *Resp. civ. prev.*, 2004, p.p. 1349 ss.; con nota di G. Facci, *Wrongful life: a chi spetta il risarcimento del danno*, in *Fam. dir.*, 2004, p.p. 559 ss.; con nota di E. Palmerini, *La vita come danno? No ..., sì ..., dipende*, in *Nuova giur. comm.*, 2005, p.p. 433 ss.

²⁰³ Cass. civ., sez. III, 20 ottobre 2005, n.20320, con nota di L. Cavallo, *Risarcimento del danno da nascita indesiderata*, cit., in *Riv. it. med. leg.*, 4-5, 2007, p.p. 1172 ss.

gestione della vita familiare, pertanto non sarebbe giustificabile l'esclusione di tale soggetto dal rapporto contrattuale sorto tra la madre e il medico, e neppure sarebbe sufficiente definire la posizione dell'uomo come semplice soggetto terzo che subisce un danno in maniera soltanto riflessa rispetto alla madre, bensì esso stesso è portatore di interessi e diritti collegati all'ambito relazionale e familiare²⁰⁴.

L'analisi finora svolta è stata incentrata sulla legittimazione attiva del padre, tuttavia esso non è l'unico soggetto a subire gli effetti del danno da nascita indesiderata poiché questi si propagano anche sui fratelli e sulle sorelle del bambino in quanto facenti parte del nucleo familiare e di conseguenza della vita relazionale.

La giurisprudenza più risalente ha adottato un approccio pressoché negativo in relazione alla pretesa risarcitoria dei fratelli, a conferma di ciò merita di essere menzionata la sentenza n. 16123 del 2006²⁰⁵: la pronuncia verte nuovamente su un caso di errata diagnosi prenatale, il medico aveva condotto con negligenza gli esami e gli accertamenti necessari durante la gravidanza della ricorrente e di conseguenza non aveva rilevato la grave patologia della quale era affetta la bambina; i familiari lamentavano quindi in giudizio il pregiudizio che l'inadempimento del ginecologo gli aveva arrecato. I giudici in questo caso avevano considerato separatamente la posizione giuridica dei differenti componenti della famiglia, e per quanto concerne la situazione della sorella, si era vista rigettare la richiesta, in quanto, secondo la Corte, non essendo destinataria del diritto all'informazione da parte del professionista, non poteva invocare nemmeno alcuna pretesa risarcitoria, seppur ammettendo che anch'essa subiva la sofferenza causata dalla situazione sorta in conseguenza della condotta negligente del medico²⁰⁶.

Nell'anno successivo alla pronuncia di cui sopra, è stato deciso un caso dal Tribunale di Lucca²⁰⁷ che per la prima volta, in una vicenda di errata diagnosi prenatale, ha assegnato una somma di denaro a titolo risarcitorio alla sorella del bambino. Quest'ultimo alla nascita aveva riportato gravi malformazioni che non erano state riscontrate dal medico ginecologo durante la

²⁰⁴ Cass. civ., sez. III, 20 ottobre 2005, n.20320, con nota di L. Cavallo, *Risarcimento del danno da nascita indesiderata*, cit., in *Riv. it. med. leg.*, 4-5, 2007, p.p. 1172 ss.

²⁰⁵ Cass. civ., sez. III, 14 luglio 2006, n. 16123.

²⁰⁶ Cass. civ., sez. III, 14 luglio 2006, n. 16123, con nota di A. Liserre, *Ancora in tema di mancata interruzione della gravidanza e danno da procreazione*, in *Corr. giur.*, 2006, p.p. 1691 ss.

²⁰⁷ Trib. Lucca, 19 febbraio 2007, con nota di A. Mascia, *Le mancate informazioni del medico ginecologo e il danno esistenziale da wrongful birth*, in *Resp. civ. prev.*, 2007, p.p. 2603 ss.

gravidanza della madre, inoltre la condotta negligente dello stesso aveva impedito alla donna di poter effettuare la scelta di portare avanti o interrompere la gravidanza nel rispetto dei termini stabiliti dalla legge. Per questi motivi i giudici avevano accolto la richiesta risarcitoria sia della madre che del padre del bambino in ragione della violazione dell'obbligo di informazione spettante al medico, estendendo la legittimità alla pretesa risarcitoria anche alla sorella.

Nonostante tale lieve apertura da parte dei giudici di merito, si è dovuto attendere qualche anno per vedere un vero e proprio riconoscimento della pretesa risarcitoria anche dei fratelli, infatti il Supremo Collegio nel 2012 con la sentenza n. 16754²⁰⁸ ha effettuato un importante *revirement* rispetto all'orientamento giurisprudenziale precedente, arrivando a riconoscere il diritto al risarcimento del danno, oltre che in capo ai genitori, anche a favore del bambino nato con disabilità non diagnosticate durante la gravidanza, nonché in favore dei fratelli e delle sorelle dello stesso. In questo paragrafo l'aspetto di tale sentenza che viene analizzato concerne l'estensione dell'efficacia protettiva del contratto tra gestante e medico anche nei confronti dei fratelli e delle sorelle del bambino.

La Suprema Corte ha descritto il pregiudizio subito da questi soggetti, a causa dell'inadempimento del medico, come “l'inevitabile minor disponibilità dei genitori nei loro confronti, in ragione del maggior tempo necessariamente dedicato al figlio affetto da handicap” e come “la diminuita possibilità di godere di un rapporto parentale con i genitori stessi costantemente caratterizzato da serenità e distensione”²⁰⁹. Dunque il fondamento del risarcimento riconosciuto ai fratelli e alle sorelle della bambina deriva, secondo la Corte, non semplicemente dal diritto all'integrità delle relazioni familiari come previsto dall'art. 29 della Costituzione²¹⁰, bensì dalla possibilità da parte dei fratelli di godere del rapporto familiare in modo sereno e disteso, tenuto conto che “serenità e distensione” non risultano compatibili “con lo stato d'animo che informerà il quotidiano dei genitori [...] consci entrambi [...] che il vivere una vita malformata è di per sé condizione esistenziale di potenziale sofferenza”²¹¹. In altre

²⁰⁸ Cass. civ., sez. III, 2 ottobre 2012, n. 16754.

²⁰⁹ Cass. civ., sez. III, 2 ottobre 2012, n. 16754, con nota di P. Frati, M. Gulino, S. Zaami, E. Turilazzi, *Quanta informazione a fine diagnostico prenatale? La Suprema Corte statuisce che sia completa, determinante e funzionale alle richieste ed alle scelte materne*, in *Resp. civ. e prev.*, 2013, 1, p.p. 335 ss.

²¹⁰ Art. 29 Cost. “La Repubblica riconosce i diritti della famiglia come società naturale fondata sul matrimonio. Il matrimonio è ordinato sull'uguaglianza morale e giuridica dei coniugi, con i limiti stabiliti dalla legge a garanzia dell'unità familiare”.

²¹¹ Cass. civ., sez. III, 2 ottobre 2012, n. 16754, con nota di P. Frati, M. Gulino, S. Zaami, E. Turilazzi, *Quanta informazione a fine diagnostico prenatale*, cit., in *Resp. civ. e prev.*, 2013, 1 p.p. 355 ss.

parole, il Supremo Collegio in questa pronuncia ha ritenuto che tali soggetti, a causa della negligenza del medico, siano stati privati non solamente del rapporto parentale in sé considerato, ma dell'opportunità di goderne pienamente e con serenità.

La Corte, essendo arrivata ad ammettere anche la legittimazione attiva di tali soggetti, i quali dunque in giudizio possono far valere un'autonoma pretesa risarcitoria, si è esposta alle critiche della dottrina: innanzitutto altri familiari potrebbero lamentare la mancata possibilità di vivere un rapporto parentale sereno e disteso. Si tratta della problematica delle famiglie ricomposte, maggiormente estese rispetto alla figura della famiglia nucleare, nelle quali più soggetti potrebbero vantare una pretesa risarcitoria nei confronti del professionista in conseguenza dell'inadempimento contrattuale dello stesso. In tal senso E. Palmerini sosteneva che “pur non condividendo la linea seguita dalla Corte circa la riferibilità alla gestante di un diritto all'aborto, la cui lesione ridonda sul marito, che pure non avrebbe potuto esprimere efficacemente alcuna volontà al riguardo, la propagazione del risarcimento al padre può ancora accogliersi. [...] Diversamente sembra doversi dire al riguardo degli altri figli della coppia: a costoro non può attribuirsi un interesse siffatto e in ogni caso la loro posizione è troppo remota rispetto al debitore per consentire di includerli nell'orbita di protezione del contratto. La difficoltà quindi è duplice, posto che l'applicazione dell'istituto del contratto con effetti protettivi del terzo richiederebbe sia di individuare un interesse dei terzi leso da quello specifico inadempimento, sia di identificarli come soggetti qualificati a pretendere il risarcimento dei danni conseguenti alla lesione. La sentenza non si impegna a sostanziare questi due presupposti; ammettere i fratelli del nato a partecipare alla vicenda risarcitoria per aver subito un danno che consisterebbe in un deterioramento dell'ambiente familiare, in una compromissione, sul piano sia qualitativo sia quantitativo, della relazione con i genitori.”²¹².

Tuttavia, nonostante le critiche espresse da una parte della dottrina, si evince dalla sentenza in commento che i fratelli e le sorelle subiscono inevitabilmente un danno per la nascita indesiderata del bambino disabile, in quanto i genitori finiscono necessariamente per avere minore disponibilità di tempo e risorse economiche nei loro confronti, nonché l'intero nucleo familiare risente del peggioramento della serenità relazionale. Pertanto il danno che subiscono, in aggiunta a quello patrimoniale, è anche di natura non patrimoniale poiché tali

²¹² Cass. civ., sez. III, 2 ottobre 2012, n. 16754, con nota di E. Palmerini, *Nascite indesiderate e responsabilità civile: il ripensamento della Cassazione*, in *Nuova giur. comm.*, 2013, p.p. 198 ss.

soggetti non possono ricevere le normali attenzioni da parte dei genitori, e per di più, con grande probabilità, al momento della morte della madre e del padre sarà loro compito provvedere al mantenimento della sorella disabile. Per queste ragioni la *ratio* della tutela risarcitoria dei fratelli consiste nell'estensione degli effetti protettivi del contratto a loro favore, ovverosia nel rapporto obbligatorio di natura contrattuale o da cosiddetto “contatto sociale”, infatti il diritto alla procreazione cosciente e responsabile della madre, una volta lesa, estende i suoi effetti per mezzo della propagazione intersoggettiva degli effetti dell'illecito in seguito all'accertamento della regolarità causale tra la condotta del personale sanitario e l'evento dannoso.

I giudici, dunque, nelle delicate vicende di *wroful birth*, devono procedere a un'accurata e oggettiva qualificazione del danno cagionato nei confronti di tutti i componenti del nucleo familiare per consentire la più adeguata personificazione della liquidazione del danno, valutando inoltre l'effettiva consistenza delle sofferenze fisiche e psicologiche subite dai soggetti lesi²¹³.

2.3 L'interesse del bambino nato con disabilità e la difficoltà nell'accoglimento della domanda risarcitoria

La situazione giuridica del figlio emerge nelle vicende giurisprudenziali riguardanti la nascita indesiderata, tema che peraltro ha suscitato un vivace dibattito tra gli interpreti per le implicazioni, sia etiche che giuridiche, che ha prodotto. In particolare sono state ravvisate rilevanti difficoltà sul piano del diritto positivo nel trovare agganci normativi ai quali riferire tale pretesa risarcitoria; inoltre, il secondo aspetto critico, attiene alla riflessione sul tema del valore della vita e la conseguente possibilità di comparare un'esistenza pregiudicata dalle sofferenze arrecate dalla malattia con l'alternativa al non nascere affatto²¹⁴.

Tali riflessioni risultano di primaria importanza in quanto rappresentano il presupposto normativo della richiesta risarcitoria del danno da parte del bambino nato con disabilità. Le vicende aventi ad oggetto la vita indesiderata, vengono in luce quando, alla nascita, sono riscontrate al bambino gravi patologie o menomazioni da distinguersi a seconda che derivino da lesioni cagionate direttamente dal medico, oppure da errata diagnosi ovverosia che non erano state diagnosticate *ex ante* durante la fase prenatale. In relazione a ciò- come già trattato nel

²¹³ Cass. civ., sez. III, 2 ottobre 2012, n. 16754, con nota di P. Frati, M. Gulino, S. Zaami, E. Turilazzi, *Quanta informazione a fine diagnostico prenatale*, cit., in *Resp. civ. e prev.*, 2013, 1, p.p. 335 ss.

²¹⁴ G. Di Marco, *Danno da nascita indesiderata*, cit. p.p. 36 ss.

primo capitolo- emerge che la posizione giuridica del concepito nell'ordinamento giuridico italiano è da riferirsi soprattutto alle disposizioni costituzionali e alle convenzioni sovranazionali alle quali il nostro Stato ha aderito, e nondimeno alla coscienza sociale apprezzata nel suo sviluppo storico²¹⁵.

Tuttavia è da considerarsi che l'art. 1 c.c.²¹⁶, seppur risalente ad un periodo storico precedente alla legge sull'interruzione volontaria della gravidanza, pone l'attenzione sulla situazione del nascituro, innanzitutto disponendo che la capacità giuridica si acquista con la nascita e di conseguenza che i diritti spettanti al concepito sono subordinati a questo evento; tale disposizione normativa costituisce dunque un fondamento per il riconoscimento al soggetto nato di forme di tutela di natura risarcitoria derivate da eventi lesivi che si sono verificati nel periodo prenatale²¹⁷.

I diritti assegnati dalla legge al concepito sono condizionati dall'evento della nascita, pertanto potrebbero essere considerati diritti adespoti, in quanto non risulta che esista alcun soggetto al quale attribuirli durante il periodo della gestazione; inoltre le fonti di rischio per la vita del nascituro sono numerose e provengono non solo dalla violazione di precise norme giuridiche, ma anche dalla lesione di beni comuni quali, ad esempio, l'ambiente e la famiglia all'interno dei quali si inserirà alla nascita il concepito. La già citata Convenzione di New York sui diritti del fanciullo, inoltre attribuisce valore a una serie di interessi che si riconducono sia a una generica aspirazione del fanciullo a vivere all'interno di una famiglia e una comunità in grado di promuoverne la personalità, sia nella possibilità di sostanziansi nei diritti soggettivi perfetti come il diritto all'identità familiare che concerne il riconoscimento pubblico e la conservazione dell'appartenenza del bambino al suo nucleo²¹⁸.

A questo punto, alla tematica della nascita indesiderata – tenendo presente che al feto viene sì riconosciuto un valore giuridico, sebbene non totalmente equiparabile alla dignità di chi è già persona - si ricollega una domanda: i fatti lesivi cagionati dalla condotta del medico, i quali abbiano provocato la patologia del feto nel periodo della gestazione ovvero durante il parto, e la differente situazione di errata diagnosi prenatale di gravi patologie o malformazioni,

²¹⁵ G. Di Marco, *Ivi.* p.p. 36 ss.

²¹⁶ Art. 1 c.c. "La capacità giuridica si acquista dal momento della nascita. I diritti che la legge riconosce a favore del concepito sono subordinati all'evento della nascita".

²¹⁷ G. Di Marco, *Danno da nascita indesiderata*, cit. p.p. 36 ss.

²¹⁸ G. Di Marco, *Ivi.* p.p. 36 ss.

sempre da parte del professionista, alla quale consegue la perdita della possibilità della madre di interrompere la gravidanza, possono considerarsi il fondamento per le rivendicazioni risarcitorie da parte del figlio disabile?²¹⁹

La differenza tra le due situazioni prospettate nella domanda è fondamentale, in quanto, la tutela risarcitoria nel caso di condotte lesive previste dalla prima ipotesi risulta di più facile concessione, poiché, tali condotte, cagionano una modifica peggiorativa della salute del bambino, vi è un rapporto di causa-effetto tra fatto lesivo e danno. In tal senso V. Guglielmucci sostiene che “un danno presuppone un intervento negativo su una situazione precedente, poiché si tratta di una modificazione peggiorativa che deve essere concretamente valutabile.”²²⁰

Per queste vicende la giurisprudenza ammette la legittimazione del minore ad agire per il risarcimento, anche se, pure in questo caso, non mancano problematiche da affrontare, tra le quali il nesso causale e l’onere probatorio²²¹. La Cassazione, infatti, nel 2001 si era pronunciata a favore della richiesta di risarcimento del danno subito dal bambino durante la nascita, al quale in seguito a episodi di asfissia e apnea, è stata riconosciuta la perdita di capacità lavorativa; di conseguenza la Corte si è pronunciata a favore del risarcimento nei confronti del bambino e anche dei genitori per i conseguenti oneri patrimoniali e le sofferenze morali²²².

Dimostrare che sussista un rapporto di causa-effetto, però, non è affatto semplice, difatti sovente concorrono numerose condizioni naturalistiche esterne che impediscono di distinguere quando la condotta umana abbia effettivamente cagionato l’evento lesivo. Sul tema del nesso causale esistono diverse teorie, ma la più accreditata da parte della dottrina risulta quella della “condicio sine qua non”²²³, in base alla quale la condotta umana risulta la causa di un evento se, ipotizzando la sua eliminazione, lo stesso evento non si sarebbe ugualmente verificato; in assenza di leggi scientifiche idonee a ricostruire con certezza il procedimento che ha prodotto l’evento, la responsabilità del soggetto si ricostruisce sulla base di leggi probabilistiche o regole d’esperienza. Pertanto, il medico è tenuto a risarcire il danno se, dalla ricostruzione del fatto, risultano concrete possibilità che, se il sanitario fosse intervenuto ovvero avesse agito diversamente, si sarebbe evitato l’effetto lesivo e il bambino sarebbe nato sano; al contrario non

²¹⁹ G. Di Marco, Ivi. p.p. 36 ss.

²²⁰ V. Guglielmucci, *Riflessioni in tema di danni da procreazione*, in *Danno e resp.*, 2007, p. 962.

²²¹ M. Rossetti, *Errore, complicità e fatalità: gli incerti confini della responsabilità civile in ostetricia e ginecologia*, in *Danno e resp.*, 2001, p. 12.

²²² Cass. civ., sez. III, 16 febbraio 2001, n. 2335, in *Dir. e giust.*, 2001, p. 33.

²²³ G. Fiandaca, *Causalità (rapporto di)*, in *Digesto pen. II*, Torino, Utet, 1988, p. 119.

sussiste l'obbligo al risarcimento quando il danno si sarebbe verificato ugualmente, per una causa diversa dal fatto illecito, come nel caso di malattia del minore che prescinde dalla condotta del medico²²⁴.

Per quanto concerne il titolo della responsabilità, si può osservare in talune decisioni giurisprudenziali che il minore possa agire in via extracontrattuale nei confronti del medico, poiché quest'ultimo viene considerato un rappresentante organico dell'ente ospedaliero²²⁵. Tuttavia è stata percorsa anche la via contrattuale nei confronti della struttura ospedaliera, utilizzando la – già citata - figura del contratto con effetti protettivi nei confronti del terzo che prevede in capo al medico l'obbligo di protezione²²⁶.

Per rispondere alla seconda parte del quesito, circa la risarcibilità del danno da errata ovvero omessa diagnosi prenatale, pare opportuno analizzare i due diversi orientamenti dottrinali e giurisprudenziali che nel corso degli anni sono stati oggetto di vivaci dibattiti²²⁷.

La tesi che nega la risarcibilità del danno al bambino per la vita indesiderata ha trovato le proprie basi sulla inconfigurabilità, nel nostro ordinamento, del diritto a nascere sano ovvero a non nascere affatto,²²⁸ come sostiene A. M. Princigalli “non si può invocare dall'ordinamento giuridico tutela per il non acquisto della condizione umana e contro il fatto che rende il nato soggetto all'ordinamento giuridico”²²⁹.

Sul tema il Supremo collegio si è ampiamente espresso nella già menzionata sentenza del 2004, n. 14488²³⁰, nella quale ha confermato il risarcimento del danno in favore di entrambi i genitori cagionato dall'inadempimento del dovere informativo da parte del medico sulla patologia del feto, ma dall'altro lato ha respinto il ricorso avanzato nell'interesse della bambina, la quale richiedeva il riconoscimento del diritto a non nascere se non sana. Secondo la Corte il diritto a nascere sani deve essere ricostruito in senso positivo, ovvero sia che sotto il profilo

²²⁴ Cass. civ., sez. III, 16 febbraio 2001, n. 2335, cit. p.p. 33 ss.

²²⁵ Trib. Vicenza, 27 gennaio 1990, con nota di V. Di Gregorio, *Questioni in tema di responsabilità civile del medico e della p.a.*, in *Nuova giur. comm.*, 1990, I, p. 734; Trib. Verona, 15 ottobre 1990, in *Foro. it.*, 1991, p. 114.

²²⁶ Cass. civ., sez. III, 24 maggio 2006, n. 12362, in *Rep. foro it.*, 2006, p. 197; Cass. civ., sez. III, 19 aprile 2006, n. 9085, con nota di A. Mazzucchelli, in *Resp. e risarc.*, 2006, p.p. 64 ss.

²²⁷ G. Di Marco, *Danno da nascita indesiderata*, cit., p.p. 36 ss.

²²⁸ Orientamento dottrinale avallato da: M. Gorgoni, *nascere sani o non nascere affatto, verso un nuovo capitolo della storia della naissance d'enfants sains non désirés* in *Danno e resp.*, 5, 2001, p.p. 476 ss.; R. Simone, *danno alla persona per nascita indesiderata*, in *Danno e resp.*, 2002, p.p. 491 ss.; R. De Matteis, *La responsabilità medica per omessa diagnosi prenatale: interessi protetti e danni risarcibili*, in *Giur. it.*, 2013, p.p. 635 ss.

²²⁹ A. M. Princigalli, *Nascere infermo o non nascere: quale tutela per il nuovo nato?*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2001, p.p. 675 ss.

²³⁰ Cass. civ., sez. III, 29 luglio 2004, n. 14488.

della responsabilità contrattuale o extracontrattuale, nessuno può procurare al feto delle lesioni o patologie per mezzo di un comportamento omissivo ovvero commissivo, colposo o doloso, inoltre devono essere predisposte le opportune normative e strutture di tutela, cura e assistenza alla maternità volti a garantire la nascita di un bambino sano entro il limite dell'umana possibilità. I giudici hanno concluso ribadendo che dal riconoscimento di tale diritto non può certo discendere che il soggetto concepito, che riscontra gravi patologie, non debba nascere²³¹.

A sostegno di questa tesi sono stati addotti molteplici argomenti: innanzitutto, l'acquisto della capacità giuridica subordinato all'evento della nascita,²³² porta a ritenere che la pretesa di non nascere sia un diritto adespota.

Ancora nella sentenza del 2004, la Cassazione, ha osservato che, fino al momento della nascita, tale diritto non avrebbe un soggetto titolare, mentre, dopo la nascita quel diritto si estinguerebbe, a differenza di quanto avviene per le altre situazioni giuridiche che la legge riconosce in capo al concepito. Di conseguenza, la titolarità del suddetto diritto, sorgerebbe esclusivamente per effetto della sua lesione così che, in mancanza di questa, la situazione giuridica sarebbe sempre priva di un titolare; in altre parole la Corte ha precisato che ipotizzare il diritto del concepito di non nascere significherebbe richiamarsi ad un diritto che avrebbe un titolare soltanto nel caso in cui venisse violato, e in difetto di ciò, se non si procedesse a far nascere il bambino per rispettare il suo diritto di non nascere, non vi sarebbe nemmeno un soggetto legittimato a esercitarlo. Per altro tale diritto non potrebbe essere esercitato neppure dalla madre, in quanto, come previsto dalla l. n. 194 del 1978, la facoltà di interrompere la gravidanza da parte della gestante non ha una propria autonomia, bensì si pone in relazione alla tutela della salute psico-fisica della gestante²³³.

Il secondo argomento a sostegno della tesi attiene alla *ratio* della legge sull'interruzione volontaria della gravidanza. Nelle situazioni di nascita indesiderata che derivano dall'errata diagnosi prenatale, il danno al bambino non è cagionato direttamente da un'azione ovvero un'omissione del medico, e potrebbe essere scongiurato esclusivamente tramite le tecniche interruttive della gravidanza; scelta che, per altro, è rimessa alla volontà della donna, ma entro

²³¹ Cass. civ., sez. III, 29 luglio 2004, n. 14488; con nota di E. Giacobbe, *Brevi osservazioni sul danno da «nascita indesiderata», ovvero un bambino malformato non ha diritto di nascere*, in *Giust. civ.*, 9, 2005, p.p. 2129 ss.; A. Querci, *Vita indesiderata, ingiusta, non sana: profili di responsabilità civile*, in *Famiglia*, 4-5, 2005, p.p. 943 ss.; M. Rossetti, *Danno da nascita indesiderata: la Suprema corte mette i paletti*, in *Dir. e giust.*, 33, 2004, p.p. 8 ss.

²³² Art. 1 c.c., cit.

²³³ Cass. civ., sez. III, 29 luglio 2004, n. 14488, cit.

i termini previsti dalla legge. Inoltre la normativa vieta espressamente il ricorso all'aborto eugenetico; in riferimento a ciò la Cassazione, con la sentenza del 2004 e nelle successive pronunce²³⁴, ha negato la configurabilità del diritto a non nascere se non sano, in quanto riconoscere un tale diritto equivarrebbe ad affermare la legittimazione dell'interruzione della gravidanza con fine eugenetico. Le ipotesi che non rientrano in quelle previste dagli artt. 4 e 6 della legge 194/1978, devono considerarsi ingiustificate e costituiscono reato a carico della donna; pertanto, è possibile affermare che l'ordinamento offre piena tutela al diritto di nascere in capo al concepito, anche in caso di gravi patologie²³⁵.

Un ulteriore argomento attiene alla stessa configurabilità di un danno, tenuto conto che il patrimonio del bambino non subisce alcuna diminuzione per effetto dell'azione o omissione del medico; il Supremo Collegio al riguardo ha precisato che quand'anche fosse configurabile un ipotetico diritto a non nascere, se non sano, mancherebbe un danno risarcibile per il soggetto nato con disabilità. Il danno risarcibile, difatti, rappresenta un peggioramento delle condizioni economiche e/o psicofisiche di un soggetto giuridico sia dal lato quantitativo, sia da quello qualitativo. Nella stessa sentenza, la Corte ha affermato che il danno è sempre una perdita, ovvero una diminuzione, rispetto a uno stato anteriore, che il risarcimento deve in qualche modo reintegrare; nelle vicende in esame, per converso, il difetto di informazione non sembrerebbe apportare per il concepito un peggioramento rispetto alla propria situazione antecedente l'inadempimento del medico nei confronti della madre, di conseguenza non risulterebbe alcun danno risarcibile. Inoltre, ad avviso dei giudici, sarebbe inutile un confronto tra la vita sana e la disabilità, proprio perché, anche se il medico avesse correttamente adempiuto il dovere di informare la madre, la salute del bambino non sarebbe variata. In conclusione l'alternativa alla nascita indesiderata sarebbe stata il non nascere affatto, prospettiva che costituisce una perdita assoluta²³⁶.

Da ultimo si può osservare come gli interpreti abbiano evidenziato che, nelle vicende di omessa informazione alla madre riguardo lo stato di salute del feto da parte del medico, sia

²³⁴ Cass. civ., sez. III, 29 luglio 2004, n. 14488; Cass. civ., sez. III, 14 luglio 2006, n. 16123; Cass. civ., sez. III, 11 maggio 2009, n. 10741.

²³⁵ Argomento sostenuto in dottrina da: F. Pizzetti, *nota sul diritto della donna all'interruzione volontaria della gravidanza*, in *Giur. it.*, 1999, p.p. 11 ss.; R. Simone, *Danno alla persona*, p.p. 493 s.s. cit.; A. Liserre, *Mancata interruzione della gravidanza e danno da procreazione*, in *Corr. giur.*, 2004, p.p. 1437 ss.; D. Carusi, *Omessa diagnosi prenatale: un contrordine... e mezzo delle Sezioni unite*, in *Giur. it.*, 2016, p.p. 551 ss.

²³⁶ Cass. civ., sez. III, 29 luglio 2004, n. 14488; Cass. civ., sez. III, 14 luglio 2006, n. 16123; Cass. civ., sez. III, 11 maggio 2009, n. 10741.

difficile individuare un danno risarcibile in quanto non vi sia nesso causale tra la condotta del professionista e la patologia del bambino; in altre parole l'inadempimento del sanitario non rappresenta la causa primaria della disabilità, infatti, anche se avesse agito correttamente, non avrebbe potuto garantire la nascita di un soggetto sano. In questa ipotesi la condotta scorretta del medico non rappresenta la causa primaria della disabilità, il corretto adempimento non avrebbe di sicuro garantito una nascita sana, però quello che si rimprovera al medico e su cui si basa la richiesta di risarcimento è l'omessa informazione alla madre riguardo lo stato di salute del feto, impedendole di interrompere la gravidanza. Dunque, non essendovi un rapporto di causalità diretto, il fanciullo potrebbe lamentare in giudizio solamente il danno legato alla propria nascita, che, per altro, non sarebbe sorretto dai presupposti giuridici richiesti dalla responsabilità aquiliana, quindi difficilmente risarcibile²³⁷.

La tesi contrapposta a quella appena appena analizzata, prende in considerazione una soluzione prudentemente affermativa per quel che attiene alle rivendicazioni risarcitorie da parte del figlio, nei casi di nascita indesiderata cagionata da situazioni di errata diagnosi prenatale di gravi patologie o malformazioni con conseguente perdita, da parte della madre, della possibilità di interrompere la gravidanza²³⁸.

Gli interpreti, a differenza dell'orientamento contrario, elargiscono una lettura del danno non tanto inteso come la vita stessa, bensì come l'insieme delle conseguenze pregiudizievoli collegate alla vita segnata dalla disabilità. A tal proposito ricordiamo le parole di P. Zatti "una domanda di risarcimento del danno che pone a suo fondamento il mancato successo dell'intervento di interruzione della gravidanza potrebbe legarsi, in un'immediata e intuitiva valutazione, all'idea della nascita come evento dannoso, e sopportare perciò tutto il carico di incertezze e di questioni, talora consistenti e angosciose, talora rarefatte e fallaci, che si sollevano ogni volta che ci si pone il problema se, da un punto di vista giuridico e prima ancora

²³⁷ Cass. civ., sez. III, 29 luglio 2004, n. 14488 cit.; E. Palmerini, *Il diritto a nascere sani e il rovescio della medaglia: esiste un diritto a non nascere affatto?* (Commento a cour de cassation, Assemblée plénière, 17.11.2000) in *Nuova giur. civ. comm.*, 2001, p.p. 210 ss.

²³⁸ Cass. civ., sez. III, 2 ottobre 2012, n. 16754, cit.; A. D'Angelo (a cura di), *Un bambino non voluto è un danno risarcibile*, Milano, Giuffrè, 1999, p.p., 289 ss., sulle premesse di P. G. Montaneri, «La marque de caïn» - *La vita sbagliata, la vita indesiderata e le reazioni del comparatista al distillato dell'alambicco*; A. Guarneri, *Wrongful life, bèbè préjudice e il discusso diritto a nascere sano... o a non nascere*, in *Resp. civ. prev.*, 2001, p.p. 499 ss.; G. Facci, *I nuovi danni nella famiglia che cambia*, Milano, Ipsoa, 2009, p.p. 297 ss.; Cass. 11 maggio 2009 n. 10741, con nota di G. Cricenti, *Il concepito soggetto di diritto ed i limiti dell'interpretazione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, I, p.p. 1258 ss.

etico, l'evento di una nascita umana possa non considerarsi un bene"²³⁹. Anche parte della giurisprudenza si è espressa in linea con questa corrente di pensiero, ad esempio la Corte d'Appello di Venezia ha enunciato che "va evitato [...] di esprimere un giudizio assoluto di valore sulla nascita di un bambino: infatti per accertare che un evento ha provocato un danno è sufficiente accertare che in un determinato momento e per una determinata persona ha rappresentato un accadimento con conseguenze negative, e quindi lesivo di un interesse protetto; non serve dunque definire buona o cattiva la nascita di un bambino ma occorre accertare se tale nascita in un determinato momento ha provocato un pregiudizio alla donna che poteva e intendeva abortire"²⁴⁰.

Si tratta, in altre parole, di una situazione nella quale, a causa dell'inadempimento del medico, non sia stato possibile evitare una nascita indesiderata, la quale ha portato con sé danni ai familiari, e soprattutto danni esistenziali al nato: difatti la prospettiva di una vita dipendente dalla necessaria assistenza di altre persone e ostacolata nella piena e libera esplicazione della personalità umana, ha portato - parte degli interpreti - a ritenere tutte queste conseguenze come fonte di pregiudizio e di significativi danni psico-fisici oltre che patrimoniali.

La Corte di Cassazione, con la sentenza n. 1675 del 2 ottobre 2012²⁴¹, ha operato un *revirement* del precedente orientamento contrario a risarcire *iure proprio* al minore il danno consistente nella vita indesiderata. Il Supremo Collegio aveva, in realtà, già posto le basi per tale mutamento di indirizzo nella precedente decisione n. 10741 del 2009,²⁴² seppur il caso vertesse su una fattispecie caratterizzata dalla condotta del medico sia omissiva che commissiva; nello specifico l'omessa informazione alla madre, da parte del sanitario, sul pericolo derivante da una terapia contro la sterilità, e la somministrazione da parte dello stesso di farmaci potenzialmente teratogeni. Con questa decisione, la Corte, aveva riconosciuto per la prima volta il rapporto di causalità tra l'inesatto adempimento dell'obbligo di informazione da parte del medico ed il danno subito dal bambino, in virtù del diritto dello stesso a nascere sano²⁴³.

²³⁹Trib. Padova, 9 agosto 1985, con nota di P. Zatti, in *Nuova giur. comm.*, 1986, p. 120 ss.

²⁴⁰ C. d'App. Venezia, 23 luglio 1990, con nota di M. Zanchetti, *Il "danno giusto" conseguente alla mancata interruzione di una gravidanza per colpa dei sanitari*, in *Riv. it. med. leg.*, 1991, p.p. 1320 ss.

²⁴¹ Cass. civ., sez. III, 2 ottobre 2012, n. 16754, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013.

²⁴² Cass. civ., sez. III, 11 maggio 2009, n. 10741.

²⁴³ Cass. civ., sez. III, 11 maggio 2009, n. 10741, con nota di M. Feola, *Le responsabilità del medico e della struttura sanitaria per il danno prenatale causato dall'inadempimento delle obbligazioni d'informazione (il*

Prima di procedere alla disamina delle principali questioni giuridiche affrontate dalla sentenza n. 16754/2012, occorre volgere lo sguardo ai punti salienti del caso: una coppia di genitori ha richiesto il risarcimento dei danni subiti a causa dalla condotta del medico, che operava presso la struttura sanitaria alla quale la donna si era affidata per le cure prenatali. Nello specifico, la madre si era rivolta al professionista per effettuare esami prenatali volti a conoscere lo stato di salute del bambino e ad escludere la presenza di malformazioni fetali, dichiarando espressamente la volontà di interrompere la gravidanza qualora, dall’esito di tali esami, fosse emersa la presenza di patologie del figlio. Nonostante tale richiesta, il sanitario aveva consigliato alla donna di sottoporsi solamente all’esame denominato “tritest” che consiste in una “analisi che, combinando i risultati di una serie di esami biochimici con altri fattori, consente di esprimere il rischio di malformazioni in termini statistici percentuali”, e dunque in termini puramente probabilistici, omettendo inoltre di indirizzare la gestante “ad indagini più invasive, come l’amniocentesi, ma dotate di sicuro significato diagnostico”²⁴⁴. Dai risultati dell’esame non era emersa la presenza di malformazioni fetali e, pertanto, il ginecologo aveva consigliato alla gestante di portare a termine la gravidanza; con la conseguenza che la medesima aveva dato alla luce una bambina affetta da sindrome di Down.

L’aspetto interessante e innovativo che emerge dalla sentenza riguarda – come già detto - il riconoscimento, per la prima volta nel nostro ordinamento, del diritto al risarcimento del danno direttamente in capo al minore; l’*iter* argomentativo seguito della Corte per riconoscere tale legittimazione del bambino è fondato sull’interpretazione, ripercorrendone i vari passaggi, di due decisioni precedenti prese dallo stesso Collegio, ovverosia la sentenza n. 14488 del 2004 e la n. 10741 del 2009, per poi compararle col caso in esame²⁴⁵.

Nel 2004 la Corte aveva fatto ricorso alla figura del contratto con effetti protettivi per i terzi al fine di estendere la tutela solamente al coniuge della madre, ma la successiva giurisprudenza, in armonia con la dottrina²⁴⁶, ha ritenuto che fosse un artificio che indeboliva

«diritto a nascere sano»), in *Dir. e giur.*, 2010, p.p. 91 ss.; F. Di Ciommo, *Giurisprudenza-normativa e “diritto a non nascere se non sano”. La Corte di cassazione in vena di revirement?*, in *Danno e resp.*, 2010, p.p. 144 ss.

²⁴⁴ Cass. civ., sez. III, 2 ottobre 2012, n. 16754, con nota di E. Palmerini “*Nascite indesiderate e responsabilità civile: il ripensamento della Cassazione*”, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, p. 198.

²⁴⁵ Cass. civ., sez. III, 2 ottobre 2012, n. 16754, con nota di P. Frati, M. Gulino, S. Zaami, E. Turilazzi, *Quanta informazione a fine diagnostico prenatale? La Suprema Corte statuisce che sia completa, determinante e funzionale alle richieste ed alle scelte materne*, in *Resp. civ. e prev.*, 2013, 1, p.p. 335 e ss.

²⁴⁶ Cass. civ., sez. III, 29 luglio 2004, n. 14488, con nota di A. Liserre, *Mancata interruzione della gravidanza e danno da procreazione*, cit., p. 1431; M. Feola, *Essere o non essere: la Corte di Cassazione e il danno prenatale*, in *Danno e resp.*, 2005, p. 392.

la soluzione del rifiuto dell'analoga pretesa della figlia, fatta valere in sua vece dai genitori, poiché anch'essa sarebbe dovuta essere ricompresa tra i soggetti terzi danneggiati, tanto più che il padre, pur non essendo legittimato a svolgere un ruolo attivo nella decisione circa l'interruzione della gravidanza, è stato considerato egualmente protetto dal contratto²⁴⁷.

Inoltre è stato considerato contraddittorio l'espedito utilizzato dai giudici, tale per cui si ammetteva ovvero si escludeva l'estensione degli effetti protettivi del contratto, a seconda che la condotta del medico si traducesse in un'azione oppure nella omissione dell'obbligo informativo, seppure in ambedue i casi si trattava dello stesso inadempimento da parte del professionista²⁴⁸.

Il Supremo Collegio ha, ulteriormente, messo in evidenza come l'argomento cardine della pronuncia del 2004, costituito dalla inesistenza di un diritto a non nascere se non sano, nel nostro ordinamento, è da considerarsi un'affermazione meramente retorica ed elusiva del problema posto alla Corte a quel tempo;²⁴⁹ la stessa ha, inoltre, rammentato come anche la dottrina aveva sollevato perplessità circa la pretesa mancanza di un interesse protetto, in quanto, la pronuncia oggetto della critica, presupponeva una valutazione di non ingiustizia del danno avulsa dall'ambito della responsabilità contrattuale, che lasciava, in questo modo, il bambino disabile senza alcuna tutela nei casi di abbandono, cattiva amministrazione o di premorienza dei genitori²⁵⁰. In particolare la questione non consiste nel riconoscere o negare un diritto di non nascere ovvero di non nascere se non sano, e neppure nella valutazione di quanto significhi vivere con una disabilità, posto che di per sé risulta una situazione esistenziale sfavorevole, e dove il danno ingiusto, dunque, consisterebbe nelle maggiori difficoltà, cagionate dall'azione colpevole altrui, che una persona può riscontrare nell'affrontare il percorso di vita, indipendentemente dalle alternative a disposizione²⁵¹.

²⁴⁷ Cass. civ., sez. III, 2 ottobre 2012, n. 16754, con nota di E. Palmerini "Nascite indesiderate e responsabilità civile", cit., in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, p. 181.

²⁴⁸ M. R. Marella, *Le conseguenze «non patrimoniali» dell'inadempimento. Una tassonomia*, in *Colloqui in ricordo di Michele Giorgianni*, ESI, Napoli, 2007, p. 197; M. Feola, *Essere o non essere* cit., p.p. 392 ss.

²⁴⁹ Cass. civ., sez. III, 2 ottobre 2012, n. 16754, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, cit. p.p. 181 e 182.

²⁵⁰ Cass. civ., sez. III, 2 ottobre 2012, n. 16754, Ivi. p. 182; Cass. civ., sez. III, 29 luglio 2004, n. 14488, con nota di M. Feola, *Essere o non essere* cit. p. 394; M. Feola, *Violazione degli obblighi d'informazione e responsabilità del medico per il danno prenatale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2004, p. 616.

²⁵¹ Cass. civ., sez. III, 2 ottobre 2012, n. 16754, Ivi. p. 182; Cass. civ., sez. III, 29 luglio 2004, n. 14488, con nota di M. Feola, *Essere o non essere*, cit., p. 394; M. Feola, *Violazione degli obblighi d'informazione* cit., p. 615; M. Feola, *Le responsabilità del medico e della struttura sanitaria per il danno prenatale causato dall'inadempimento delle obbligazioni d'informazione (il «diritto a nascere sano»)*, in A. Procida Mirabelli Di Lauro e M. Feola, *La responsabilità civile*, Torino, 2008, p. 255.

Da ultimo sono apparse poco convincenti le obiezioni che paventavano un potenziale diritto risarcitorio del fanciullo nei confronti della madre, poiché il danno è, in realtà, non risarcibile per la mancanza della condotta colposa da parte della donna e dell'ingiustizia del danno, in quanto la stessa è l'unica legittimata a decidere circa la possibile interruzione della gravidanza²⁵².

Infine, a differenza della sentenza del 2004, che non aveva affatto affrontato il problema, la Cassazione, in questo caso, ha posto al centro della propria indagine la questione giuridica che attiene al rapporto di causalità, che ritiene preminente in materia di responsabilità del medico nei confronti del bambino²⁵³.

Il confronto effettuato dal Supremo Collegio nella pronuncia del 2012, procede con la seconda sentenza²⁵⁴, della quale, a differenza delle critiche indirizzate alla decisione del 2004, ne apprezza l'estesa e approfondita riflessione contenuta nelle motivazioni; in particolar modo la rilevante novità che consiste nel riconoscimento dell'estensione degli effetti protettivi del rapporto obbligatorio contrattuale in favore anche del figlio, al quale spetta un autonomo diritto alla riparazione del danno cagionato nel periodo prenatale, spingendosi per la prima volta a valutare l'incidenza della nascita di un bambino disabile sull'esistenza dell'intera famiglia. Ciononostante, la Cassazione, nel 2009, circa la non risarcibilità del danno direttamente subito dal bambino, commette il medesimo equivoco concettuale fatto con la pronuncia precedente, sostenendo che il fanciullo non avrebbe alcun diritto al risarcimento del danno per essere nato in virtù del fatto che egli è privo della titolarità dell'interesse a non nascere²⁵⁵.

La rappresentazione della vita come oggetto di tutela, da parte dell'ordinamento, in quanto sommo bene, percorsa "da forti aneliti giusnaturalistici"²⁵⁶, è destinata a confrontarsi con il diritto positivo; infatti è la legge stessa che, nel riconoscere alla donna il diritto all'interruzione della gravidanza, prevede l'ipotesi per cui, "dopo i primi novanta giorni, può essere praticata: [...] quando siano accertati processi patologici, tra cui quelli relativi a rilevanti

²⁵² Cass. civ., sez. III, 2 ottobre 2012, n. 16754.; Cass. civ., sez. III, 29 luglio 2004, n. 14488, con nota di M. Feola, *Essere o non essere*, cit.; M. Feola, *Violazione degli obblighi d'informazione* cit., p. 616.

²⁵³ Cass. civ., sez. III, 29 luglio 2004, n. 14488, con nota di M. Feola, *Essere o non essere*, cit., p. 397.

²⁵⁴ Cass. civ., sez. III, 11 maggio 2009, n. 10741.

²⁵⁵ Cass. civ., sez. III, 2 ottobre 2012, n. 16754, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013 cit., p.p. 183 e 184; M. Feola, *Le responsabilità*, cit., p.p. 92 ss.

²⁵⁶ Cass. civ., sez. III, 2 ottobre 2012, n. 16754, Ivi. p. 185.

anomalie o malformazioni del nascituro, che determinino un grave pericolo per la salute fisica o psichica della donna”²⁵⁷.

Una volta abbandonata l’idea di valutare la questione in esame in virtù di un diritto a non nascere se non sano - che per la Corte non rappresenta affatto un diritto - e ricondotta alla più corretta dimensione giuridica, la Cassazione afferma che “il principio di diritto che appare predicabile è quello secondo il quale la propagazione intersoggettiva dell’illecito legittima un soggetto di diritto, quale il neonato, per il tramite del suo legale rappresentante, ad agire in giudizio per il risarcimento di un danno che si assume in ipotesi ingiusto”²⁵⁸.

In particolare il “plesso normativo, ordinario e costituzionale” intende il nascituro “come oggetto di tutela e non anche come soggetto di diritto”, e dal momento che “la lesione inferta al concepito si manifesta e diviene attuale al momento della nascita, la situazione soggettiva tutelata è il diritto alla salute, non quello a nascere sano.”; di conseguenza il soggetto che “nasce malato per via di un fatto lesivo ingiusto occorsogli durante il concepimento” non fa “valere un diritto alla vita né un diritto a nascere sano né tantomeno un diritto a non nascere”, bensì vanta una lesione alla propria salute. L’oggetto “della pretesa e della tutela risarcitoria è, pertanto, sul piano morfologico, la nascita malformata, su quello funzionale (quello, cioè, del dipanarsi della vita quotidiana) il perdurante e irredimibile stato di infermità. Non la nascita non sana. O la non nascita”²⁵⁹. In conclusione al momento della nascita, e per effetto della stessa, si verifica una propagazione degli effetti dell’illecito tra i soggetti, e il bambino, acquistata la capacità giuridica, diviene titolare di un diritto al risarcimento²⁶⁰.

Ripercorsa la comparazione con i precedenti effettuata dai giudici, è opportuno soffermarsi ora sul punto cruciale della sentenza in commento, che ha determinato la svolta giurisprudenziale in senso favorevole al ristoro del pregiudizio subito dal neonato. In particolare, la pretesa risarcitoria di quest’ultimo si fonda su un illecito aquiliano, di cui la Corte analizza i presupposti: la legittimazione ad agire del figlio, l’interesse protetto, l’evento di danno, il nesso eziologico tra condotta e danno e infine la condotta colpevole del sanitario.

Quanto al primo presupposto, la rilevanza giuridica del concepito, nel nostro ordinamento, risulta “indiscutibile e indiscussa”, inoltre non ha come “conseguenza la

²⁵⁷ Art. 6, L. 22 maggio 1978, n. 194; Cass. civ., sez. III, 2 ottobre 2012, n. 16754, Ivi., p. 185.

²⁵⁸ Cass. civ., sez. III, 2 ottobre 2012, n. 16754, Ivi. p. 186.

²⁵⁹ Cass. civ., sez. III, 2 ottobre 2012, n. 16754, Ivi. p. 186.

²⁶⁰ Cass. civ., sez. III, 2 ottobre 2012, n. 16754, Ivi. p. 189.

creazione *ex nihilo* di una sua soggettività, ma si sostanzia [...] nel riconoscimento, ben più pregnante e pragmatico, della sua qualità di oggetto speciale di tutela”²⁶¹. Superate le suggestioni rappresentate dall’ostacolo ontologico circa l’impossibilità per un essere vivente di esistere come soggetto prima della sua vita, e “convertita in questione giuridica la posizione del soggetto che, attualmente esistente, avanza pretese risarcitorie”, la Suprema Corte ha affermato che “va riconosciuto al neonato/soggetto di diritto/giuridicamente capace (art. 1 c.c.)” il diritto alla pretesa risarcitoria del danno conseguente all’essere venuto al mondo con una disabilità e “dal momento in cui è nato”²⁶².

Sul piano giuridico nulla sembra diversificare la posizione soggettiva del fanciullo, avente diritto al risarcimento per la nascita indesiderata, dalle situazioni di diritto comune testamentario, attraverso le quali vengono attribuiti diritti ad un soggetto che non è ancora nato; inoltre non rileva “ai fini della predicabilità di tale legittimazione soggettiva, la specularità del senso dell’operazione – poiché non di una volontà ascendente che istituisce un soggetto che nascerà si tratta, bensì di un soggetto che, alla sua nascita, istituisce retroattivamente sé stesso, diventando così titolare di un diritto soggettivo nuovo, il cui esercizio non richiede, peraltro, la finzione di un soggetto di diritto prenatale.[...] Ben più che un nuovo diritto soggettivo, il riconoscimento di tale legittimazione istituisce un soggetto autonomo, al punto che la qualità innata della sua vita diviene un diritto esigibile della persona senza che [...] la sua pretesa risarcitoria appaia una mostruosità senza passato, confondendo il tempo della vita con il tempo della costruzione (e della finzione) giuridica”²⁶³.

In merito al secondo presupposto, ovvero sia l’interesse protetto, una delle difficoltà affrontate dai giudici, è stata l’individuazione esatta della situazione soggettiva che si assume lesa, in modo da poterla ricondurre all’evento di danno che ha generato, ed infine mettere entrambi in relazione con la condotta colpevole.

Il Collegio ha individuato il fondamento della pretesa risarcitoria del bambino negli artt. 2, 3, 29, 30 e 32 della Costituzione.²⁶⁴ Sottolineando che “il *vulnus* lamentato dal minore[...]

²⁶¹ Cass. civ., sez. III, 2 ottobre 2012, n. 16754, Ivi. p. 191.

²⁶² Cass. civ., sez. III, 2 ottobre 2012, n. 16754, Ivi. p.p. 191 e 192.

²⁶³ Cass. civ., sez. III, 2 ottobre 2012, n. 16754, Ivi. p. 192; G. Di Marco, *Danno da nascita indesiderata*, cit., p.p. 42 e 43.

²⁶⁴ Art. 2 cost. “La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale.”; art. 3 cost. “Tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti alla

non è la malformazione in sé considerata – non è, in altri termini, l’infermità intesa in senso naturalistico (o secondo i dettami della scienza medica), bensì lo stato funzionale di infermità, la condizione evolutiva della vita” vissuta con le maggiori difficoltà derivate dalla disabilità “intese come proiezione dinamica dell’esistenza che non è semplice somma algebrica della vita e” della disabilità “ma sintesi di vita” e disabilità, “sintesi generatrice di una vita” caratterizzata da maggiori complicazioni²⁶⁵.

Da queste considerazioni ne deriva che è stato violato l’art 32 cost., in quanto quest’ultimo tutela la salute “non soltanto nella sua dimensione statica di assenza di malattia, ma come condizione dinamico/funzionale di benessere psicofisico”²⁶⁶. Inoltre si è riscontrata la violazione: dell’art. 2 cost. in conseguenza alla “limitazione del diritto del minore allo svolgimento della propria personalità sia come singolo sia nelle formazioni sociali”²⁶⁷; dell’art. 3 cost. in quanto, in riferimento al progredire della vita della bambina, diventerà sempre più manifesto il limite al pieno sviluppo della persona; degli articoli 29, 30 e 31 cost. dal momento che, la madre, all’epoca della gestazione, si era già preparata all’ipotesi dell’interruzione della gravidanza, per scongiurare una nascita indesiderata, se correttamente informata della patologia fetale; dopo la nascita il bambino viene, dunque, a trovarsi in una “dimensione familiare alterata” che ostacola la piena e continua esecuzione dei diritti e doveri dei genitori, come previsto dagli articoli sopra menzionati, e che “tutela la vita familiare nel suo libero e sereno svolgimento sotto il profilo dell’istruzione, educazione, mantenimento dei figli”²⁶⁸.

legge, senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali.

È compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l’eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l’effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all’organizzazione politica, economica e sociale del Paese.”; art. 29 cost. “La Repubblica riconosce i diritti della famiglia come società naturale fondata sul matrimonio.

Il matrimonio è ordinato sull’eguaglianza morale e giuridica dei coniugi, con i limiti stabiliti dalla legge a garanzia dell’unità familiare.”; art. 30 cost “È dovere e diritto dei genitori mantenere, istruire ed educare i figli, anche se nati fuori del matrimonio.

Nei casi di incapacità dei genitori, la legge provvede a che siano assolti i loro compiti.

La legge assicura ai figli nati fuori del matrimonio ogni tutela giuridica e sociale, compatibile con i diritti dei membri della famiglia legittima.

La legge detta le norme e i limiti per la ricerca della paternità.”; art. 32 cost “La Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell’individuo e interesse della collettività, e garantisce cure gratuite agli indigenti.

Nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge. La legge non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana”.

²⁶⁵ Cass. civ., sez. III, 2 ottobre 2012, n. 16754, cit. p. 193; G. Di Marco, *Danno da nascita indesiderata*, cit., p. 43.

²⁶⁶ Cass. civ., sez. III, 2 ottobre 2012, n. 16754, Ivi. p. 193 la quale si riferisce a D. Lgs. n. 81/2008, art. 1, lett. O.

²⁶⁷ Cass. civ., sez. III, 2 ottobre 2012, n. 16754, Ivi. p. 193.

²⁶⁸ Cass. civ., sez. III, 2 ottobre 2012, n. 16754, Ivi. p. 193.

Queste situazioni soggettive tutelate dal nostro ordinamento, non devono essere ricondotte alla nascita o alla condizione di disabilità considerate singolarmente, bensì sono riconducibili all'insieme delle due intese nella loro ampia accezione funzionale "la cui diversità non è discriminata in un giudizio metagiuridico di disvalore tra nascita e non nascita" ma solamente tutelata e alleggerita per il tramite del risarcimento dei danni. In altre parole non si tratta di giudicare come non meritevole di essere vissuta un'esistenza segnata dalla disabilità, bensì di dare tutela al soggetto che merita di vivere meno disagiamente attraverso il riconoscimento, direttamente in capo ad esso – e dunque senza la mediazione di terzi – dell'opportuno importo risarcitorio; tutto ciò in virtù di quanto previsto dal Costituente, "il quale ha identificato l'intangibile essenza della Carta fondamentale nei diritti inviolabili da esercitarsi dall'individuo come singolo e nelle formazioni sociali ove svolgere la propria personalità, nel pieno sviluppo della persona umana, nell'istituzione familiare, nella salute."

In conclusione è proprio il riferimento a una nozione positiva e dinamica di salute, a consentire quel "mutamento di prospettiva [...] veramente notevole" che è a fondamento di questo *revirement*²⁶⁹.

Il terzo presupposto è strettamente collegato a quanto appena esposto, difatti la Corte ha affermato che la legittimità della pretesa risarcitoria *iure proprio* del bambino, deriva da una condotta omissiva e colpevole alla quale consegue l'esistenza diversamente abile - e non, come già detto, il danno inteso come nascita o patologia singolarmente considerate – e che a sua volta "discende [...] dalla possibilità legale dell'aborto riconosciuta alla madre in una relazione con il feto non di rappresentante-rappresentato, ma di includente-incluso." L'evento di danno, dunque, è caratterizzato "dalla individuazione di sintesi della nascita [...] intesa come condizione dinamica dell'esistenza riferita ad un soggetto di diritto attualmente esistente, e non già destinata "a realizzare un suicidio per interposto risarcimento danni"²⁷⁰.

Dalla ricostruzione appena prospettata deriva che tra l'evento di danno - lamentato a causa della violazione di un interesse del fanciullo così come tutelato dalle norme costituzionali - e la condotta del medico, esiste un nesso di causalità giuridicamente rilevante. Pertanto una volta identificato l'evento di danno nella nascita indesiderata (considerata nel senso della proiezione dinamica dell'esistenza), risulta riconducibile alla condotta omissiva del sanitario,

²⁶⁹ Cass. civ., sez. III, 2 ottobre 2012, n. 16754, Ivi. p. 193.

²⁷⁰ Cass. civ., sez. III, 2 ottobre 2012, n. 16754, Ivi. p.p. 194 e 195.

in quanto attraverso un giudizio prognostico effettuato *ex post*, è possibile dedurre che l'adozione da parte del professionista di una condotta diligente e incolpevole avrebbe permesso alla madre di esercitare il proprio diritto all'interruzione volontaria della gravidanza nel rispetto dei presupposti stabiliti dalla legge; facoltà che, peraltro, la donna aveva espressamente dichiarato di voler esercitare²⁷¹.

Questa soluzione, però, ha ricevuto critiche da parte della dottrina: in particolare P. G. Montaneri ha rilevato come l'omissione del medico, che colposamente omette di informare correttamente la paziente, “priva la donna del suo diritto di abortire e, quindi, cagiona conseguentemente una vita” indesiderata “quale effetto negativo su un terzo di un inadempimento di fornire accurate informazioni al soggetto che le ha richieste”²⁷². Quanto detto risulta criticabile per diverse ragioni: in primo luogo presupporrebbe la “costruzione dell'aborto come diritto o facoltà di scelta della donna” e, così, sarebbe ripreso il “soggettivismo della volontà”²⁷³, considerato che sarebbe “un ragionamento di collegamento negoziale” a sostenere “l'intera costruzione”²⁷⁴. In secondo luogo, non sussisterebbe “nessun danno biologico da propagare”, poiché la violazione della maternità cosciente e responsabile “non è evidentemente un danno biologico ma una lesione della personalità”²⁷⁵. Dunque la costruzione del nesso causale andrebbe rielaborata come lesione della personalità, e non come “danno alla salute”, anche in forza della “influenza che l'omissione medica ha avuto sulla “scelta” della madre”, poiché non poteva “che dipendere dalla natura giuridica di tale atto di scelta”²⁷⁶.

L'Autore illustra come l'inadempimento dell'obbligo informativo da parte del medico, privando la donna della possibilità di scegliere di interrompere la gravidanza, “cagiona conseguentemente una vita” segnata da particolari difficoltà che, a sua volta, cagiona correlati danni alla stessa madre ed ai componenti della famiglia²⁷⁷. Pertanto era necessario “passare dal nesso causale naturalisticamente inteso ad un nesso causale giuridicamente inteso”²⁷⁸, in questo

²⁷¹ Cass. civ., sez. III, 2 ottobre 2012, n. 16754, Ivi. p.p. 195 e 196.

²⁷² Cass. civ., sez. III, 2 ottobre 2012, n. 16754 con nota di P.G. Monateri, *Il danno al nascituro e la lesione della maternità cosciente e responsabile*, in *Corriere giur.*, 2013, p. 64.

²⁷³ P.G. Monateri, Ivi. p. 63.

²⁷⁴ P.G. Monateri, Ivi. p. 64.

²⁷⁵ P.G. Monateri, Ivi. p. 64.

²⁷⁶ P.G. Monateri, Ivi, p. 64.

²⁷⁷ P.G. Monateri, Ivi. p. 64.

²⁷⁸ P.G. Monateri, Ivi. p. 63.

modo, risulta proprio l'inadempimento del sanitario ad aver cagionato un'esistenza segnata da maggiori difficoltà.

Nonostante le critiche, anche la dottrina che ha sollevato maggiori perplessità in relazione al nesso di causalità, ha evidenziato che per quanto riguarda le valutazioni di "politica del diritto" e della "efficiente allocazione dei danni e dei risarcimenti"²⁷⁹, l'"intento" del Supremo Collegio sia "encomiabile" ed "il risultato meritorio"²⁸⁰. In particolare il fatto che con la sentenza, la Corte sia riuscita ad "alleviare una condizione umana di difficoltà gravissima, di perenne sofferenza, affrontare, molto pragmaticamente, la questione dell'handicap, laddove quella della nascita non riveste più interesse alcuno", e porre fine a "l'*absurdum* di liquidare tutti fuorché colui che vive la malformazione in prima persona, anche ai fini della certezza che il risarcimento così apprestato sia utilizzato ad esclusivo beneficio del bambino, senza mediazione di terzi"²⁸¹.

La Cassazione, nella sentenza in commento, ha proseguito con la valutazione della condotta colpevole, giungendo alla soluzione tale per cui la colpevolezza del medico si è riscontrata sotto due profili. Il primo attiene alla inidoneità del test eseguito sulla paziente, nonostante l'espressa richiesta da parte della stessa delle necessarie informazioni finalizzate ad avere piena conoscenza dello stato di salute del feto per poter valutare l'opzione dell'interruzione della gravidanza. Il secondo profilo di colpevolezza riguarda l'omissione delle informazioni, da parte del sanitario, sul ventaglio dei possibili esami diagnostici ai quali la madre si sarebbe potuta sottoporre e le relative delucidazioni circa i rischi ad essi correlati²⁸².

È possibile, a questo punto, compiere un'ulteriore osservazione: come la soluzione adottata dalla Corte, per stabilire il titolo della responsabilità del professionista nei confronti dei soggetti coinvolti, risulti notevolmente articolata. Da un lato, il Supremo Collegio ha affermato che "il principio di diritto secondo il quale la responsabilità sanitaria per omessa diagnosi di malformazioni fetali e conseguente nascita indesiderata va estesa, oltre che nei confronti della madre nella qualità di parte contrattuale (ovvero di un rapporto da contatto sociale qualificato), anche al padre [...], nonché [...] ai fratelli e alle sorelle del neonato, che

²⁷⁹ Cass. civ., sez. III, 2 ottobre 2012, n. 16754, con nota di S. Cacace, *Il giudice "rottamatore" e l'enfant préjudice*, in *Danno e resp.*, 2013, p. 161.

²⁸⁰ Cass. civ., sez. III, 2 ottobre 2012, n. 16754, Ivi. p. 160.

²⁸¹ Cass. civ., sez. III, 2 ottobre 2012, n. 16754, Ivi. p.p. 160 e 161.

²⁸² Cass. civ., sez. III, 2 ottobre 2012, n. 16754, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, cit., p. 196.

rientrano a pieno titolo tra i soggetti protetti dal rapporto intercorrente tra il medico e la gestante, nei cui confronti la prestazione è dovuta”²⁸³.

Dall’altro lato, la Suprema Corte, per stabilire il titolo della responsabilità del professionista nei confronti del bambino, ha operato un’analisi di verifica della sussistenza di “tutti gli elementi della fattispecie concreta onde inferirne la legittima riconducibilità alla fattispecie astratta dell’illecito aquiliano in tutti i suoi elementi di struttura così come descritti dall’art. 2043 c.c.”²⁸⁴.

Giunti al termine dello studio della tesi positiva rispetto al riconoscimento della legittimazione attiva del bambino, sorretta principalmente dal *revirement* operato dalla Corte di Cassazione con la pronuncia del 2012, va evidenziato come tale orientamento sia stato completamente sovvertito dalla pronuncia del 2015 a Sezioni Unite²⁸⁵ della medesima Corte; la quale ha totalmente escluso la sussistenza di un diritto a non nascere se non sani, finanche spingendosi a sostenere il pericolo che il riconoscimento di diritti risarcitori in capo al bambino, possa portare a una reificazione della persona ed alla valutazione del proprio valore tramite il parametro dello stato di salute.

La Corte di Cassazione a Sezioni Unite, con la pronuncia del 2015, n. 25767, è stata chiamata dalla terza sezione civile, a risolvere il contrasto giurisprudenziale generato dalle precedenti sentenze in tema di vita indesiderata e correlata nascita indesiderata. I motivi di ricorso vertono su due questioni: il primo riguarda l’onere probatorio; il secondo – che è oggetto di studio in questo paragrafo – attiene alla questione della legittimazione del bambino alla pretesa risarcitoria in conseguenza del danno arrecatogli dal medico. Le Sezioni Unite hanno accolto il primo motivo di ricorso, per converso il secondo è stato rigettato²⁸⁶.

La questione verte nuovamente su un caso di omessa diagnosi prenatale con conseguente nascita indesiderata di una bambina affetta da sindrome di Down; durante la gravidanza la madre aveva effettuato degli esami ematochimici col fine di diagnosticare eventuali patologie fetali, ma il professionista presso il quale era in cura, aveva omesso di indirizzarla verso ulteriori approfondimenti, che sarebbero stati necessari per individuare la

²⁸³ Cass. civ., sez. III, 2 ottobre 2012, n. 16754, Ivi. p. 178.

²⁸⁴ Cass. civ., sez. III, 2 ottobre 2012, n. 16754, Ivi. p. 178.

²⁸⁵ Cass., SS.UU., 22 dicembre 2015, n. 25767.

²⁸⁶ Cass., SS.UU., 22 dicembre 2015, n. 25767, con nota di M. Gorgoni *Una sobria decisione «di sistema» sul danno da nascita indesiderata*, in *Resp. civ. e prev.*, 1, 2016, p.p. 162 ss.

patologia fetale tenuto conto dei valori alterati che erano risultati dal test al quale la donna si era sottoposta, e della manifestazione della stessa dell'intenzione di interrompere la gravidanza in caso di diagnosi di anomalie del concepito²⁸⁷.

Il secondo motivo di ricorso è di particolare interesse, in quanto mette in luce il marcato contrasto giurisprudenziale che si era creato tra i precedenti orientamenti, dove i più risalenti negavano al bambino la legittimazione alla pretesa risarcitoria, mentre – la già citata – sentenza del 2012 aveva affermato che “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 diritto ad essere risarcito da parte del sanitario con riguardo al danno consistente nell'essere nato non sano, e rappresentato dall'interesse ad alleviare la propria condizione di vita impeditiva di una libera estrinsecazione della personalità, a nulla rilevando né che la sua patologia fosse congenita, né che la madre, ove fosse stata informata della malformazione, avrebbe verosimilmente scelto di abortire”²⁸⁸.

Le Sezioni Unite, rinviando alla propria precedente giurisprudenza, hanno ribadito il riconoscimento del diritto al risarcimento in capo al concepito, una volta acquistata la capacità giuridica al momento della nascita, del danno cagionato da una condotta colposa che si è verificato durante la fase prenatale; inoltre hanno confermato la protezione del nascituro, quale oggetto di tutela, indipendentemente dall'acquisto della capacità giuridica, e in forza dell'ampia normativa offerta dall'ordinamento²⁸⁹.

A conferma di ciò, il Supremo Collegio ha richiamato l'attenzione sull'art. 1 della legge 194/1978, nella parte in cui dispone che “lo Stato garantisce il diritto alla procreazione cosciente e responsabile, riconosce il valore sociale della maternità e tutela la vita umana dal suo inizio”²⁹⁰; inoltre, nonostante la norma in commento qualifichi il nascituro come fattispecie

²⁸⁷ Cass., SS.UU., 22 dicembre 2015, n. 25767, Ivi. p.p. 162 ss.

²⁸⁸ Cass. civ., sez. III, 2 ottobre 2012, n. 16754, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, cit., p. 175.

²⁸⁹ Cass., SS.UU., 22 dicembre 2015, n. 25767, con nota di L. Conte, *L'inizio della vita e i confini della sofferenza risarcibile*, in *BioLaw Journal – Riv. biodir.*, 2, 2016, p.p. 438 ss.

²⁹⁰ Art. 1, c.1, l. 22 maggio 1978, n. 194.

protetta, gli effetti giuridici che ne discendono si basano sull'instaurazione di un vincolo di scopo in capo ai pubblici poteri, e non all'imputazione di posizioni giuridiche soggettive²⁹¹.

Ponendo ancora l'attenzione sulla legge in parola, l'art. 1, al secondo comma, prevede che "l'interruzione volontaria della gravidanza [...] non è mezzo per il controllo delle nascite" ed al successivo terzo comma rimette a Stato, regioni ed enti locali, la prerogativa di promozione e sviluppo dei servizi socio-sanitari e dei piani volti a scongiurare l'utilizzo dell'interruzione della gravidanza con lo scopo di limitare nascite²⁹².

Altra disposizione presa in considerazione è l'art. 1, comma primo, della l. 19 febbraio 2004, n. 40, la quale benché assicuri "i diritti di tutti i soggetti coinvolti, compreso il concepito"²⁹³, non sembra che possa anticipare l'assegnazione della soggettività giuridica al momento precedente alla nascita; infatti nonostante la norma si riferisca ai "diritti" anche del nascituro, non risulta che con ciò intenda attribuirgli situazioni giuridiche soggettive, piuttosto la ratio sembra riferirsi a beni ed interessi considerati nella loro dimensione oggettiva²⁹⁴.

A conferma di tale orientamento, la sentenza della Corte Costituzionale 84/2016, in tema di procreazione medicalmente assistita, ha confermato che "la dignità dell'embrione, quale entità che ha in sé il principio della vita (ancorché in uno stadio di sviluppo non predefinito dal legislatore e tuttora non univocamente individuato dalla scienza), costituisce, comunque, un valore di rilievo costituzionale", si tratta di una conferma implicita del fatto che la l. 40/2004 non può essere considerata il fondamento dell'attribuzione della piena soggettività del concepito; ma anche che il nascituro, nonostante quanto disposto dall'art. 1, c. 1, del c.c., sia titolare di interessi di natura personale di rango costituzionale²⁹⁵.

In conclusione, se dalla Carta Costituzionale è possibile evincere un principio di tutela oggettiva del concepito, ciò non vale altrettanto per qualificare una titolarità di rapporti giuridici sul versante soggettivo; infatti l'art. 2 Cost. nel momento in cui afferma che "la Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità" presuppone l'esistenza della persona in senso fisico²⁹⁶.

²⁹¹ Cass., SS.UU., 22 dicembre 2015, n. 25767, con nota di L. Diotallevi, *La legittimazione del minore disabile ad agire per il risarcimento del danno c.d. da nascita indesiderata ed il nesso (inscindibile) tra soggettività e capacità giuridica*, in *Giur. cost.*, 4, 2016, p.p. 1578 e 1588.

²⁹² Art. 1, c.2, c.3 l. 22 maggio 1978, n. 194; Cass., SS.UU., 22 dicembre 2015, n. 25767, Ivi. p.p. 1588 ss.

²⁹³ Art. 1, c. 1, l. 19 febbraio 2004, n. 40; Cass., SS.UU., 22 dicembre 2015, n. 25767, Ivi. p.p. 1588 ss.

²⁹⁴ Cass., SS.UU., 22 dicembre 2015, n. 25767, Ivi. p.p. 1588 ss.

²⁹⁵ Cass., SS.UU., 22 dicembre 2015, n. 25767, Ivi. p.p. 1588 ss.

²⁹⁶ Art. 2, Cost.; Cass., SS.UU., 22 dicembre 2015, n. 25767, Ivi. p.p. 1588 ss.

Dalle conclusioni alle quali si è fin qui giunti, deriva dunque che l'astratta ammissibilità dell'azione del bambino, una volta nato, per il risarcimento del danno cagionato dalla condotta colposa del medico in un momento precedente alla nascita, ha indotto le Sezioni Unite ad analizzare in primo luogo il contenuto del diritto che si assume lesa, e al contempo il rapporto di causalità tra la condotta e l'evento di danno²⁹⁷.

Il diritto a nascere sani viene ricondotto dai giudici al diritto alla salute, costituzionalmente protetto dall'art. 32, ed è quindi riconosciuta la ristorazione della sua lesione nel momento in cui quest'ultima sia frutto di una condotta omissiva ovvero commissiva del medico, il quale abbia cagionato in modo diretto ed immediato la patologia al nascituro. Nella differente situazione, nella quale la condotta omissiva del professionista abbia impedito alla madre di esercitare il proprio diritto ad interrompere la gravidanza - nel rispetto dei limiti e presupposti previsti dalla legge - il sanitario viene considerato autore mediato del danno, e se in conseguenza di ciò, fosse ammessa una pretesa a non nascere se non sani, allora la situazione della madre, la quale avesse scelto spontaneamente di portare a termine la gravidanza, potrebbe essere equiparata a quella del medico, ovverosia potrebbe essere considerata autrice mediata della lesione, e nulla impedirebbe al bambino di far valere la pretesa a non nascere se non in piena salute, anche nei confronti della stessa²⁹⁸.

Inoltre la condotta omissiva del professionista, deve essere valutata in maniera differente in relazione ai due casi appena esposti, infatti se nella prima situazione il danno è provocato direttamente dal medico, nella seconda la patologia fetale era già presente prima dell'omissione, pertanto le Sezioni Unite hanno stabilito che in relazione al rapporto di causalità con la nascita indesiderata debbano essere tenute distinte²⁹⁹.

A questo punto l'attenzione del Supremo Collegio è andata a focalizzarsi sull'analisi del contenuto del diritto a non nascere se non sani, arrivando alla conclusione che tale diritto risulta ostacolato dall'applicazione sia della figura del "danno conseguenza" sia del "danno ingiusto", innanzitutto poiché entrambe necessitano di un giudizio di valutazione basato sulla comparazione con una situazione precedente al presunto danno, in secondo luogo richiamano il concetto di "bene della vita" il quale però, nei casi in parola, consiste nel rifiuto della vita

²⁹⁷ Cass., SS.UU., 22 dicembre 2015, n. 25767, con nota di L. Conte, *L'inizio della vita*, cit. p.p. 438 ss.

²⁹⁸ Cass., SS.UU., 22 dicembre 2015, n. 25767, Ivi. p.p. 438 ss.

²⁹⁹ Cass., SS.UU., 22 dicembre 2015, n. 25767, Ivi. p.p. 438 ss.

stessa e dunque una contraddizione; per questi motivi secondo i giudici non si può parlare di un diritto a non nascere³⁰⁰.

Un ulteriore argomento addotto dalle Sezioni Unite è stato il rifiuto della reificazione dell'uomo, infatti, se il parametro di giudizio col quale valutare la vita come degna di essere vissuta fosse l'integrità psico-fisica della persona, il risultato sarebbe che alcune vite verrebbero caratterizzate di minor valore rispetto ad altre; con la conseguenza che proprio la svalutazione di tale condizione di vita andrebbe a legittimare la pretesa risarcitoria. La Cassazione ha categoricamente rifiutato questa impostazione, affermando che tra la condotta del medico e le difficoltà che il bambino dovrà affrontare nel proprio percorso di vita, non è possibile stabilire un nesso causale; inoltre si incorrerebbe nel pericolo di una "patrimonializzazione dei sentimenti, in una visione pan-risarcitoria dalle prospettive inquietanti". Le sezioni Unite pertanto sono giunte alla conclusione che il diritto a non nascere non può essere considerato un diritto, e che la pretesa di tutela della "non vita", rendendo sterile la stessa nozione di danno, non può essere fatta valere in giudizio per ottenere il risarcimento da parte del bambino³⁰¹.

In conclusione, col fine di riassumere la questione relativa al quesito se l'errore del medico che va a precludere la possibilità della madre di avvalersi della facoltà di interrompere la gravidanza e che pertanto conduce alla nascita non programmata di un bambino disabile, possa costituire fondamento per l'autonoma pretesa risarcitoria del minore nei confronti del personale sanitario, occorre menzionare innanzitutto la funzione della responsabilità civile.

Partendo dal presupposto che sia stato effettivamente cagionato un danno, il compito della responsabilità civile è assegnare il costo di tale pregiudizio in capo a un soggetto in favore del danneggiato, tuttavia se si ravvisa nel risarcimento del danno una funzione meramente compensativa, si dà una risposta negativa all'estensione del pregiudizio nei confronti anche del nascituro. Infatti l'interesse leso risulta corrispondere alla perdita dell'astratta possibilità della donna di avvalersi delle procedure interruttrive della gravidanza, pertanto sarebbe arduo affermare che la lesione del diritto alla procreazione cosciente e responsabile possa ripercuotersi anche nella sfera soggettiva del bambino tanto da accertare che esso sia soggetto leso di un danno riflesso e beneficiario di un'autonoma tutela risarcitoria.

³⁰⁰ Cass., SS.UU., 22 dicembre 2015, n. 25767, Ivi. p.p. 438 ss.

³⁰¹ Cass., SS.UU., 22 dicembre 2015, n. 25767, Ivi. p.p. 438 ss.

Dunque è possibile affermare che la conseguenza della mancata, o inesatta, informazione da parte del medico nei confronti della gestante, sia esclusivamente la perdita della possibilità di abortire; inoltre non è ravvisabile neppure un autonomo interesse meritevole di tutela in capo al bambino consistente nell'aspirazione a non nascere se non sano, pertanto l'impossibilità di individuare uno specifico interesse leso conduce all'inammissibilità di un'autonoma pretesa risarcitoria per la vita indesiderata, in considerazione peraltro del fatto che il bene della vita, nella propria assolutezza, seppur segnata da maggiori difficoltà, non può essere considerato sfavorevole rispetto all'alternativa del non nascere affatto³⁰².

³⁰² M. Foglia, *Diritto a non nascere (se non sano)*, cit., p.p. 162 ss.

Capitolo 3 L'evoluzione e i profili della responsabilità del medico e della struttura sanitaria

Sommario: - 3.1 La responsabilità contrattuale e la responsabilità aquiliana, cenni – 3.2 La disciplina della responsabilità sanitaria prima delle riforme - 3.3 La responsabilità sanitaria e la L. 8 novembre 2012, n. 189 (c.d. legge Balduzzi) – 3.4 Le nuove previsioni in tema di responsabilità civile della struttura sanitaria e del professionista: L. 8 marzo 2017, n. 24 (c.d. legge Gelli-Bianco).

3.1 La responsabilità contrattuale e la responsabilità aquiliana, cenni

Nelle vicende di *wrongful birth* e *wrongful life* un elemento di fondamentale importanza risulta essere la qualificazione della natura della responsabilità del medico, da parte dei soggetti i quali vogliano vantare una pretesa risarcitoria in giudizio, e per mezzo delle allegazioni volte a darne prova.

Dall'analisi svolta nei precedenti capitoli è emerso che la responsabilità del professionista sanitario è stata qualificata in un primo momento di natura "extracontrattuale", o "aquiliana", per poi essere ritenuta come "contrattuale" o da "contatto sociale"; di conseguenza risultano differenti gli elementi che il giudice deve valutare in giudizio a seconda del titolo che viene assegnato alla responsabilità. Pertanto è opportuno analizzare brevemente le caratteristiche della responsabilità in generale e quelle peculiari, insieme ai presupposti, che caratterizzano le due figure.

La responsabilità civile, o nell'ambito del diritto civile, potrebbe essere intesa come la categoria generale che comprende sia la responsabilità contrattuale sia extracontrattuale, tuttavia il termine è utilizzato per designare esclusivamente la sottocategoria della responsabilità cd. aquiliana (extracontrattuale). Per questo motivo tra le due figure di responsabilità sussiste una netta separazione sia riguardo ai presupposti che ai rimedi, anche se riguardo agli interessi tutelati e ai danni risarcibili la differenza non pare così tanto marcata³⁰³.

In relazione alla fonte della responsabilità, le due categorie appena richiamate non esauriscono la responsabilità nell'ambito del diritto civile, la quale, invece, racchiude tutte le regole in base alle quali il soggetto che cagiona un danno ha l'obbligo di risarcirlo.

³⁰³ M. Giorgianni, *La responsabilità civile e la rivalutazione della figura generale dell'obbligazione*, in *Judicium*, 2012, p.p. 1 ss.; P. G. Monateri, *La responsabilità civile*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da R. Sacco, *Le fonti delle obbligazioni*, 3, Torino, Utet, 1998, p. 2; G. Alpa, *Diritto della responsabilità civile*, Roma-Bari, Laterza, 2003, p. 67- 68.

Secondo la dottrina maggioritaria³⁰⁴, la distinzione tra la responsabilità contrattuale e extracontrattuale consiste nella propria diversità strutturale di base: ovvero sia la prima figura deriva da un rapporto obbligatorio già costituito, dove l'obbligo di risarcire è conseguenza del dovere primario di prestazione e al quale si sostituisce; invece la seconda figura di responsabilità nasce da un'obbligazione che si costituisce *ex novo*. Dunque ciò che giustifica la diversità del regime delle due figure di responsabilità è la fonte dalla quale derivano: contratto e inadempimento, o più precisamente tutte le obbligazioni diverse dalla responsabilità *ex delicto*, per quanto riguarda la responsabilità contrattuale *ex art. 1218 c.c.*³⁰⁵; per converso sono l'illecito e il fatto dannoso, o in altre parole il fatto produttivo di un danno ingiusto, le fonti della responsabilità extracontrattuale *ex art. 2043 c.c.*³⁰⁶

La Corte di Cassazione a tal proposito ha affermato che “la distinzione tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale sta essenzialmente nel fatto che quest'ultima consegue dalla violazione di un dovere primario di non ledere ingiustamente la sfera di interessi altrui, onde essa nasce con la stessa obbligazione risarcitoria, laddove quella contrattuale presuppone l'inadempimento di uno specifico obbligo giuridico già preesistente e volontariamente assunto nei confronti di un determinato soggetto (o di una determinata cerchia di soggetti)”³⁰⁷.

La responsabilità per inadempimento, detta anche responsabilità contrattuale, in quanto la maggior parte delle obbligazioni sorge dal contratto, comprende in realtà tutti i casi di inadempimento di un'obbligazione indipendentemente che derivi da un contratto ovvero da un'altra fonte. Per effetto dell'inadempimento dell'obbligazione da parte del soggetto debitore, il creditore subisce normalmente un danno, le norme sulla responsabilità cd. contrattuale svolgono il compito di regolare come, in presenza di un inadempimento, il debitore possa essere ritenuto responsabile e per questo debba risarcire oppure no il danno³⁰⁸.

³⁰⁴ M. Giorgianni, *La responsabilità civile e la rivalutazione della figura generale dell'obbligazione*, cit., p.p. 1 ss., sulle premesse di C. Rossello, *Responsabilità contrattuale ed aquiliana: il punto sulla giurisprudenza*, in *Contr. e impr.*, 1996, 2, p.p. 642 ss.; R. Scognamiglio, *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, in *Novissimo dig. it.*, XV, Torino, 1976, p. 672; M. Franzoni, *Il danno risarcibile*, II, in *Trattato della responsabilità civile*, dir. da M. Franzoni, Milano, 2010, p.p. 761, 766 ss.

³⁰⁵ Art. 1218 c.c. “Il debitore che non esegue esattamente la prestazione dovuta è tenuto al risarcimento del danno, se non prova che l'inadempimento o il ritardo è stato determinato da impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile”.

³⁰⁶ Art. 2043 c.c. “Qualunque fatto doloso o colposo, che cagiona ad altri un danno ingiusto, obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno”.

³⁰⁷ Cass., S.S. U.U., 26 giugno 2007, n. 14712, in *Corr. giur.*, 2007, p.p. 1706 ss., in M. Giorgianni, *La responsabilità civile e la rivalutazione della figura generale dell'obbligazione*, cit., p.p. 1 ss.

³⁰⁸ V. Roppo, *Diritto privato*, terza ed., 2013, Giappichelli, Torino, p.p. 325 ss.

L'art. 1218 c.c. si occupa della disciplina generale dell'inadempimento del debitore e dalla quale si possono ricavare i due criteri di attribuzione della responsabilità, ovverosia il criterio della "possibilità ovvero impossibilità della prestazione" e quello della "imputabilità o non imputabilità al debitore", i quali parrebbero da applicare in modo combinato per una corretta valutazione. In conseguenza della pretesa vantata dal creditore, il soggetto del quale si lamenta l'inadempimento, per sottrarsi dalla responsabilità è tenuto a dare prova innanzitutto che la prestazione è diventata impossibile da adempiere, e in seguito che tale impossibilità non è a lui imputabile. La disciplina regolata dall'art. 1218 c.c. può sembrare svantaggiosa per il debitore, in quanto fornire la prova di quanto richiesto risulterebbe arduo in numerosi casi, difatti il legislatore ha arricchito tale disciplina con ulteriori articoli, collocati all'interno del codice civile e caratterizzati da peculiarità ricollegate ai diversi tipi di obbligazione alle quali si riferiscono, oltre alla previsione di particolari attenuazioni nei confronti del debitore.

Analizzando in maniera più dettagliata i due suddetti criteri e ponendo l'attenzione sul primo, va effettuata un'ulteriore distinzione: l'impossibilità della prestazione può essere "oggettiva" quando deriva da fatti esterni al soggetto, ovverosia non è dovuta a una propria caratteristica, e "assoluta" in quanto non è superabile da chiunque. Se sussiste questa tipologia di impossibilità il soggetto passivo si considera liberato dall'obbligazione: tale affermazione però va precisata, difatti l'impossibilità liberatoria non deve essere fraintesa con una mera difficoltà maggiore o gravosa onerosità della prestazione della quale il debitore ha l'obbligo di farsi carico, tanto più che ai sensi degli artt. 1175 e 1176³⁰⁹ c.c. tale soggetto nell'adempimento dell'obbligazione deve usare la "correttezza" e la "normale diligenza". In conclusione la prestazione può ritenersi impossibile nel momento in cui per compierla sarebbero necessari attività e mezzi che vanno al di là di quanto ragionevolmente e normalmente occorrerebbe per il tipo di prestazione che il debitore deve adempiere, ovverosia che tale prestazione risulterebbe sostanzialmente diversa da quella oggetto dell'obbligazione.

Tale criterio muta in base al tipo di prestazione che è richiesta, e di conseguenza anche la difficoltà nel fornire la prova da parte del debitore per liberarsi dalla responsabilità.

³⁰⁹ Art. 1175 c.c. "Il debitore e il creditore devono comportarsi secondo le regole della correttezza, ((...))."; Art. 1176 c.c. "Nell'adempire l'obbligazione il debitore deve usare la diligenza del buon padre di famiglia. Nell'adempimento delle obbligazioni inerenti all'esercizio di un'attività professionale, la diligenza deve valutarsi con riguardo alla natura dell'attività esercitata".

In relazione al secondo criterio va sottolineato come l'inadempimento sia imputabile al soggetto, che riveste il ruolo di parte passiva del rapporto obbligatorio, quando sussiste una ragione che giustifichi l'attribuzione della responsabilità a suo carico, inoltre il criterio dell'imputabilità varia a seconda di come viene individuata tale ragione e di conseguenza cambia la rigosità della disciplina della responsabilità in capo al debitore. Il criterio dell'imputabilità può assumere due differenti significati ai quali corrispondono due tipologie di responsabilità: per colpa, ovvero sia quando l'inadempimento deriva dalla negligenza, imprudenza, o imperizia del debitore, oppure responsabilità oggettiva, se la mancanza dell'adempimento gli è imputabile in quanto è riconducibile alle cause che rientrano nella propria sfera di controllo e organizzazione.

La responsabilità per colpa³¹⁰ si ricollega al principio della diligenza, infatti risponde per colpa il soggetto che non ha adempiuto l'obbligazione per negligenza, imprudenza o imperizia, viceversa per diligenza si intende la cura, la prudenza e la competenza che il debitore ha il dovere di utilizzare nell'adempiere l'obbligazione. L'art 1176 c.c., come già accennato, prevede che il livello di diligenza dovuta dal soggetto passivo sia, in generale, quella del buon padre di famiglia, intesa come un livello di diligenza "normale" che viene utilizzato da una persona seria e scrupolosa; mentre per quanto concerne l'esercizio di un'attività professionale, la diligenza deve essere valutata in relazione al tipo di attività svolta, le quali possiedono una propria disciplina che regola il modo corretto in cui tale attività professionale deve essere svolta. In particolare la colpa intesa come inosservanza di uno *standard* di condotta, è definita "colpa in senso oggettivo" che si differenzia dalla "colpa soggettiva" che si colloca nell'ambito della responsabilità penale.

È opportuno fare ancora un'osservazione, la colpa può avere differenti gradazioni d'intensità, infatti si distingue tra "colpa ordinaria o lieve" quando è violata l'ordinaria diligenza richiesta per l'esercizio della prestazione, e "colpa grave" quando non vengono rispettati neppure i minori livelli di attenzione, prudenza e competenza idealmente richiesti per la prestazione. Tale distinzione assume particolare importanza poiché, talvolta, perché sia determinata la responsabilità non è sufficiente la colpa lieve, bensì il soggetto risponde solamente per colpa grave.

³¹⁰ V. Roppo, *Diritto privato*, cit., p.p. 330 ss.

Il secondo tipo di responsabilità detta “oggettiva o senza colpa” deriva da quei rapporti obbligatori nei quali il soggetto inadempiente è tenuto a risarcire il danno anche se la mancata prestazione non dipende da sua colpa, pertanto la prova del fatto di non aver potuto evitare l’inadempimento, e al contrario, aver usato la diligenza richiesta per la prestazione non lo libera dalla responsabilità. Tale responsabilità è fondata sul rischio in quanto il soggetto passivo risponde di tutti i fatti che si verificano nella sfera della propria organizzazione e del normale svolgimento della sua attività, anche se non dipendono da colpa; la *ratio* consiste nella prevalente tutela dell’interesse del creditore del rapporto obbligatorio. Tuttavia il debitore non è chiamato a rispondere dei rischi definiti anomali, ovverosia in tutti quei casi in cui si verifica un evento straordinario tale da escludere ogni ragionevole possibilità di previsione e controllo da parte dello stesso; tra questi si richiamano il “caso fortuito” e “di forza maggiore”.

Esistono ulteriori formulazioni dei criteri della responsabilità, queste non sono espressamente previste dalle norme bensì nascono dalla creazione degli interpreti: si tratta della cd. “inesigibilità” della prestazione *ex art. 1175 c.c.*³¹¹ che fonda il giudizio sul criterio della correttezza fra le parti del rapporto obbligatorio, ovverosia prevede che al sussistere di determinate circostanze l’inadempimento del debitore è considerato giustificato in quanto non è possibile pretendere la prestazione. Inoltre la responsabilità viene valutata in base a taluni criteri di definizione delle obbligazioni, si tratta delle cd. obbligazioni “di mezzi” e “di risultato”. Le prime sono caratterizzate dal fatto che il debitore deve svolgere una determinata attività nei confronti del creditore senza l’obbligo di garantirne il risultato atteso, pertanto il debitore, in caso di mancato risultato risponde solamente per colpa; mentre la seconda categoria prevede che il soggetto passivo sia tenuto a realizzare il risultato concordato, in caso contrario risulta inadempiente, dunque, il criterio della responsabilità risulta maggiormente severo, tanto che per liberarsi non risulta sufficiente la prova del fatto di aver agito nel rispetto della diligenza ordinaria.

Il mancato adempimento può derivare anche da una condotta dolosa del debitore, per dolo³¹² si intende il danneggiamento nei confronti del soggetto creditore posto in essere con

³¹¹ Art. 1175 c.c. “Il debitore e il creditore devono comportarsi secondo le regole della correttezza”.

³¹² Art. 1439 c.c. “Il dolo è causa di annullamento del contratto quando i raggiri usati da uno dei contraenti sono stati tali che, senza di essi, l'altra parte non avrebbe contrattato.

Quando i raggiri sono stati usati da un terzo, il contratto è annullabile se essi erano noti al contraente che ne ha tratto vantaggio”; Art. 1440 c.c. “Se i raggiri non sono stati tali da determinare il consenso, il contratto è valido, benché senza di essi sarebbe stato concluso a condizioni diverse; ma il contraente in mala fede risponde dei danni”

volontà e coscienza, ovvero anche se il danno non è direttamente voluto, può essere parimenti accettato come possibile conseguenza della propria condotta (cd. danno eventuale). Posto che il dolo risulta un comportamento maggiormente riprovevole della colpa, è disciplinato dalla legge in modo più severo rispetto all'inadempimento colposo, ciò può condurre anche alla condanna a un risarcimento maggiore nei confronti della parte lesa.

Una volta verificato che il debitore è responsabile dell'inadempimento dell'obbligazione è obbligato a risarcire il danno cagionato al creditore; la riparazione del danno, come disciplinato dall'art. 2058 c.c.³¹³, può avvenire sia in "forma specifica", ovverosia il debitore è tenuto a ripristinare lo specifico interesse leso tramite l'inadempimento, nello specifico attuando l'obbligo di fare qualcosa ovvero di ricostituire lo stato delle cose a come erano prima del danno cagionato nel rispetto dell'obbligo di non fare. Qualora non sia possibile la riparazione del danno in forma specifica, il debitore è obbligato a versare al danneggiato una somma di denaro che equivalga al danno.

A questo punto occorre definire in cosa consiste il danno e analizzare il problema della quantificazione del danno risarcibile. Innanzitutto il danno può essere considerato "non patrimoniale" consistente nella lesione di un valore ovvero un interesse di natura non economica, e viene in rilievo soprattutto nell'ambito della responsabilità extracontrattuale; inoltre il danno può essere "patrimoniale" e consiste nella perdita di un valore economico.

La materia è disciplinata dall'art. 1223 c.c.³¹⁴ che individua due componenti del danno patrimoniale: il "danno emergente", ovverosia la perdita effettivamente subita dal creditore, e il "lucro cessante" individuato nel mancato guadagno cagionato dall'inadempimento. A tal proposito nel risarcimento per equivalente si solleva il problema della quantificazione del danno risarcibile che le norme risolvono attraverso determinati criteri: in primo luogo l'art. 1223 c.c. dispone che deve essere risarcito tutto il danno patito dal creditore, sia nella parte del danno emergente sia del lucro cessante, a tale previsione si aggiungono ulteriori criteri che operano in senso restrittivo. Il primo consiste nella "causalità", ovverosia il danno deve essere risarcito nella sola misura in cui sia una conseguenza immediata e diretta del mancato adempimento; il

³¹³ Art. 2058 c.c. "Il danneggiato può chiedere la reintegrazione in forma specifica, qualora sia in tutto o in parte possibile.

Tuttavia il giudice può disporre che il risarcimento avvenga solo per equivalente, se la reintegrazione in forma specifica risulta eccessivamente onerosa per il debitore".

³¹⁴ Art. 1223 c.c. "Il risarcimento del danno per l'inadempimento o per il ritardo deve comprendere così la perdita subita dal creditore come il mancato guadagno, in quanto ne siano conseguenza immediata e diretta".

secondo è la “prevedibilità”, secondo il quale deve essere risarcito solamente il danno prevedibile nel momento in cui è sorta l’obbligazione, tanto che nell’ipotesi di imprevedibilità del danno, il soggetto passivo del rapporto obbligatorio risponde esclusivamente per inadempimento doloso come previsto dall’art. 1225 c.c.³¹⁵; in seguito viene valutato il criterio del “concorso di colpa del creditore danneggiato” disciplinato dal primo comma dell’art. 1227 c.c.³¹⁶, il quale prevede che se alla produzione del danno contribuisce, insieme al debitore, anche lo stesso creditore per mezzo di un suo fatto colposo, il risarcimento viene diminuito in base alla gravità della colpa e all’entità delle conseguenze che ne possono derivare; il secondo comma dell’art. 1227 c.c. stabilisce il criterio della “evitabilità del danno”, ovvero sia non è dovuto il risarcimento per i danni che il creditore avrebbe potuto evitare usando l’ordinaria diligenza; infine ai sensi dell’art. 1226 c.c.³¹⁷ il criterio della “valutazione equitativa” viene applicato, come regola di chiusura e residuale, quando è stata accertata l’esistenza del danno tuttavia il creditore non riesce a fornire la prova nel suo preciso ammontare, pertanto la liquidazione viene calcolata dal giudice con una valutazione equitativa, o più precisamente tramite una stima approssimativa e di buon senso.

L’applicazione dei suddetti criteri di determinazione del danno può risultare in concreto difficoltosa, pertanto il legislatore ha previsto che le parti per ovviare al problema possano stipulare una “clausola penale”, ovvero sia un accordo tra i due soggetti dell’obbligazione con il quale viene determinata in anticipo la somma di denaro dovuta, oppure una diversa prestazione risarcitoria, in caso di inadempimento da parte del debitore. La *ratio* dell’art 1382 c.c.³¹⁸ consiste nella semplificazione dei rapporti tra le due parti che può andare a vantaggio di una ovvero dell’altra, in particolare è favorevole al creditore quando viene accordato che una volta verificatosi l’inadempimento, quanto è previsto nella clausola è sicuramente dovuto indipendentemente dalla prova del danno; al contrario è vantaggiosa per il debitore la previsione

³¹⁵ Art. 1225 c.c. “Se l’inadempimento o il ritardo non dipende da dolo del debitore, il risarcimento è limitato al danno che poteva prevedersi nel tempo in cui è sorta l’obbligazione”.

³¹⁶ Art. 1227 c.c. “Se il fatto colposo del creditore ha concorso a cagionare il danno, il risarcimento è diminuito secondo la gravità della colpa e l’entità delle conseguenze che ne sono derivate.

Il risarcimento non è dovuto per i danni che il creditore avrebbe potuto evitare usando l’ordinaria diligenza”.

³¹⁷ Art. 1226 c.c. “Se il danno non può essere provato nel suo preciso ammontare, è liquidato dal giudice con valutazione equitativa”.

³¹⁸ Art 1382 c.c. “a clausola, con cui si conviene che, in caso d’inadempimento o di ritardo nell’adempimento, uno dei contraenti è tenuto a una determinata prestazione, ha l’effetto di limitare il risarcimento alla prestazione promessa, se non è stata convenuta la risarcibilità del danno ulteriore. La penale è dovuta indipendentemente dalla prova del danno”.

che sia dovuto al creditore come risarcimento esclusivamente quanto previsto nella clausola anche nel caso in cui il danno risulti di entità maggiore, tale regola però è derogabile, difatti può essere pattuita dalle parti la risarcibilità del danno ulteriore; sempre in favore del debitore è prevista la regola del “divieto di cumulo” dall’art. 1383 c.c.³¹⁹ la quale stabilisce che il creditore non può richiedere cumulativamente la prestazione non eseguita e la penale, con l’eccezione che nell’eventualità che la penale riguardi esclusivamente il ritardo, può essere chiesta insieme al risarcimento; infine, ancora a vantaggio del debitore è stabilito secondo il criterio della “riduzione”, *ex art.* 1384 c.c.³²⁰, che lo stesso possa chiedere al giudice la riduzione secondo equità dell’ammontare della penale in due casi: in primo luogo se l’inadempimento risulta parziale, inoltre quando l’ammontare della penale è manifestamente eccessivo, la *ratio* consiste nel commisurare la penale all’interesse effettivo che il debitore aveva al momento in cui è sorta l’obbligazione.

In merito alle clausole che esonerano o limitano la responsabilità³²¹, la legge le ammette solamente entro certi limiti stabiliti, in particolare sono considerate valide esclusivamente se la responsabilità deriva da colpa ordinaria, con l’eccezione per talune figure di obbligazioni nelle quali la prestazione è ricollegata a valori fondamentali dove deve essere garantita la diligenza del debitore, pertanto sono le clausole sono considerate nulle anche in caso di responsabilità per colpa ordinaria³²².

Come anticipato in precedenza, i danni possono verificarsi anche al di fuori di un rapporto obbligatorio precedentemente sorto tra danneggiante e danneggiato, i quali risultano giuridicamente estranei fra loro; il compito della responsabilità civile consiste nell’individuare i fatti dannosi che ne danno luogo, ovverosia i danni risarcibili, distinguendoli dagli atti dannosi che lasciano il soggetto che li ha commessi immune da responsabilità, i cd. danni non risarcibili³²³. Ciò è conseguenza del fatto che il sistema giuridico italiano accoglie il principio

³¹⁹ Art. 1383 c.c. “Il creditore non può domandare insieme la prestazione principale e la penale, se questa non è stata stipulata per il semplice ritardo”.

³²⁰ Art. 1384 c.c. “La penale può essere diminuita equamente dal giudice, se l’obbligazione principale è stata eseguita in parte ovvero se l’ammontare della penale è manifestamente eccessivo, avuto sempre riguardo all’interesse che il creditore aveva all’adempimento”.

³²¹ Art. 1229 c.c. “È nullo qualsiasi patto che esclude o limita preventivamente la responsabilità del debitore per dolo o per colpa grave.

È nullo altresì qualsiasi patto preventivo di esonero o di limitazione di responsabilità per i casi in cui il fatto del debitore o dei suoi ausiliari costituisca violazione di obblighi derivanti da norme di ordine pubblico”.

³²² V. Roppo, *Diritto privato*, cit., p.p. 330 - 342.

³²³ V. Roppo, Ivi. p.p. 581 ss.

di "atipicità dei danni risarcibili" nel quale le norme non elencano i casi in cui un danno genera responsabilità, vero è che alcune norme possono prevederne alcune ipotesi legali, tuttavia queste non esauriscono la serie che rimane aperta, difatti spetta al giudice l'identificazione in concreto delle singole ipotesi di danno risarcibile.

Quanto detto trova riscontro nell'art. 2043 c.c.³²⁴ che dispone "Qualunque fatto doloso o colposo, che cagiona ad altri un danno ingiusto, obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno", dalla norma si ricava che compito della responsabilità aquiliana, una volta verificatosi il fatto dannoso, è stabilire se il danno debba essere risarcito; chi ha l'obbligo di risarcirlo e infine quale somma il danneggiante deve versare al danneggiato, ovvero in quale altra maniera deve riparare il pregiudizio arrecato. A partire dagli inizi del '900 la funzione della responsabilità extracontrattuale è passata dalla "concezione etica", ovverosia una funzione prevalentemente sanzionatoria che aveva l'obiettivo di punire il responsabile dell'illecito, alla "concezione pratica" con funzione prevalentemente compensativa, volta a remunerare il soggetto danneggiato per la perdita subita. Tale nuova concezione pone al centro dell'attenzione il soggetto danneggiato rispetto al danneggiante.³²⁵

Dall'articolo 2043 c.c., insieme al successivo art. 2046 c.c.³²⁶, si evince che l'obbligo di risarcire sorge in capo al danneggiante nel momento in cui concorrono determinati presupposti: il fatto; l'illiceità del fatto; l'imputabilità al soggetto danneggiante; il nesso causale tra il fatto e l'evento dannoso; infine il danno.³²⁷

Il primo elemento è il "fatto" e consiste nel comportamento dell'uomo, o meglio nella condotta che mette in atto la quale può essere sia commissiva, ovverosia un *facere*, sia omissiva quando consiste in un *non facere*. Quest'ultima non va intesa come una qualunque omissione, bensì occorre che la condotta venga in essere in violazione di un obbligo giuridico di intervenire previsto dall'ordinamento, o ancora in violazione di regole di diligenza e correttezza imposte dal principio di solidarietà previsto dall'art. 2 Cost. e dal dovere di comportarsi secondo correttezza di cui all'art. 1175 c.c.; inoltre tale presupposto può consistere pure in un fatto

³²⁴ Art. 2043 c.c. "Qualunque fatto doloso o colposo, che cagiona ad altri un danno ingiusto, obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno".

³²⁵ V. Roppo, *Diritto privato*, cit., p.p. 581 ss.

³²⁶ Art. 2046 c.c. "Non risponde delle conseguenze dal fatto dannoso chi non aveva la capacità d'intendere o di volere al momento in cui lo ha commesso, a meno che lo stato d'incapacità derivi da sua colpa".

³²⁷ A. Torrente, P. Schlesinger, *Manuale di diritto privato*, venticinquesima ed., a cura di F. Anelli, C. Granelli, 2021, Giuffrè, Milano, p.p. 907 ss.

materiale, nello specifico si tratta di un fatto naturale che la legge prevede di imputare a un soggetto in quanto obbligato a evitarlo, ovvero in relazione al legame che intercorre tra il fatto e lo stesso soggetto.

Il secondo presupposto consiste nell’“illiceità del fatto” che talora è espressamente prevista dalle norme, oppure può valere il principio opposto della atipicità dell’illecito civile. Nel primo caso la legge prevede che un determinato fatto sia illecito, e dunque, se viene commesso, l’autore è obbligato a risarcire il danno che ne deriva; a titolo esemplificativo è opportuno citare i casi previsti dall’art. 872 c.c. secondo comma³²⁸ e dal primo comma dell’art. 2600 c.c.³²⁹, oltre alla generale previsione di cui all’art. 185, c. 2, c.p.³³⁰ il quale dispone che ogni reato che abbia cagionato un danno patrimoniale, ovvero non patrimoniale, obbliga il colpevole a risarcire il danno pertanto l’illecito penale costituisce allo stesso momento un illecito civile.

In merito al principio dell’atipicità dell’illecito civile, invece, l’art. 2043 c.c. dispone che qualsiasi fatto doloso o colposo, che cagiona un danno ingiusto, obbliga l’autore a risarcire tale danno; si tratta di una clausola generale che tuttavia non specifica quali danni debbano ritenersi ingiusti e nemmeno per mezzo di quali criteri debba essere stabilito; pertanto sembra corretto definire come danno ingiusto la lesione di un interesse altrui, dunque un atto illecito, per mezzo di una condotta antigiuridica.

La giurisprudenza nel corso degli anni ha provveduto ad ampliare la nozione di ingiustizia del danno, pertanto se nel primo periodo dall’entrata in vigore del codice civile era qualificato come ingiusto solamente il danno cagionato in violazione di un diritto soggettivo del danneggiato, ossia *contra ius*, e più precisamente la sola lesione di diritti assoluti, in seguito si è visto comprendere nella nozione di ingiustizia anche la lesione dei diritti della persona, di quelli inerenti allo *status* della persona, e dei diritti reali. A partire dagli anni ’70 del novecento la giurisprudenza³³¹ ha incluso anche la violazione dei diritti di credito, in quanto quella del creditore è una situazione giuridica soggettiva protetta dall’ordinamento; in conseguenza di ciò

³²⁸ Art. 872, c. 2, c.c. “Colui che per effetto della violazione ha subito danno deve esserne risarcito, salva la facoltà di chiedere la riduzione in pristino quando si tratta della violazione delle norme contenute nella sezione seguente o da questa richiamate”.

³²⁹ Art. 2600, c. 1, c.c. “Se gli atti di concorrenza sleale sono compiuti con dolo o con colpa, l'autore è tenuto al risarcimento dei danni”.

³³⁰ Art. 185, c. 2, c.p. “Ogni reato, che abbia cagionato un danno patrimoniale o non patrimoniale, obbliga al risarcimento il colpevole e le persone che, a norma delle leggi civili, debbono rispondere per il fatto di lui”.

³³¹ Cass. S.S. U.U., 26 gennaio 1971, n. 174.

oggi è riconosciuta anche la risarcibilità del danno da: cd. induzione all'inadempimento; da complicità nell'altrui inadempimento; da lesione, ad opera del terzo, del diritto ad una corretta esecuzione del rapporto contrattuale; da trascrizione dolosamente effettuata a danno del primo acquirente; e infinte da storno di dipendenti.

Un ulteriore ampliamento è stato apportato dalla giurisprudenza quando è giunta a riconoscere la risarcibilità, non solo dei diritti, ma anche delle "situazioni di fatto" protette dall'ordinamento giuridico; sulla stessa scorta, in un periodo più recente, ha ammesso anche la risarcibilità di un "interesse legittimo". In conclusione, ad oggi, risulta chiaro che l'intenzione della giurisprudenza sia qualificare come ingiusto non solo il danno cagionato dalla lesione di un diritto soggettivo, assoluto o relativo, bensì anche la figura di danno causato dalla lesione di un interesse tutelato dall'ordinamento giuridico, seppur non protetto come diritto soggettivo³³²; tale lesione degli interessi tutelati dall'ordinamento è denominata "evento dannoso", ovvero "danno-evento".

È opportuno aggiungere ancora una specificazione a riguardo della qualificazione di danno ingiusto, in quanto per essere definito tale è necessario che sia cagionato *non iure*, ovverosia non nell'esercizio di un diritto riconosciuto dall'ordinamento in capo al soggetto danneggiante. Inoltre è esclusa la possibilità di qualificare ingiusto un danno commesso nell'adempimento di un dovere³³³ previsto dalla legge ovvero da un ordine legittimo della pubblica Autorità, oltre al danno arrecato per legittima difesa³³⁴. Tra questi rientrano anche il danno commesso dall'avente diritto³³⁵, il danno subito in occasione della partecipazione volontaria ad un'attività pericolosa lecita³³⁶, e infine il danno commesso in stato di necessità³³⁷.

³³² Cass. S.S. U.U., 15 gennaio 2009, n. 794.

³³³ Art. 51, c.1, c.p. "L'esercizio di un diritto o l'adempimento di un dovere imposto da una norma giuridica o da un ordine legittimo della pubblica Autorità, esclude la punibilità".

³³⁴ Art. 2044 c.c. "Non è responsabile chi cagiona il danno per legittima difesa di sé o di altri".

³³⁵ Art. 50 c.p. "Non è punibile chi lede o pone in pericolo un diritto, col consenso della persona che può validamente disporre".

³³⁶ Art. 2050 c.c. "Chiunque cagiona danno ad altri nello svolgimento di un'attività pericolosa, per sua natura o per la natura dei mezzi adoperati, è tenuto al risarcimento, se non prova di avere adottato tutte le misure idonee a evitare il danno".

³³⁷ Art. 2045 c.c. "Quando chi ha compiuto il fatto dannoso vi è stato costretto dalla necessità di salvare se' o altri dal pericolo attuale di un danno grave alla persona, e il pericolo non è stato da lui volontariamente causato né era altrimenti evitabile, al danneggiato è dovuta un'indennità, la cui misura è rimessa all'equo apprezzamento del giudice".

nel qual caso, tuttavia, è prevista l'erogazione di un'indennità da parte del danneggiante al danneggiato quantificata dal giudice tramite equo apprezzamento³³⁸.

Il terzo presupposto consiste nella “imputabilità del fatto” che si ricava dalla lettura dell'art. 2046 c.c., il quale dispone che chi non aveva la capacità di intendere o di volere al momento in cui è stato commesso il fatto dannoso non risponde delle conseguenze; dalla stessa disposizione si evince che, invece, non ha alcuna rilevanza che il danneggiante avesse la capacità di agire al momento della commissione del fatto. La *ratio* della norma consiste nel ritenere escluso dall'obbligo di risarcire il danno il soggetto che era privo della facoltà di comprendere pienamente lo scopo e la portata delle proprie azioni al tempo della commissione del fatto, con la previsione dell'eccezione per il caso in cui lo stesso soggetto abbia fatto dipendere il proprio stato di incapacità per sua colpa.

Il successivo art. 2047 c.c.³³⁹ disciplina il particolare caso del danno cagionato dal soggetto incapace, dunque esente da responsabilità, dove il danneggiato può richiedere il risarcimento al soggetto tenuto alla sorveglianza dell'incapace; tuttavia se non esiste alcun soggetto tenuto alla sorveglianza, ovvero lo stesso abbia dimostrato di non aver potuto impedire il fatto liberandosi dalla responsabilità, o ancora non sia in grado di risarcire il danno, il danneggiato può richiedere al giudice la condanna del soggetto incapace al risarcimento consistente in una “equa indennità” calcolata in base alle condizioni economiche di entrambe le parti³⁴⁰. Quanto detto non è applicabile anche all'incapace legale che al momento del fatto avesse, invece, la capacità naturale, ovvero sia che fosse in grado di intendere e volere, in questi casi il soggetto risponde del danno sulla base delle regole ordinarie³⁴¹.

Ancora dalla lettura dell'art. 2043 c.c. si ricava il quarto presupposto della responsabilità extracontrattuale, il quale consiste nel dolo, ovvero nella colpa, dell'autore dell'illecito. Per dolo, come già visto, si intende l'intenzionalità della condotta nella possibilità che possa produrre l'evento dannoso, pertanto non è necessario il cd. “dolo diretto” per determinare la responsabilità, è sufficiente anche l'accettazione del rischio prevista dal cd. “dolo eventuale”;

³³⁸ A. Torrente, P. Schlesinger, *Manuale di diritto privato*, cit., p.p. 908-920.

³³⁹ Art. 2047 c.c. “In caso di danno cagionato da persona incapace di intendere o di volere, il risarcimento è dovuto da chi è tenuto alla sorveglianza dell'incapace, salvo che provi di non aver potuto impedire il fatto. Nel caso in cui il danneggiato non abbia potuto ottenere il risarcimento da chi è tenuto alla sorveglianza, il giudice, in considerazione delle condizioni economiche delle parti, può condannare l'autore del danno a un'equa indennità”.

³⁴⁰ A. Torrente, P. Schlesinger, *Manuale di diritto privato*, cit., p.p. 920-922.

³⁴¹ V. Roppo, *Diritto privato*, cit., p. 598.

inoltre nella responsabilità aquiliana il dolo non deve essere confuso con il vizio della volontà di cui all'art. 1439 c.c.. Sono previsti dalle norme alcuni casi tassativi nei quali il danneggiante è ritenuto responsabile esclusivamente se ha commesso il fatto con dolo, cd. “illecito essenzialmente doloso”.

Per colpa si intende, come in precedenza osservato, il difetto di diligenza, prudenza e perizia della condotta tenuta dal soggetto, ovvero dall'inosservanza di leggi, regolamenti e ordini. Nel caso di imprudenza, negligenza o imperizia, la valutazione deve essere effettuata mediante il parametro della diligenza del buon padre di famiglia, mentre, nel secondo caso, l'inosservanza delle previsioni imposte dalla legge o dalle ulteriori discipline, implica di per sé la colpa dell'autore della condotta. La particolarità della responsabilità extracontrattuale concerne l'irrelevanza sia del grado della colpa (grave, lieve o lievissima), sia se l'evento dannoso sia stato commesso con dolo o colpa, in quanto deve essere risarcito integralmente in entrambi i casi.

In relazione alla prova del dolo o della colpa, a differenza di quanto previsto dall'art. 1218 c.c. nell'ambito della responsabilità per inadempimento, viene applicato il principio generale dell'onere della prova disciplinato dall'art. 2697 c.c.³⁴², in base al quale è il danneggiato il soggetto sul quale grava l'onere di fornire la prova.

Quanto detto porterebbe a ritenere che il danno, nell'ambito della responsabilità extracontrattuale, sia risarcibile solo se cagionato con dolo o colpa, tuttavia il codice prevede numerose ipotesi nelle quali l'autore del fatto dannoso risponde anche in assenza di tale presupposto, si tratta dei casi di cd. “responsabilità oggettiva”³⁴³. La *ratio* di questa previsione consiste nella valutazione che determinate attività, ovvero cose, siano caratterizzate da una intrinseca potenzialità dannosa tale per cui non è possibile che sia eliminata mediante l'adozione di ragionevoli misure cautelari e preventive, pertanto la soluzione più adatta risulta essere la tutela di chi sia esposto ai rischi prodotti da tali attività facendo ricadere la responsabilità oggettiva in capo al soggetto che immette i rischi nella società³⁴⁴. In conclusione

³⁴² Art. 2697 c.c. “Chi vuol far valere un diritto in giudizio deve provare i fatti che ne costituiscono il fondamento. Chi eccepisce l'inefficacia di tali fatti ovvero eccepisce che il diritto si è modificato o estinto deve provare i fatti su cui l'eccezione si fonda”.

³⁴³ Art. 2049 c.c. “Responsabilità dei padroni e committenti”; Art. 2053 c.c. “Rovina di edificio”; Art. 2054, c. 4, c.c. “Responsabilità per vizi di costruzione di veicoli senza guida di rotaie”; Art. 15, L. 31 dicembre 1962, n. 1860, “Responsabilità per danni nucleari”; Art. 114 cod. cons. “Responsabilità per danni da prodotti difettosi”; Art. 298-bis, c. 1, lett. a), cod. ambiente “Responsabilità per danno ambientale”.

³⁴⁴ A. Torrente, P. Schlesinger, *Manuale di diritto privato*, cit., p.p. 922-927.

è possibile affermare che la responsabilità oggettiva si fonda generalmente sul rischio d'impresa, difatti è il titolare a rispondere dei danni in quanto egli svolge nel proprio interesse l'attività col fine di ricavarne un profitto, può tutelarsi per il peso del risarcimento mediante l'assicurazione, e infine, detiene il controllo e l'organizzazione dell'attività. Dunque, così regolata, la responsabilità oggettiva svolge sia una funzione compensativa che preventiva, sebbene il titolare non risponda per caso fortuito³⁴⁵.

Quinto presupposto perché si abbia responsabilità extracontrattuale consiste nel “nesso di causalità” tra il fatto e l'evento dannoso, in altre parole un soggetto è obbligato a risarcire il danno se a cagionarlo è stata la sua condotta. Si tratta del principio della cd. “causalità materiale o di fatto”³⁴⁶ in base al quale possono ritenersi la causa di un evento dannoso, dal punto di vista naturalistico, le condotte che costituiscono *condicio sine qua non* del verificarsi dell'evento; pertanto per verificare la sussistenza del nesso causale materiale è necessario valutare se in assenza di una determinata condotta, l'evento dannoso si sarebbe verificato ugualmente. Il giudice per effettuare tale valutazione deve usare il criterio cd. del “più probabile che non”, ovverosia che dalle prove acquisite in giudizio risulti più probabile che non la sussistenza del nesso causale materiale.

Tuttavia tra le condotte connesse alla determinazione di un certo evento dannoso dal criterio della causalità materiale, bisogna distinguere tra quelle che ne sono la causa giuridicamente rilevante, per fare ciò il giudice deve fare ricorso al criterio della “causalità adeguata” o “regolarità causale”³⁴⁷, in base al quale una condotta si considera la causa di un determinato evento, in senso giuridico, se mediante un giudizio effettuato *ex ante* l'evento risulta una conseguenza che al momento del fatto sarebbe stato prevedibile ed evirabile. In altre parole se la condotta posta in essere, sulle basi delle comuni regole d'esperienza, è normalmente adeguata a cagionare quel determinato evento dannoso. Difatti il nesso di causalità non sussiste tra condotta ed evento, anche se ne risulta *condicio sine qua non*, se il danno che deriva risulta una conseguenza atipica ed eccezionale.

³⁴⁵ V. Roppo, *Diritto privato*, cit., p.p. 602-603.

³⁴⁶ Art. 41, c. 1, c.p. “Il concorso di cause preesistenti o simultanee o sopravvenute, anche se indipendenti dall'azione od omissione del colpevole, non esclude il rapporto di causalità fra l'azione od omissione e l'evento”.

³⁴⁷ Art. 41, c. 2, c.p. “Le cause sopravvenute escludono il rapporto di causalità quando sono state da sole sufficienti a determinare l'evento. In tal caso, se l'azione od omissione precedentemente commessa costituisce per sé un reato, si applica la pena per questo stabilita”.

Infine va sottolineato ancora un aspetto, l'esistenza del nesso di causalità materiale è necessaria ma non sufficiente per la risarcibilità del danno, bensì occorre che sussista anche il “nesso di causalità giuridica”³⁴⁸ tra evento lesivo e danno da risarcire; infatti se il primo criterio ha la funzione di verificare il nesso tra la condotta e l'evento individuando il soggetto responsabile dell'illecito, il secondo criterio svolge la funzione di verifica della sussistenza del nesso tra l'evento lesivo e le conseguenze dannose che ne derivano individuando i danni risarcibili³⁴⁹.

L'ultimo presupposto affinché possano sorgere la responsabilità e l'obbligo di risarcimento è il verificarsi, conseguentemente al fatto illecito, un “danno”. Il danno consiste in qualsiasi alterazione negativa della situazione del soggetto rispetto a quella esistente in precedenza, ovvero che si sarebbe avuta, se non si fosse verificato il fatto illecito; inoltre l'obbligo risarcitorio sorge in presenza del “danno conseguenza” che consiste nei pregiudizi sofferti in concreto dal danneggiato in conseguenza del verificarsi del “danno evento” caratterizzato dalla lesione *non iure* di un interesse tutelato dall'ordinamento il quale rientra tra i connotati del presupposto dell'illiceità del fatto. Pertanto, a differenza dell'ambito della responsabilità penale, la responsabilità extracontrattuale sorge solo nel caso in cui la condotta di un soggetto abbia provocato in concreto un danno.

La giurisprudenza ha provveduto a includere nella nozione di danno la cd. “perdita di *chance*”, ovverosia di apprezzabile, concreta e consistente possibilità di conseguire un bene o risultato favorevole. Tuttavia perché sorga il diritto al risarcimento, la *chance* che è stata persa deve essere caratterizzata da una “non marginale probabilità” di avverarsi da valutare in base a elementi precisi e obiettivi in quanto non risulta sufficiente la mera potenzialità che si avveri³⁵⁰.

Nel nostro ordinamento il danno è caratterizzato dal cd. “sistema bipolare” ovverosia si divide in due differenti figure: il “danno patrimoniale” che si concretizza nella lesione degli interessi economici del soggetto danneggiato, ovverosia nella lesione del suo patrimonio economicamente inteso, e il “danno non patrimoniale” che si concretizza nella lesione di interessi della persona che non hanno rilevanza economica. Lo stesso danno evento, ossia la lesione dello stesso interesse tutelato dall'ordinamento, può produrre contemporaneamente le

³⁴⁸ Art. 1223 c.c.

³⁴⁹ A. Torrente, P. Schlesinger, *Manuale di diritto privato*, cit., p.p. 936-938.

³⁵⁰ Cass. civ., sez. III, 11 novembre 2019, n. 28993; Cass. civ., sez. lav., 25 agosto 2017, n. 20408; Cass. civ., sez. III, 20 novembre 2018, n. 29829.

due figure di danno appena descritte; inoltre lo stesso fatto illecito può cagionare un danno finanche a soggetti terzi e diversi dal danneggiato principale, si tratta della figura del cd. “danno riflesso o di rimbalzo”.

È opportuno procedere ora a una dettagliata analisi delle due figure di danno.

Il danno patrimoniale consiste, come anticipato, nella lesione della situazione patrimoniale di un soggetto, inoltre dal rinvio operato dal primo comma dell'art. 2056 c.c.³⁵¹ a quanto previsto dall'art. 1223 c.c. si ricava che questa figura si divide in: “danno emergente” che consiste nella effettiva diminuzione del patrimonio del danneggiato, e “lucro cessante” determinato dal guadagno che il danneggiato avrebbe presumibilmente conseguito in assenza dell'illecito e che per questo motivo non ha percepito, quest'ultimo viene valutato dal giudice tramite un equo apprezzamento delle circostanze del caso. Nel lucro cessante rientrano anche la perdita, o la diminuzione, della capacità lavorativa e reddituale del danneggiato.

Il danno non patrimoniale, invece, consiste nelle conseguenze negative subite dal danneggiato per la lesione di un valore della sua persona, e in quanto tale, non suscettibile di diretta valutazione economica. A differenza della precedente figura di danno, risarcibile in via generale, la figura in commento è risarcibile solo nei casi determinati dalla legge di cui all'art. 2059 c.c.³⁵².

Nel periodo più risalente l'unico caso in cui il danno non patrimoniale poteva essere risarcibile consisteva nella previsione del secondo comma dell'art. 185 c.p.³⁵³, ovverosia allorché il fatto illecito che ha cagionato il danno integri gli estremi del reato; nel tempo la legislazione speciale ha provveduto ad ampliare notevolmente le ipotesi di risarcibilità del danno non patrimoniale anche in assenza di illecito penale, inoltre la giurisprudenza³⁵⁴, tramite un' interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 2059 c.c., è giunta ad affermare la risarcibilità di tale figura di danno in tutti i casi di lesione di diritti inviolabili della persona tutelati dalla Costituzione.

³⁵¹ Art. 2056 c.c.” Il risarcimento dovuto al danneggiato si deve determinare secondo le disposizioni degli articoli 1223, 1226 e 1227.

Il lucro cessante è valutato dal giudice con equo apprezzamento delle circostanze del caso”.

³⁵² Art. 2059 c.c. “Il danno non patrimoniale deve essere risarcito solo nei casi determinati dalla legge”.

³⁵³ Art 185, c. 2, c.p. “Ogni reato, che abbia cagionato un danno patrimoniale o non patrimoniale, obbliga al risarcimento il colpevole e le persone che, a norma delle leggi civili, debbono rispondere per il fatto di lui”.

³⁵⁴ Cass. S.S. U.U., 11 novembre 2008, n. 26972.

Per un lungo periodo, inoltre, si tendeva a far coincidere il danno non patrimoniale con il cd. “danno morale soggettivo”, ovvero sia la sofferenza e il turbamento dell’animo del soggetto danneggiato determinati dall’illecito. Oggi la giurisprudenza è ormai orientata a non considerare più la nozione di danno non patrimoniale come danno morale soggettivo, al contrario tende a ricomprendere in essa qualsiasi danno da lesione di valori inerenti la persona che non siano caratterizzati da rilevanza economica.

Per chiarire meglio il trattamento del danno non patrimoniale dopo l’evoluzione normativa e giurisprudenziale, è opportuno sottolineare come si basi su due punti: il danno non patrimoniale che corrisponde al danno morale soggettivo è risarcibile solo nei casi previsti dalla legge, mentre il danno non patrimoniale diverso da quello morale soggettivo è risarcibile quando consiste nella lesione di un interesse costituzionalmente protetto.

In questo modo sono riconducibili al danno non patrimoniale alcune figure elaborate dalla dottrina e dalla giurisprudenza, si tratta del “danno morale” e del “danno biologico”.

Il primo, come già analizzato, consiste nella sofferenza d’animo, ovvero nella vergogna e disistima, e ancora nella paura e turbamento di natura emotiva; mentre il danno biologico³⁵⁵ consiste nella “lesione temporanea o permanente all’integrità psico-fisica della persona, suscettibile di accertamento medico-legale, che esplica un’incidenza negativa sulle attività quotidiane e sugli aspetti dinamico-relazionali della vita del danneggiato, indipendentemente da eventuali ripercussioni sulla sua capacità di produrre reddito”³⁵⁶. Difatti la lesione dell’integrità psico-fisica deve essere risarcita autonomamente, ovvero sia indipendentemente dal risarcimento a dovuto per il danno patrimoniale, poiché anche il soggetto che non produce reddito ha diritto a essere risarcito.

³⁵⁵ Art. 138, c. 2, lett. a), cod. assic. “Agli effetti della tabella, per danno biologico si intende la lesione temporanea o permanente all’integrità psico-fisica della persona, suscettibile di accertamento medico-legale, che esplica un’incidenza negativa sulle attività quotidiane e sugli aspetti dinamico-relazionali della vita del danneggiato, indipendentemente da eventuali ripercussioni sulla sua capacità di produrre reddito”; Art. 139, c. 2, cod. assic.” Ai fini di cui al comma 1, per danno biologico si intende la lesione temporanea o permanente all’integrità psico-fisica della persona, suscettibile di accertamento medico-legale, che esplica un’incidenza negativa sulle attività quotidiane e sugli aspetti dinamico-relazionali della vita del danneggiato, indipendentemente da eventuali ripercussioni sulla sua capacità di produrre reddito. In ogni caso, le lesioni di lieve entità, che non siano suscettibili di accertamento clinico strumentale obiettivo, ovvero visivo, con riferimento alle lesioni, quali le cicatrici, oggettivamente riscontrabili senza l’ausilio di strumentazioni, non possono dar luogo a risarcimento per danno biologico permanente”.

³⁵⁶ Cass. civ., sez. III, 12 marzo 2021, n. 7126, in A. Torrente, P. Schlesinger, *Manuale di diritto privato*, cit., p. 962.

Ad ogni modo la Corte di Cassazione³⁵⁷ ha esplicitamente sottolineato come le due espressioni di danno morale soggettivo e danno biologico non vadano intese come autonome sottocategorie, bensì risultano la sintesi descrittiva di molteplici aspetti che il danno non patrimoniale può assumere nei casi concreti³⁵⁸.

Laddove sussistano tutti i presupposti analizzati affinché sorga la responsabilità extracontrattuale in capo al danneggiante, lo stesso è obbligato a risarcire il danno cagionato e ciò può essere adempiuto tramite due forme: il risarcimento “per equivalente”, che consiste nel versamento di una somma di denaro al danneggiato per compensarlo del pregiudizio subito, e “in forma specifica” ovvero la rimozione diretta del pregiudizio cagionato col fine di rimettere il danneggiato nella stessa posizione in cui si trovava prima del fatto dannoso. In merito il danneggiato, come previsto dall’art. 2058 c.c.³⁵⁹, ha la possibilità di richiedere la riparazione in forma specifica anziché il risarcimento per equivalente, tuttavia devono sussistere due condizioni: che il rimedio sia possibile in tutto o in parte, e che non sia eccessivamente oneroso per il soggetto danneggiante.

La determinazione del risarcimento del danno extracontrattuale segue gli stessi criteri previsti per il risarcimento da responsabilità per inadempimento, come previsto dal primo comma dell’art. 2056 c.c.³⁶⁰. Inoltre si applica il principio della “integralità del risarcimento” tale per cui il danneggiato non deve ricevere né una somma superiore né inferiore di quella necessaria per reintegrare la situazione precedente al fatto dannoso³⁶¹.

In ragione dei motivi appena visti, al fine della quantificazione della somma di denaro dovuta a titolo risarcitorio, è necessario adottare un criterio limitativo, si tratta della cd. “*compensatio lucri cum danno*” in virtù della quale deve essere detratta dalla somma la parte corrispondente agli effetti positivi che si sono eventualmente prodotti in favore del danneggiato in conseguenza del fatto che ha cagionato il danno³⁶².

³⁵⁷ Cass. civ., sez. III, 17 ottobre 2019, n. 26304; Cass. civ., sez. III, 4 febbraio 2020, n. 2461.

³⁵⁸ A. Torrente, P. Schlesinger, *Manuale di diritto privato*, cit., p.p. 938-962.

³⁵⁹ Art. 2058 c.c. “Il danneggiato può chiedere la reintegrazione in forma specifica, qualora sia in tutto o in parte possibile.

Tuttavia il giudice può disporre che il risarcimento avvenga solo per equivalente, se la reintegrazione in forma specifica risulta eccessivamente onerosa per il debitore”.

³⁶⁰ Art. 2056, c. 1, c.c. “Il risarcimento dovuto al danneggiato si deve determinare secondo le disposizioni degli articoli 1223, 1226 e 1227”.

³⁶¹ Cass. S.S. U.U., 22 maggio 2018, n. 12564-12567; Cass. civ., sez. III, 6 maggio 2020, n. 8508.

³⁶² Cass. civ., sez. III, 9 marzo 2018, n. 5841.

Le due figure di responsabilità, per inadempimento e aquiliana, possiedono numerose caratteristiche comuni, tuttavia esistono tre aspetti che le differenziano nettamente, si tratta dell'onere della prova, della risarcibilità dei danni imprevedibili e della prescrizione del diritto al risarcimento.

In merito all'onere della prova il primo comma dell'art. 2697 c.c.³⁶³ dispone che chiunque voglia far valere in giudizio un diritto deve provare i fatti che ne costituiscono fondamento, questo in linea generale vale nell'ambito della responsabilità civile poiché l'onere della prova grava sul danneggiato, tuttavia, nell'ambito della responsabilità contrattuale, si applica una deroga al principio generale tale per cui l'onere della prova viene invertito e grava in parte sul soggetto debitore che vuole liberarsi dall'obbligo di risarcire. È opportuno sottolineare che sussistono alcune eccezioni di inversione dell'onere probatorio anche per specifici casi di responsabilità extracontrattuale, a titolo esemplificativo si possono menzionare le ipotesi previste dagli artt. 2048, c. 3, c.c. e 2050 c.c.³⁶⁴.

L'art. 1225 c.c., nell'ambito della responsabilità contrattuale, prevede l'esclusione della risarcibilità dei danni imprevedibili nel momento in cui è sorta l'obbligazione, con l'eccezione per il caso dell'inadempimento doloso; tale limitazione non è applicata per la responsabilità civile, infatti in questo ambito devono essere risarciti anche i danni non prevedibili al momento del fatto illecito.

L'ultima caratteristica che differenzia la responsabilità per inadempimento dalla responsabilità civile concerne la prescrizione: nel primo caso il diritto al risarcimento del danno è soggetto alla prescrizione ordinaria, disciplinata dall'art. 2946 c.c.³⁶⁵ la quale matura decorsi dieci anni dal giorno in cui il diritto può essere fatto valere. Al contrario nell'ambito della responsabilità civile, la prescrizione viene abbreviata con un termine corrispondente a cinque anni, al quale si uniscono ulteriori abbreviazioni corrispondenti a due anni per determinate

³⁶³ Art. 2697, c. 1, c.c. "Chi vuol far valere un diritto in giudizio deve provare i fatti che ne costituiscono il fondamento".

³⁶⁴ Art. 2048 c.c. "Il padre e la madre, o il tutore, sono responsabili del danno cagionato dal fatto illecito dei figli minori non emancipati o delle persone soggette alla tutela, che abitano con essi. La stessa disposizione si applica all'affiliante.

I precettori e coloro che insegnano un mestiere o un'arte sono responsabili del danno cagionato dal fatto illecito dei loro allievi e apprendisti nel tempo in cui sono sotto la loro vigilanza.

Le persone indicate dai commi precedenti sono liberate dalla responsabilità soltanto se provano di non aver potuto impedire il fatto"; Art. 2050 c.c. cit.

³⁶⁵ Art. 2946 c.c. "Salvi i casi in cui la legge dispone diversamente, i diritti si estinguono per prescrizione con il decorso di dieci anni".

ipotesi, ovvero i termini posso allungarsi se il fatto dannoso costituisce reato, come previsto dall'art. 2947 c.c.³⁶⁶.

Sul tema della responsabilità va fatta ancora un'osservazione, si tratta del “concorso di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale”, in quanto può accadere che il medesimo fatto illecito sia qualificabile sia come inadempimento di un'obbligazione sia come fatto produttivo di un danno ingiusto ex art. 2043 c.c.; in queste ipotesi è ammessa la facoltà del danneggiato di decidere se agire in via contrattuale, ovvero extracontrattuale. Se entrambe sono esercitabili, ad esempio poiché nessuna delle due si è già prescritta, il danneggiato può esercitarle insieme, cd. “cumulo di azioni”, in alternativa a titolo di una o dell'altra responsabilità. In ogni caso l'esercizio dell'una non esclude la rinuncia dell'altra tipologia, tuttavia non è consentito il mutamento del titolo della domanda risarcitoria nello stesso procedimento³⁶⁷.

3.2 La disciplina della responsabilità sanitaria prima delle riforme

Nel corso degli anni la responsabilità sanitaria ha subito notevoli cambiamenti, difatti se nell'Ottocento il rapporto tra il medico e il paziente era caratterizzato dalla “dominanza professionale” del primo, il progresso tecnologico, scientifico, gli interessi economici e la coscienza sociale hanno condotto, all'avvenire del Novecento, al rapporto tra sanitario e assistito caratterizzato dalla natura contrattuale e regolato sulla base dell'istituto della responsabilità professionale. Nel nuovo contesto le ragioni dell'evoluzione sono varie e hanno posto problematiche e questioni prima inesistenti su temi di particolare delicatezza, la conseguenza più rilevante è stata la specializzazione dell'attività medica e la conseguente integrazione delle prestazioni del personale sanitario; il secondo effetto dello sviluppo della materia, portato dalla crescente importanza dell'informazione in tale ambito, ha condotto alla considerazione del professionista, non più come depositario di un sapere assoluto, ma come soggetto prestatore di servizi. Inoltre è mutato l'approccio del diritto verso i soggetti coinvolti

³⁶⁶ Art. 2947 c.c. “Il diritto al risarcimento del danno derivante da fatto illecito si prescrive in cinque anni dal giorno in cui il fatto si è verificato.

Per il risarcimento del danno prodotto dalla circolazione dei veicoli di ogni specie il diritto si prescrive in due anni. In ogni caso, se il fatto è considerato dalla legge come reato e per il reato è stabilita una prescrizione più lunga, questa si applica anche all'azione civile. Tuttavia, se il reato è estinto per causa diversa dalla prescrizione o è intervenuta sentenza irrevocabile nel giudizio penale, il diritto al risarcimento del danno si prescrive nei termini indicati dai primi due commi, con decorrenza dalla data di estinzione del reato o dalla data in cui la sentenza è divenuta irrevocabile”.

³⁶⁷ A. Torrente, P. Schlesinger, *Manuale di diritto privato*, cit., p.p. 962-983; V. Roppo, *Diritto privato*, cit., p.p. 603-625.

nel rapporto medico, la presa di coscienza sulla loro situazione di squilibrio ha condotto a una maggior attenzione nei confronti della parte debole e alla tutela della salute, in quanto il paziente riveste il ruolo di consumatore di beni e di servizi funzionali al proprio benessere e alla propria salute.

In virtù di tale sviluppo si è giunti a un mutamento di prospettiva anche dal punto di vista giuridico, infatti alla responsabilità del medico si è affiancata quella della struttura sanitaria tanto che oggi risulta opportuno parlare di responsabilità medico-sanitaria in ragione della interdipendenza tra i vari aspetti dell'ambito medico, sanitario e farmaceutico, i quali svolgono le rispettive prestazioni in termini di cooperazione tanto che, qualora si verifichi un evento dannoso, ciascuno di essi ha la possibilità di doverne rispondere³⁶⁸.

La giurisprudenza negli ultimi decenni ha affrontato numerose volte questioni riguardanti la responsabilità sanitaria, in particolare casi di danni cagionati da "malasanità", pertanto col fine di garantire tutela ai pazienti che hanno subito un pregiudizio, ha provveduto a ricondurre nell'ambito della responsabilità contrattuale sia quella del medico col quale il paziente ha stipulato un contratto di ospitalità, o di prestazione d'opera, sia la responsabilità dei soggetti coi quali non ha effettivamente concluso un rapporto contrattuale, bensì anche dei soggetti coi quali è entrato in contatto in virtù del principio del cd. "contatto sociale".

In concreto ciò ha comportato l'onere gravante sulla controparte di dimostrare l'inesistenza dell'errore medico o del fatto che lo stesso non sia dipeso da sua colpa o dolo, insieme alla previsione di un termine di prescrizione della pretesa risarcitoria più ampio fissato a dieci anni. Inoltre si è visto alleggerire l'onere probatorio gravante sul paziente del nesso di causalità tra la condotta del professionista e la lesione della propria salute, ma anche un ampliamento delle condotte che l'assistito può esigere dal personale sanitario la cui violazione fa sorgere l'obbligo di risarcimento, in particolare in conseguenza dell'obbligo di fornire un'informativa chiara e completa e di acquisire dal paziente il consenso informato prima di erogare una prestazione medica.

Tale rielaborazione della responsabilità sanitaria da parte della giurisprudenza ha portato al contestuale aumento del contenzioso in materia andando inoltre a inficiare il rapporto di alleanza terapeutica tra medico e paziente, che a sua volta, ha creato progressivo e eccessivo

³⁶⁸ A. Diurini, *Gli eventi dannosi*, in *La responsabilità in medicina*, a cura di A. Belvedere e S. Riondato, in *Trattato di Biodiritto* diretto da S. Rodotà e P. Zatti, 2011, Giuffrè, Milano, p.p. 8 ss.

ricorso alla cd. “medicina difensiva” consistente nelle condotte finalizzate a evitare possibili future accuse da parte del paziente mediante la prescrizione di farmaci ed esami diagnostici non necessari e meramente precauzionali³⁶⁹.

A dare avvio ed esecuzione a tale rivoluzione della responsabilità sanitaria è stata la celebre sentenza della Corte di Cassazione n. 589 del 1999³⁷⁰ che ha segnato il passaggio dalla natura extracontrattuale in favore della responsabilità da contatto sociale del medico dipendente della struttura ospedaliera sia dell’ente gestore del servizio sanitario. A parere della Suprema Corte qualificare la natura della responsabilità del medico dipendente come aquiliana è errato poiché quest’ultima sorge dalla lesione di situazioni giuridiche soggettive e non dalla violazione di obblighi, pertanto in virtù del fatto che al professionista non viene richiesto solamente un *non facere* in riferimento alla sfera giuridica dell’assistito, ma al contrario, un *facere* consistente nello svolgimento della sua attività con perizia, la qualifica professionale di tale soggetto si traduce in un obbligo di comportamento verso il paziente col quale entra in contatto, pur non essendovi un contratto, e quando viene in essere la violazione di un obbligo la responsabilità è necessariamente contrattuale.

Dunque si può osservare come i principi sui quali si basa il regime tradizionale della responsabilità del medico siano l’obbligazione assunta dal medico, quale obbligazione di mezzi, e il proprio *status* di professionista sanitario. Al riguardo la giurisprudenza, per un lungo periodo, in relazione alle obbligazioni di fare, ha sostenuto la distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato ricollegando alla prima figura le prestazioni d’opera intellettuale tra cui quella del medico. Al riguardo occorre prendere in considerazione le peculiari caratteristiche della professione medica in virtù delle quali ha assunto grande importanza il principio della diligenza disciplinato dal secondo comma dell’art. 1176 c.c.³⁷¹, ovvero sia il professionista nello svolgimento della sua attività deve impiegare la diligenza che si richiede per una scrupolosa, attenta e adeguata prestazione, da ciò deriva che tale soggetto risponde anche per colpa lieve in caso di omissione di diligenza, ovvero inadeguatezza o incompetenza tale per cui si sia verificato un evento lesivo a essa collegato. Ne deriva che in base alla normale disciplina dell’onere probatorio, nelle obbligazioni di mezzi tale onere spetta al creditore, che in questo

³⁶⁹ A. Torrente, P. Schlesinger, *Manuale di diritto privato*, cit., p.p. 974 ss.

³⁷⁰ Cass. civ., sez. III, 22 gennaio 1999, n. 589.

³⁷¹ Art. 1176, c. 2, c.c. “Nell’adempimento delle obbligazioni inerenti all’esercizio di un’attività professionale, la diligenza deve valutarsi con riguardo alla natura dell’attività esercitata”.

caso è il paziente; si tratta di un'inversione dell'onere probatorio rispetto alla previsione dell'art. 1218 c.c.. Tuttavia la questione della distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato è stata oggetto di vivace dibattito sia in dottrina che in giurisprudenza: la dottrina prevalente³⁷² ha adottato una visione critica di tale distinzione in quanto ritiene che in tutte le obbligazioni sia doveroso garantire un risultato al momento conclusivo della prestazione e che il risultato stesso implica un impiego di mezzi necessari sulla base dei quali può essere valutata la diligenza tenuta dal debitore nell'adempiere all'obbligazione; l'orientamento minoritario³⁷³ ritiene che la distinzione tra le due tipologie di obbligazioni ha funzione meramente descrittiva volta individuare l'oggetto della prestazione³⁷⁴.

In giurisprudenza l'orientamento favorevole alla distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato, come si può osservare dalla sentenza n. 4400/2004 della Corte di Cassazione³⁷⁵, sostiene che le obbligazioni inerenti l'attività professionale siano di regola obbligazioni di mezzi e non di risultato poiché il professionista nel momento in cui assume l'incarico si impegna ad adempiere la prestazione per raggiungere il risultato desiderato ma non anche al suo conseguimento; per tale ragione l'inadempimento non può essere desunto dal mancato raggiungimento dello scopo, bensì deve essere valutato sulla base dei doveri utilizzati inerenti all'attività professionale, in particolare quello della diligenza sul parametro del secondo comma dell'art. 1176 c.c., tali principi devono essere applicati anche nell'ambito della responsabilità dell'ente ospedaliero per la condotta dei medici dipendenti³⁷⁶.

L'orientamento della giurisprudenza contrario alla suddetta distinzione è riassumibile nella sentenza delle Sezioni Unite della Suprema Corte n. 15781 del 2005³⁷⁷, secondo la quale deve essere privilegiata l'interpretazione dell'inapplicabilità ai casi di prestazione d'opera

³⁷² M. Giorgianni, *Obbligazioni (teoria gen.)*, in *Noviss. dig. it.*, XI, 1965, p.p. 581 ss.; C. M. Bianca, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, in *Comm. c.c.*, Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1979, p.p. 32 ss.; M. Fortino, *La responsabilità civile del professionista. Aspetti problematici*, Milano, 1985, p.p. 42 ss.; D. Carusi, *Responsabilità del medico e obbligazioni di risultato*, in *Rass. dir. civ.*, 1991, p.p. 485 ss.

³⁷³ M. Paradiso, *La responsabilità medica: dal torto al contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, I, p.p. 327 ss.; R. Calvo, *La << decontrattualizzazione >> della responsabilità sanitaria*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2017, p.p. 453 ss.

³⁷⁴ B. Marucci, *La riforma sanitaria Gelli-Bianco. Osservazioni in tema di responsabilità civile*, Napoli, ESI, 2018, p.p. 7 ss.

³⁷⁵ Cass. civ., sez. III, 4 marzo 2004, n. 4400.

³⁷⁶ G. Di Marco, *Danno da nascita indesiderata*, cit., p. 14.

³⁷⁷ Cass., S.S. U.U., 28 luglio 2005, n. 15781.

intellettuale delle disposizioni di cui all'art. 2226 c.c.³⁷⁸, infatti è opinione della Corte che la distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato non può costituire il criterio risolutivo dell'applicabilità dell'articolo ora menzionato alle obbligazioni d'opera intellettuale soprattutto in base ai principi della responsabilità contrattuale del professionista. Tale soggetto deve adottare un comportamento che rispetti le regole di correttezza e diligenza, in particolare quelle previste dal secondo comma dell'art. 1176 c.c., con la conseguenza che al rapporto obbligatorio che sorge dal contratto d'opera intellettuale si devono applicare le norme che disciplinano l'inadempimento sancite dall'art. 1218 c.c., le quali permettono di valutare l'inadempimento in base all'attuazione del rapporto. Perché sorga la responsabilità del professionista l'inadempimento deve essere totale, ovvero dovuto a imperizia, e ciò sia quando tale soggetto risponde per dolo o colpa grave come previsto dall'art. 2236 c.c.³⁷⁹, sia quando risponde per colpa di cui al secondo comma dell'art. 1176 c.c..

Per queste ragioni la distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato non può incidere sul regime della responsabilità dove viene richiesto al professionista di rispettare i parametri severi della professionalità in base ai quali si è osservato un crescente aumento degli *standard* ai quali deve attenersi che hanno condotto a una compressione dell'area della colpa grave per le ipotesi di problemi tecnici di particolare difficoltà di cui all'art. 2236 c.c.

Inoltre è da sottolineare che secondo la teoria che sostiene la distinzione tra le due figure di obbligazioni, nelle obbligazioni di mezzi la prestazione dovuta dal professionista prescinde dal suo esito positivo, infatti in queste ipotesi è proprio il comportamento del debitore a costituire l'obbligazione e la diligenza è un criterio determinativo del contenuto del vincolo, e per di più, il risultato è caratterizzato dall'aleatorietà. Mentre nelle obbligazioni di risultato l'adempimento consiste nel conseguimento dello scopo con la conseguente indifferenza del mezzo tramite il quale si è raggiunto, e la diligenza opera come parametro di controllo e valutazione della condotta del debitore, pertanto l'obbligazione consiste nel risultato desiderato dal creditore. La Suprema Corte, al contrario, ha posto in evidenza il fatto che in realtà qualsiasi

³⁷⁸ Art. 2226 c.c. “L'accettazione espressa o tacita dell'opera libera il prestatore d'opera dalla responsabilità per difformità o per vizi della medesima, se all'atto dell'accettazione questi erano noti al committente o facilmente riconoscibili, purché in questo caso non siano stati dolosamente occultati.

Il committente deve, a pena di decadenza, denunciare le difformità e i vizi occulti al prestatore d'opera entro otto giorni dalla scoperta. L'azione si prescrive entro un anno dalla consegna.

I diritti del committente nel caso di difformità o di vizi dell'opera sono regolati dall'art. 1668”.

³⁷⁹ Art, 2236 c.c. “Se la prestazione implica la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà, il prestatore d'opera non risponde dei danni, se non in caso di dolo o di colpa grave”.

obbligazione richiede la sussistenza di entrambi gli elementi, sia il comportamento del debitore che il risultato, con alcune differenze in base alla particolarità del caso concreto, motivo per cui non è corretto sostenere la distinzione.

Anche sotto il profilo dell'onere probatorio, la distinzione viene utilizzata per sostenere che nelle obbligazioni di mezzi lo stesso grava sul creditore, poiché essendo aleatorio il risultato, tale soggetto deve provare che il mancato raggiungimento dello scopo sia dipeso dallo scarso rispetto della diligenza dovuta dal debitore, mentre su quest'ultimo grava l'onere di provare che il mancato risultato non dipende da causa a lui imputabile. La Suprema Corte in proposito ha affermato che la partizione dell'onere probatorio di cui all'art. 2697 c.c.³⁸⁰ in materia di responsabilità contrattuale è da applicare sia nell'ipotesi che il creditore agisca in giudizio per l'adempimento dell'obbligazione *ex art. 1435 c.c.*³⁸¹, sia che richieda il risarcimento per l'inadempimento ai sensi dell'art. 1218 c.c., tale per cui non è necessaria alcuna distinzione tra le due figure di obbligazioni³⁸².

In conclusione nell'ambito delle prestazioni sanitarie la regola generale applicata è quella della diligenza qualificata prevista dal secondo comma dell'art. 1176 c.c. adattata alla particolarità e alla natura dell'attività svolta, con l'esclusione, invece, della possibilità di applicare la distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato; mentre nell'ipotesi in cui la prestazione preveda la soluzione di problemi tecnici di particolare difficoltà opera l'art. 2236 c.c. il quale dispone che il professionista risponda solo per dolo o colpa grave valutati in relazione al caso concreto.

L'esigenza di risolvere la questione della distinzione tra le due figure di obbligazioni è sorta anche in conseguenza della crescente importanza dell'individuazione dei doveri di informazione dei professionisti in aggiunta al rispetto dell'obbligo della prestazione, situazione che ha reso maggiormente rigorosa la materia della responsabilità sanitaria. Difatti il contenuto della prestazione del medico è individuato non solamente nell'obbligo di diligenza ma anche in

³⁸⁰ Art. 2697 c.c. "Chi vuol far valere un diritto in giudizio deve provare i fatti che ne costituiscono il fondamento. Chi eccepisce l'inefficacia di tali fatti ovvero eccepisce che il diritto si è modificato o estinto deve provare i fatti su cui l'eccezione si fonda".

³⁸¹ Art. 1453 c.c. "Nei contratti con prestazioni corrispettive, quando uno dei contraenti non adempie le sue obbligazioni, l'altro può a sua scelta chiedere l'adempimento o la risoluzione del contratto, salvo, in ogni caso, il risarcimento del danno.

La risoluzione può essere domandata anche quando il giudizio è stato promosso per ottenere l'adempimento; ma non può più chiedersi l'adempimento quando è stata domandata la risoluzione.

Dalla data della domanda di risoluzione l'inadempiente non può più adempiere la propria obbligazione".

³⁸² G. Di Marco, *Danno da nascita indesiderata*, cit., p.p.14-16.

quello di informazione, tale per cui l'adempimento di detti doveri costituisce il risultato che il paziente ha diritto a pretendere.

In merito all'analisi del contenuto e dei requisiti del consenso informato la questione è stata affrontata nel primo capitolo di questo lavoro, è opportuno ora soffermarsi sulla natura della responsabilità dei professionisti in conseguenza della violazione dell'obbligo informativo la quale è stata inquadrata dalla giurisprudenza sia nell'ambito della responsabilità contrattuale nel momento in cui ha ricollegato il difetto informativo come inadempimento di un contratto perfezionato, sia nell'ambito della responsabilità extracontrattuale *ex art. 2043 c.c.*

In un primo periodo la giurisprudenza³⁸³ considerava l'obbligo informativo del medico fondato sul comportamento di buona fede che il professionista deve adottare nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto ricollegandolo in tal modo alla natura precontrattuale ai sensi dell'art. 1337 c.c.³⁸⁴; la lesione del dovere in commento, pertanto, faceva sorgere in capo al sanitario la responsabilità di natura extracontrattuale con la conseguenza che l'onere di provare il mancato assolvimento dell'obbligo informativo incombeva sul paziente. Successivamente la Suprema Corte³⁸⁵ ha intrapreso un cambio di rotta stabilendo che la prova dell'adempimento dell'obbligo informativo spetta al professionista, escludendo che debba attribuirsi l'incombenza della prova negativa del mancato adempimento in capo al danneggiato; tale previsione si basa sul principio della vicinanza dell'onere della prova, in base al quale lo stesso va posto a carico della parte alla quale si riferisce. In questo modo la responsabilità del medico per omessa, o inesatta, informazione passa dall'essere natura precontrattuale a contrattuale, nello specifico da cd. contatto sociale qualificato sorto tra i due soggetti come conseguenza della presa in carico dell'assistito da parte del professionista e dal quale sorgono obblighi di protezione, la cui violazione comporta la responsabilità del medico *ex art. 1218 c.c.* con il relativo onere probatorio.

Si tratta di una forma di responsabilità che confina tra il contratto e il torto, si basa sul "contatto sociale" tra le parti ed è caratterizzata dagli obblighi di buona fede, d'informazione e di protezione previsti dagli artt. 1175, 1375, 1337 e 1338 c.c.,³⁸⁶ la cui violazione comporta una

³⁸³ Cass. civ., sez. III, 25 novembre 1994, n. 10014; Cass. civ., sez. III, 30 luglio 2004, n. 14638.

³⁸⁴ Art. 1337 c.c. "Le parti, nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto, devono comportarsi secondo buona fede".

³⁸⁵ Cass. civ., sez. III, 23 maggio 2001, n. 7027.

³⁸⁶ Art. 1175 c.c. cit.; Art. 1337 c.c. cit.; Art. 1375 c.c. "Il contratto deve essere eseguito secondo buona fede"; Art. 1338 c.c. "La parte che, conoscendo o dovendo conoscere l'esistenza di una causa d'invalidità del contratto, non

responsabilità diversa da quella aquiliana e vicina alla contrattuale, in quanto è riconducibile ai fatti idonei a produrre tali obblighi, la cui fonte si ricava dall'art. 1173 c.c.³⁸⁷. In particolare, in queste ipotesi non esiste un contratto tra paziente e medico, tuttavia la giurisprudenza ritiene applicabile l'art. 1218 c.c. considerando il "contatto" tra i due soggetti come vero e proprio rapporto giuridico, nel quale ciascuna delle parti vanta nei confronti dell'altra i diritti e gli obblighi che sarebbero sorti se avessero stipulato un contratto di prestazione d'opera. Ne consegue che prima del "contatto" tra il professionista e l'assistito, quest'ultimo non può vantare alcun diritto di credito, mentre in seguito al "contatto" il medico deve rispettare l'obbligo di diligenza, come se avesse concluso un contratto d'opera intellettuale³⁸⁸.

In conclusione a partire dalla sentenza n. 589/1999 della Corte di Cassazione insieme al contributo apportato dalla dottrina, la responsabilità del medico è stata inquadrata nell'ambito della responsabilità contrattuale, o da contatto, tuttavia se non sorgono dubbi circa la riconduzione all'art. 1218 c.c. della responsabilità del medico libero professionista che abbia concluso un contratto d'opera intellettuale con il paziente, lo stesso non può pacificamente dirsi quando la prestazione sanitaria viene eseguita da un professionista dipendente di una struttura sanitaria pubblica in quanto manca un effettivo contratto tra le parti, situazione che per lungo tempo è stata ricondotta alle obbligazioni sorte *ex art.* 1173. Tuttavia il dibattito sulla natura della responsabilità sanitaria, insieme alla crescente importanza dell'obbligo informativo che ha portato con sé dubbi sull'interpretazione e la valutazione delle buone prassi e delle linee guida da utilizzare per il rispetto della dovuta diligenza da parte del medico, nonché l'aumento dell'utilizzo della cd. "medicina difensiva", ha condotto il legislatore ad attuare due riforme per rimodellare l'intera materia, si tratta della l. 8 novembre 2012, n. 189 (c.d. legge Balduzzi) e della l. 8 marzo 2017, n. 24 (c.d. legge Gelli-Bianco)³⁸⁹.

ne ha dato notizia all'altra parte è tenuta a risarcire il danno da questa risentito per avere confidato, senza sua colpa, nella validità del contratto".

³⁸⁷ Art. 1173 c.c. "Le obbligazioni derivano da contratto, da fatto illecito, o da ogni altro atto o fatto idoneo a produrle in conformità dell'ordinamento giuridico".

³⁸⁸ M. Rossetti (a cura di), *Responsabilità sanitaria e tutela della salute*, in *Quaderni del massimario*, 2011, 2, p.p. 12 ss.

³⁸⁹ B. Marucci, *La riforma sanitaria Gelli-Bianco*, cit., p.p. 7- 67.

3.3 La responsabilità sanitaria e la L. 8 novembre 2012, n. 189 (c.d. legge Balduzzi)

La legge 8 novembre 2012 n. 189 è stata emanata in un momento storico caratterizzato dall'esigenza di contenere la spesa sanitaria e limitare la responsabilità dei professionisti soprattutto col fine di contrastare il dilagante utilizzo della medicina difensiva, introducendo nuove disposizioni normative sul tema della responsabilità sanitaria. Nell'affrontare le diverse questioni problematiche, il punto focale ai fini di questa analisi concerne la previsione per la quale fuori dalle ipotesi in cui tra il paziente e il professionista sussista un rapporto contrattuale, la responsabilità del medico, nonché degli altri esercenti professioni sanitarie, viene ricondotta nell'alveo della responsabilità extracontrattuale *ex art. 2043 c.c.*³⁹⁰

La legge in commento ha immediatamente suscitato dubbi circa la propria finalità, in particolare in merito al primo comma dell'art. 3³⁹¹ rubricato "responsabilità professionale dell'esercente le professioni sanitarie" il quale dispone "L'esercente la professione sanitaria che nello svolgimento della propria attività si attiene a linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica non risponde penalmente per colpa lieve. In tali casi resta comunque fermo l'obbligo di cui all'articolo 2043 del codice civile. Il giudice, anche nella determinazione del risarcimento del danno, tiene debitamente conto della condotta di cui al primo periodo."

La finalità del contrasto alla medicina difensiva ha dunque condotto all'esclusione della responsabilità penale del sanitario nelle ipotesi di colpa lieve, inoltre sono state valorizzate le linee guida e le buone pratiche come parametri di valutazione della regola cautelare. Di rilevante importanza è il richiamo esplicito alla responsabilità extracontrattuale che ha immediatamente suscitato un vivace dibattito dottrinale e giurisprudenziale, in particolare gli interpreti si sono chiesti se si trattasse di un ritorno al precedente sistema normativo che inquadrava la responsabilità medica nell'ambito della responsabilità civile, escludendo così il riferimento alla teoria del "contatto sociale" e alla responsabilità *ex art. 1218 c.c.* del professionista ospedaliero, ovvero se si trattasse di un rinvio "atecnico" non idoneo a modificare l'orientamento prevalente dell'applicabilità delle regole della responsabilità contrattuale, oppure se dovesse essere interpretato come un chiarimento circa la situazione del medico che non ha stipulato un contratto con il paziente tale per cui in caso di danno, la responsabilità dello

³⁹⁰ P. Gattari, *Profili civilistici della legge Balduzzi: il <<senso>> del richiamo all'art. 2043 c.c.*, diretto da G. Iudica e U. Carnevali, in *Resp. civ. e prev.*, 3, 2014, p.p. 1039 ss.

³⁹¹ Art. 3, c. 1, l. 8 novembre 2012, n. 189.

stesso sia da ricondurre non più nell'alveo della responsabilità contrattuale bensì in quella civile.

Secondo un primo orientamento³⁹² il richiamo all'art. 2043 c.c. va inteso come applicabile esclusivamente alla previsione dell'obbligo risarcitorio ma non anche all'intera disciplina della responsabilità aquiliana tale per cui non presuppone un ripensamento circa l'inquadramento contrattuale della responsabilità sanitaria, bensì si concretizza meramente in un'esimente in materia penale.

Il secondo orientamento³⁹³ invece interpreta l'intenzione del legislatore come un ritorno al modello della responsabilità civile precedente al passaggio alla responsabilità contrattuale effettuato nel 1999, tale per cui in assenza di un contratto il paziente aveva la possibilità di richiedere il risarcimento mediante l'azione aquiliana. È opportuno in merito richiamare una delle prime sentenze successive alla riforma, la n. 1406 del 2012 del Tribunale di Varese, la quale ha affermato che l'intenzione del legislatore è di escludere la responsabilità sanitaria per colpa lieve in sede penale sempre che siano state rispettate nel caso concreto le linee guida e la buona prassi, ferma restando in sede civile la responsabilità anche per colpa lieve, in conseguenza della quale il danneggiato può far valere la pretesa risarcitoria mediante l'azione *ex art. 2043 c.c.*

A dirimere il contrasto giurisprudenziale è intervenuta la Cassazione con la sentenza n. 4030 del 2013³⁹⁴, la quale ha stabilito che la responsabilità sanitaria segue le proprie regole consolidate, resta ferma dunque la responsabilità del medico e della struttura sanitaria da contatto sociale, pertanto l'intenzione del legislatore deve essere interpretata nel senso di escludere l'irrelevanza della colpa lieve nell'ambito della responsabilità civile. In conclusione la Suprema Corte ha dichiarato l'irrelevanza della novella apportata dalla Legge Balduzzi col fine di agevolare l'esercizio della professione medica tutelando gli esercenti dalla responsabilità in sede penale per colpa lieve, e allo stesso tempo continuare ad applicare le regole della responsabilità da contatto sociale in sede civile.

³⁹² Trib. Arezzo, 14 febbraio 2013; Trib. Cremona, 19 settembre 2013; Trib. Caltanissetta, 1° luglio 2013; Trib. Brindisi, 18 luglio 2014; Trib. Milano, 18 novembre 2014; Trib. Firenze, 12 febbraio 2014; in B. Marucci, *La riforma sanitaria Gelli-Bianco*, cit., p.p. 76-77.

³⁹³ Trib. Varese, 26 novembre 2012, n. 1406; Trib. Torino, 26 febbraio 2013; Trib. Enna, 18 maggio 2013, n. 252; Trib. Milano, 2 dicembre 2014, n. 1430; in B. Marucci, *Ivi*, p.p. 77-78.

³⁹⁴ Cass. civ., sez. III, 19 febbraio 2013, n. 4030.

Secondo autorevole dottrina³⁹⁵, nonostante l'interpretazione della Cassazione, il significato della legge in commento sarebbe chiaro e volto a suggerire un ritorno al modello della responsabilità civile anteriore alla svolta del 1999, soprattutto in virtù della motivazione contenuta nel decreto legge elaborato in un momento storico caratterizzato dalla necessità di una legislazione d'urgenza volta a risanare la finanza pubblica e a razionalizzare la materia sanitaria, tale per cui il richiamo all'art. 2043 c.c. parrebbe chiaramente un rinvio al modello della responsabilità civile dove il paziente soggiace a un regime probatorio maggiormente gravoso³⁹⁶.

L'interpretazione dell'art. 3 della l. 8 novembre 2012 n. 189 ha generato una seconda questione problematica relativa all'individuazione dei soggetti destinatari e al campo d'applicazione della normativa, nello specifico gli interpreti si sono interrogati se la norma potesse essere applicata a tutte le categorie dei professionisti sanitari, compresi i liberi professionisti, ovvero solamente ai dipendenti del servizio sanitario nazionale. Il quesito sorge in relazione alla previsione contenuta nel detto articolo la quale fa riferimento in termini generali agli "esercenti le professioni sanitarie" senza fornire alcuna specificazione o distinzione tra le categorie.

Per dare risposta al quesito occorre tenere preste il consolidato orientamento giurisprudenziale, confermato dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione con le sentenze del 1° luglio 2002, n. 9556³⁹⁷ e dell'11 gennaio 2008, n. 577³⁹⁸, le quali hanno affermato che la responsabilità della struttura sanitaria va sempre ricondotta alla responsabilità contrattuale come prevista dall'art. 1218 c.c., la quale sorge da un contratto atipico, cd. di "spedalità", concluso per mezzo dell'accettazione del paziente presso la struttura, la quale è tenuta ad adempiere sia le prestazioni principali di carattere sanitario, sia le prestazioni accessorie. Pertanto in caso di inadempimento delle prestazioni dovute dalla struttura sanitaria del S.S.N., la responsabilità va ricondotta nell'ambito della disciplina dell'art. 1218 c.c.; mentre, per le strutture sanitarie private la responsabilità risarcitoria per inadempimento deriva dalla conclusione, ovvero per fatti concludenti rappresentati dall'accettazione dell'assistito, di un

³⁹⁵ B. Marucci, *La riforma sanitaria Gelli-Bianco*, cit., p.p. 81-82, sulle premesse di G. Ponzanelli, *La responsabilità medica: dal primato della giurisprudenza alla disciplina legislativa*, in *Danno e resp.*, 2016, p.p. 818 ss.

³⁹⁶ B. Marucci, *Ivi*, p.p. 68-82.

³⁹⁷ Cass. civ., SS.UU., 1° luglio 2002, n. 9556.

³⁹⁸ Cass. civ., SS. UU., 11 gennaio 2008, n. 577.

contratto atipico sempre di ospitalità o di assistenza sanitaria con il paziente, anch'essa ai sensi dell'art. 1218 c.c. per il risarcimento dei danni derivati dall'inadempimento. Da ciò deriva che qualora il danneggiato agisca in giudizio nei confronti della sola struttura sanitaria non è applicabile la previsione contenuta nell'art. 3 della legge in commento, la quale è riferita esclusivamente all'esercente la professione sanitaria. In merito al riparto dell'onere probatorio il danneggiato che agisce nei confronti della struttura sanitaria è tenuto fornire la prova dell'esistenza del contratto, ovvero del contatto sociale, a dedurre l'inadempimento della prestazione, e inoltre, il nesso causale tra il mancato adempimento e il danno subito; invece la struttura per liberarsi dalla responsabilità è tenuta a dare prova del corretto adempimento delle prestazioni dovute³⁹⁹.

Un'ulteriore questione riguarda l'interpretazione della natura e dell'oggetto delle "linee guida" e delle "buone pratiche" menzionate dall'art. 3 della legge Balduzzi: la definizione generalmente assegnata dalla comunità scientifica alle linee guida le qualifica come "raccomandazioni di comportamento clinico, prodotte attraverso un processo sistematico, allo scopo di assistere medici e pazienti nell'individuazione delle modalità di assistenza più appropriate in specifiche circostanze cliniche"⁴⁰⁰. A queste vengono affiancati i "percorsi assistenziali", che costituiscono l'adattamento delle linee guida al contesto concreto e specifico; inoltre vanno menzionati i "protocolli sanitari", che organizzano l'attività diagnostica e terapeutica in maniera più dettagliata delle linee guida, sulla base di specifici presupposti standard. Per "buone pratiche", invece, si intende un complesso di rilievi finalizzato a migliorare la sicurezza, la salute e l'integrità psico-fisica del paziente, esse nascono dalla letteratura e dalle indicazioni delle organizzazioni scientifiche internazionali e nazionali⁴⁰¹.

La legge in commento pone sullo stesso piano le linee guida e le buone pratiche specificando che risulta esonerato dalla colpa lieve il professionista che nell'esercizio della propria attività si sia attenuto alle une o alle altre, inoltre, esse oltre a rappresentare un parametro di valutazione della colpa, incidono sul *quantum* dovuto dal danneggiante. In questo modo la normativa ha inciso sul piano delle fonti, tuttavia le linee guida e le buone pratiche non sono divenute veri precetti normativi, difatti non possono essere ritenute condizioni sufficienti

³⁹⁹ P. Gattari, *Profili civilistici della legge Balduzzi*, cit., p.p. 1043 ss.

⁴⁰⁰ A. De Lia, *La "colpa medica": dal tramonto del modello "Balduzzi" all'alba di un nuovo sistema. Brevi note su una riforma in stile "pulp"*, in *Arch. pen.*, 2017, 2, p. 10.

⁴⁰¹ A. De Lia, *Ivi.* p.p. 10 ss.

affinché il professionista sia liberato dall'obbligo risarcitorio. Va fatta ancora una precisazione al riguardo: in sede di applicazione di tale legge, la giurisprudenza⁴⁰² ha affermato l'operatività della limitazione della responsabilità, in caso di colpa lieve, per le condotte tenute dai professionisti conformi alle linee guida e alle buone pratiche anche nei casi di errore dovuto a colpa generica diversa dall'imperizia. Parte della dottrina⁴⁰³ invece sostiene che l'elemento innovativo caratterizzato dall'eliminazione della distinzione tra colpa grave e lieve nell'ipotesi che siano state rispettate i precetti in commento, è applicabile solamente nel caso dell'imperizia, ambito al quale va circoscritta la specialità di tale disciplina.

Nonostante le perplessità e le critiche di parte della dottrina e della giurisprudenza sembra chiaro l'obiettivo verso il quale, con la l. n. 189/2012, il legislatore voleva tendere, ovvero la qualificazione della responsabilità del medico come extracontrattuale. Tuttavia nel periodo in cui, poste le basi tramite la legge in commento, il legislatore era occupato all'elaborazione di una nuova legge che regolasse in maniera più dettagliata e chiara la materia, purché sulla stessa scia della precedente, la Corte di Cassazione ha emesso la sentenza n. 14188 del 2016⁴⁰⁴ con la quale ha ribadito la natura contrattuale della responsabilità sanitaria. Nello specifico ha ricondotto la responsabilità precontrattuale al rapporto tra le parti fondato sulla regola della buona fede, qualificandola come parametro per le ipotesi di responsabilità da contatto sociale qualificato del medico. Dunque con tale pronuncia la responsabilità di cui agli artt. 1337 e 1338 c.c. viene definita da contatto sociale qualificato, ovvero come fatto idoneo a produrre obbligazioni ai sensi dell'art. 1173 c.c., dal rapporto così qualificato derivano in capo alle parti obblighi reciproci di buona fede, protezione e informazione come previsto dagli artt. 1175 e 1375 c.c., di conseguenza non sono più previsti gli obblighi di prestazione di cui all'art. 174 c.c.; in questo modo si configura una responsabilità contrattuale basata, non più su un atto negoziale, bensì fondata su una relazione produttiva di obblighi la cui violazione viene assimilata alla violazione degli obblighi derivanti da contratto.

La Suprema Corte ha evidenziato come la responsabilità del medico, qualora non tragga origine da un contratto concluso tra le parti d'opera professionale, si fonda sul contatto sociale

⁴⁰² Cass. pen., 9 ottobre 2014, n. 47289; Cass. pen., 11 maggio 2016, n. 23283.

⁴⁰³ B. Marucci, *La riforma sanitaria Gelli-Bianco*, cit. p. 112, sulle premesse di B. Romano, *La responsabilità colposa per morte o lesioni personali in ambito sanitario*, in G. Alpa (a cura di), *La responsabilità sanitaria. Commento alla L. 8 marzo, n. 24*, in *San.-dir-econ.*, 2017, p. 201.

⁴⁰⁴ Cass. civ., sez. III, 12 luglio 2016, n. 14188.

qualificato per effetto della presa in carico dell'assistito da parte del medico presso la struttura sanitaria, inoltre da tale contratto derivano obblighi di protezione che, in caso di violazione, fanno sorgere la responsabilità del medico *ex art. 1218 c.c.*; si tratta di un autentico ritorno all'inquadramento della responsabilità sanitaria nell'alveo della responsabilità contrattuale, tuttavia il legislatore nel 2017 è intervenuto per regolare in maniera chiara e precisa questa materia che fino a quel momento aveva causato incertezza e conseguenze anche negative nello svolgimento delle prestazioni sanitarie⁴⁰⁵

3.4 Le nuove previsioni in tema di responsabilità civile della struttura sanitaria e del professionista: L. 8 marzo 2017, n. 24 (c.d. legge Gelli-Bianco)

La legge n. 24/2017 ha rappresentato un' autentica rivoluzione in materia di responsabilità, sia civile che penale, del medico e della struttura sanitaria, ispirandosi alle stesse finalità del precedente provvedimento normativo volte a ridurre il contenzioso per le ipotesi di malasanità, a introdurre un regime di responsabilità maggiormente favorevole per i professionisti sanitari e a tutelare gli assistiti dalle conseguenze negative dell'utilizzo improprio della medicina difensiva da parte dei medici.

La legge in commento ha il merito di aver introdotto una previsione di fondamentale importanza, si tratta del cd. "doppio binario" della responsabilità in campo medico tale per cui ai sensi dell'art. 7⁴⁰⁶, la responsabilità della struttura sanitaria, che sia pubblica o privata, rientra nell'ambito della responsabilità contrattuale regolata dalle previsioni degli artt. 1218 e 1228

⁴⁰⁵ B. Marucci, Ivi. p.p. 31-35.

⁴⁰⁶ Art. 7, l. 8 marzo 2017, n. 24" La struttura sanitaria o sociosanitaria pubblica o privata che, nell'adempimento della propria obbligazione, si avvalga dell'opera di esercenti la professione sanitaria, anche se scelti dal paziente e ancorché non dipendenti della struttura stessa, risponde, ai sensi degli articoli 1218 e 1228 del codice civile, delle loro condotte dolose o colpose.

La disposizione di cui al comma 1 si applica anche alle prestazioni sanitarie svolte in regime di libera professione intramuraria ovvero nell'ambito di attività di sperimentazione e di ricerca clinica ovvero in regime di convenzione con il Servizio sanitario nazionale nonché attraverso la telemedicina.

L'esercente la professione sanitaria di cui ai commi 1 e 2 risponde del proprio operato ai sensi dell'articolo 2043 del codice civile, salvo che abbia agito nell'adempimento di obbligazione contrattuale assunta con il paziente. Il giudice, nella determinazione del risarcimento del danno, tiene conto della condotta dell'esercente la professione sanitaria ai sensi dell'articolo 5 della presente legge e dell'articolo 590-sexies del codice penale, introdotto dall'articolo 6 della presente legge

Il danno conseguente all'attività della struttura sanitaria o sociosanitaria, pubblica o privata, e dell'esercente la professione sanitaria è risarcito sulla base delle tabelle di cui agli articoli 138 e 139 del codice delle assicurazioni private, di cui al decreto legislativo 7 settembre 2005, n. 209, integrate, ove necessario, con la procedura di cui al comma 1 del predetto articolo 138 e sulla base dei criteri di cui ai citati articoli, per tener conto delle fattispecie da esse non previste, afferenti alle attività di cui al presente articolo.

Le disposizioni del presente articolo costituiscono norme imperative ai sensi del codice civile".

c.c.; mentre la responsabilità del soggetto esercente la professione sanitaria ha natura extracontrattuale *ex art. 2043 c.c.*, con l'eccezione per l'ipotesi che tale soggetto abbia assunto un'obbligazione contrattuale con l'assistito e, pertanto, soggiace al regime della responsabilità per inadempimento. La previsione legislativa quando si riferisce al soggetto che esercita la professione sanitaria intende non solamente il personale medico, bensì coloro che operano all'interno della struttura sanitaria a diverso titolo.

Da questa nuova disciplina della responsabilità sanitaria consegue che mentre l'azione risarcitoria nel caso di responsabilità contrattuale si prescrive nel termine ordinario di dieci anni, l'azione per responsabilità aquiliana nei confronti dell'esercente la professione sanitaria che non abbia concluso un contratto col paziente soggiace al termine breve di cinque anni. Inoltre è da sottolineare che per ottenere il risarcimento dalla struttura sanitaria, il paziente danneggiato è tenuto a dare prova dell'assunzione dell'obbligazione da parte della stessa struttura dimostrando l'esistenza del contratto di ospedalità e allegando l'inadempimento del medico; mentre il professionista da ultimo menzionato, viene definito come un soggetto ausiliario dell'ente, ragione per cui risponde a titolo extracontrattuale e viene definitivamente superata la teoria del cd. "contatto sociale" che poneva a fondamento della responsabilità dell'esercente la professione sanitaria gli obblighi di protezione derivanti dal contatto con l'assistito.

Pertanto va evidenziato come la struttura sanitaria, con la nuova previsione, è direttamente responsabile quando l'evento dannoso è riconducibile alla condotta colposa del medico del quale la stessa struttura si è avvalsa per adempiere alla prestazione contrattuale conclusa col paziente; ciò in attuazione del principio di sicurezza delle cure che la legge Gelli-Bianco mira ad attuare. In questo modo l'ente per liberarsi dalla responsabilità è tenuto a provare che l'evento dannoso cagionato dal medico è dovuto a causa ad esso non imputabile, mentre, come già detto, sul paziente grava l'onere di dimostrare l'esistenza del contratto di ospedalità e le conseguenze negative sulla propria salute

La dottrina ha posto un quesito in riferimento all'applicabilità dell'art. 1228 c.c. anche nell'ipotesi in cui il paziente si sia rivolto in un primo momento al medico concludendo con lo stesso un contratto di prestazione d'opera intellettuale, e in un secondo momento sia stato indirizzato dallo stesso alla struttura presso la quale esercita la propria attività medico-chirurgica avvalendosi degli strumenti presenti. A tal proposito è stato affermato che quando

una struttura ospedaliera abbia autorizzato un professionista ad operare al suo interno concedendogli l'utilizzo delle proprie attrezzature e della sua organizzazione, cooperi con esso stipulando con il paziente un contratto per la degenza e le prestazioni accessorie; pertanto in queste ipotesi il medico viene considerato un ausiliario della struttura, dunque per rispondere all'interrogativo se sia la struttura che il medico siano obbligati verso il paziente e quindi la prima debba rispondere *ex art. 1228 c.c.* ovvero ai sensi dell'*art. 1307 c.c.*, risulta chiaro che il professionista non agisce in adempimento di un'obbligazione altrui come previsto dall'*art. 1228 c.c.*, bensì adempie alla propria obbligazione la quale è in comune con quella dell'ente come previsto dalla disciplina delle obbligazioni solidali dell'*art. 1307 c.c.*. In conclusione il riferimento che il primo comma dell'*art. 7* della legge in commento fa all'*art. 1228 c.c.* deve essere interpretato in senso restrittivo tale per cui non ricomprende l'ipotesi in cui il medico si sia obbligato direttamente nei confronti del paziente.

La problematica si riflette anche nell'ipotesi che del medico che svolge la propria attività "intramuraria", ovvero sia prestazioni da parte di medici della struttura fuori l'orario lavorativo a fronte di un pagamento da parte dell'assistito di una tariffa, al quale l'assistito può rivolgersi privatamente instaurando con esso un rapporto di cura. I commi 2 e 3 dell'*art. 7* della legge in commento dispongono che sia il professionista dipendente della struttura, sia il medico che svolge le prestazioni sanitarie in regime di libera professione intramuraria sono assoggettabili al regime della responsabilità aquiliana disciplinata dall'*art. 2043 c.c.*

Pertanto è possibile affermare che l'intenzione del legislatore sia stata differenziare due tipologie di responsabilità che possono sorgere in capo al medico: quella extracontrattuale *ex art. 2043 c.c.*, ai quali sono sottoposti i professionisti indicati dai commi 1 e 2 dell'*art. 7*, ovvero sia il medico dipendente dell'ente e quello che esercita la prestazione in regime di libera professione intramuraria; mentre è sottoposto al regime della responsabilità per inadempimento il medico che abbia instaurato un rapporto contrattuale con il paziente.

Risulta problematica anche l'interpretazione della disciplina della posizione dei medici ambulatoriali di medicina generale, i quali essendo convenzionati con il servizio sanitario nazionale vengono utilizzati e retribuiti dalle strutture pubbliche senza però che siano qualificati come dipendenti né come liberi professionisti. La presenza di aspetti che potrebbero condurre a valutare il rapporto tra il medico di base e l'assistito di natura privatistica, tra i quali la libertà nella scelta del professionista, la possibilità di revoca, e il pagamento da parte del medico

dell'IRAP, non risultano condizioni sufficienti a individuare un rapporto negoziale. Infatti tale categoria per svolgere la propria attività adempie all'obbligazione in qualità di ausiliario dell'ASL, pertanto tra professionista e paziente non sussiste un rapporto negoziale, bensì il primo ha l'obbligo di esercitare la propria prestazione, la quale, nel momento in cui va a ledere il diritto alla salute dell'assistito diviene perseguibile ex art. 2043 c.c.

Una delle finalità di tale legge è la tutela del paziente sia con riguardo alla prestazione sanitaria sia per la riparazione dei danni subiti in conseguenza della stessa, per questa ragione all'art. 10 primo comma⁴⁰⁷, sulle basi poste dalla precedente legge Balduzzi, ha esteso ad ogni esercente la professione sanitaria, comprese le strutture pubbliche e private, l'obbligo assicurativo, inoltre con il primo comma dell'art. 9⁴⁰⁸c.c. ha previsto l'esercizio dell'azione di rivalsa dell'ente verso il sanitario. In particolare non è prevista alcuna limitazione quantitativa per l'azione di rivalsa contro il libero professionista, in ragione del fatto che il rischio del danno deve restare in capo al soggetto titolare; inoltre nel caso in cui ad esercitare l'azione sia una struttura pubblica, ai fini della quantificazione del danno, la disciplina prevede la considerazione anche delle situazioni di fatto di particolare difficoltà, e di natura organizzativa, della struttura presso la quale il professionista ha svolto la propria attività, ciò non vale, invece, se l'azione è esercitata da una struttura privata.

In conclusione la previsione dell'obbligo di stipulare una polizza assicurativa e la relativa possibilità dell'azione di rivalsa, rispondono alla *ratio* della normativa di consentire al personale sanitario l'esercizio della propria professione con maggiore tranquillità e sicurezza limitando il ricorso alla medicina difensiva⁴⁰⁹.

⁴⁰⁷ Art. 10, c. 1, l. 8 marzo 2017, n. 24 “Le strutture sanitarie e sociosanitarie pubbliche e private devono essere provviste di copertura assicurativa o di altre analoghe misure per la responsabilità civile verso terzi e per la responsabilità civile verso prestatori d'opera, ai sensi dell'articolo 27, comma 1-bis, del decreto-legge 24 giugno 2014, n. 90, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 agosto 2014, n. 114, anche per danni cagionati dal personale a qualunque titolo operante presso le strutture sanitarie o sociosanitarie pubbliche e private, compresi coloro che svolgono attività di formazione, aggiornamento nonché di sperimentazione e di ricerca clinica. La disposizione del primo periodo si applica anche alle prestazioni sanitarie svolte in regime di libera professione intramuraria ovvero in regime di convenzione con il Servizio sanitario nazionale nonché attraverso la telemedicina. Le strutture di cui al primo periodo stipulano, altresì, polizze assicurative o adottano altre analoghe misure per la copertura della responsabilità civile verso terzi degli esercenti le professioni sanitarie anche ai sensi e per gli effetti delle disposizioni di cui al comma 3 dell'articolo 7, fermo restando quanto previsto dall'articolo 9. Le disposizioni di cui al periodo precedente non si applicano in relazione agli esercenti la professione sanitaria di cui al comma 2”.

⁴⁰⁸ Art. 9, l. 8 marzo 2017, n. 24 “L'azione di rivalsa nei confronti dell'esercente la professione sanitaria può essere esercitata solo in caso di dolo o colpa grave”.

⁴⁰⁹ B. Marucci, *La riforma sanitaria Gelli-Bianco*, cit., p.p. 115-172.

La precedente Legge Balduzzi aveva creato perplessità sia tra gli interpreti che nella giurisprudenza circa la definizione e il ruolo delle linee guida e delle buone pratiche, problematica che la l. 24/2017 ha provveduto a chiarificare tramite la disciplina contenuta nel relativo art. 5⁴¹⁰ con la quale ha predisposto un sistema di accreditamento delle linee guida. Le principali caratteristiche di tale sistema di accreditamento riguardano in primo luogo la predisposizione, tramite decreto del Ministro della salute, di un elenco di società e associazioni che abbiano il compito di produrre tali linee guida, le quali possono poi essere inserite nell'elenco qualora presentino le idonee caratteristiche finalizzate a garantire la trasparenza e la capacità professionale del settore. In secondo luogo ha previsto l'inclusione delle linee guida e dei rispettivi aggiornamenti, all'interno del Sistema Nazionale per le Linee-Guida (SNLG), disciplinato con decreto del Ministro della salute, 27 febbraio 2018 (pubblicato in Gazzetta Ufficiale n. 66 del 20 marzo 2018)⁴¹¹ il quale prevede, inoltre, che siano pubblicate anche sul sito internet dell'Istituto Superiore di Sanità dopo aver effettuato la verifica della loro

⁴¹⁰ Art. 5, l. 8 marzo 2017, n. 24 “Gli esercenti le professioni sanitarie, nell'esecuzione delle prestazioni sanitarie con finalità preventive, diagnostiche, terapeutiche, palliative, riabilitative e di medicina legale, si attengono, salve le specificità del caso concreto, alle raccomandazioni previste dalle linee guida pubblicate ai sensi del comma 3 ed elaborate da enti e istituzioni pubblici e privati nonché dalle società scientifiche e dalle associazioni tecnico-scientifiche delle professioni sanitarie iscritte in apposito elenco istituito e regolamentato con decreto del Ministro della salute, da emanare entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore della presente legge, e da aggiornare con cadenza biennale. In mancanza delle suddette raccomandazioni, gli esercenti le professioni sanitarie si attengono alle buone pratiche clinico-assistenziali.

Nel regolamentare l'iscrizione in apposito elenco delle società scientifiche e delle associazioni tecnico scientifiche di cui al comma 1, il decreto del Ministro della salute stabilisce: a) i requisiti minimi di rappresentatività sul territorio nazionale; b) la costituzione mediante atto pubblico e le garanzie da prevedere nello statuto in riferimento al libero accesso dei professionisti aventi titolo e alla loro partecipazione alle decisioni, all'autonomia e all'indipendenza, all'assenza di scopo di lucro, alla pubblicazione nel sito istituzionale dei bilanci preventivi, dei consuntivi e degli incarichi retribuiti, alla dichiarazione e regolazione dei conflitti di interesse e all'individuazione di sistemi di verifica e controllo della qualità della produzione tecnico-scientifica; c) le procedure di iscrizione all'elenco nonché le verifiche sul mantenimento dei requisiti e le modalità di sospensione o cancellazione dallo stesso.

Le linee guida e gli aggiornamenti delle stesse elaborati dai soggetti di cui al comma 1 sono integrati nel Sistema nazionale per le linee guida (SNLG), il quale è disciplinato nei compiti e nelle funzioni con decreto del Ministro della salute, da emanare, previa intesa in sede di Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano, con la procedura di cui all'articolo 1, comma 28, secondo periodo, della legge 23 dicembre 1996, n. 662, e successive modificazioni, entro centoventi giorni dalla data di entrata in vigore della presente legge. L'Istituto superiore di sanità pubblica nel proprio sito internet le linee guida e gli aggiornamenti delle stesse indicati dal SNLG, previa verifica della conformità della metodologia adottata a standard definiti e resi pubblici dallo stesso Istituto, nonché della rilevanza delle evidenze scientifiche dichiarate a supporto delle raccomandazioni.

Le attività di cui al comma 3 sono svolte nell'ambito delle risorse umane, finanziarie e strumentali già disponibili a legislazione vigente e comunque senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica”.

⁴¹¹ Decreto 27 febbraio 2018, Istituzione del Sistema Nazionale Linee Guida (SNLG), GU Serie Generale n.66 del 20-03-2018.

conformità a standard, elaborati e resi pubblici dallo stesso Istituto, nonché della rilevanza delle evidenze scientifiche citate a sostegno delle raccomandazioni⁴¹².

Strettamente collegata con la previsione da ultimo analizzata, è la novità introdotto dalla in ambito penalistico dall'art. 6 della l. n. 24/2017, la quale introduce un nuovo articolo nel codice penale, l'art. 590-sexies c.p.⁴¹³ il quale dispone che nel caso di responsabilità sanitaria “qualora l'evento si è verificato a causa di imperizia, la punibilità è esclusa quando sono rispettate le raccomandazioni previste dalle linee guida come definite e pubblicate ai sensi di legge ovvero, in mancanza di queste, le buone pratiche clinico assistenziali, sempre che le raccomandazioni previste dalle predette linee guida risultino adeguate alle specificità del caso concreto”. Pertanto con la nuova previsione la punibilità del personale sanitario è esclusa, senza che si faccia più riferimento alla distinzione tra fatto commesso per colpa grave o lieve, qualora, nello svolgimento della prestazione sanitaria l'evento si sia verificato a causa di imperizia; siano state rispettate le raccomandazioni previste dalle linee guida, come definite e pubblicate ai sensi di legge, ovvero in assenza di queste, le buone pratiche; infine che le linee guida risultino idonee al caso concreto⁴¹⁴.

Da ultimo è necessario analizzare la questione della retroattività della legge Gelli-Bianco ai fatti avvenuti in epoca anteriore alla sua entrata in vigore. Sul tema l'interpretazione della giurisprudenza non è stata univoca: secondo il primo orientamento l'applicabilità retroattiva è da escludersi in riferimento alla previsione dell'art. 11 disp. prel. c.c.⁴¹⁵, poiché anche la l. n. 24/2017 stabilisce che la responsabilità dell'esercente la professione sanitaria sia collocata nella responsabilità extracontrattuale con l'eccezione dell'ipotesi dell'obbligazione contrattuale assunta con l'assistito, ciò contrasta con l'art. 11 disp. prel. c.c. il quale stabilisce che ai fatti che si sono verificati in un momento anteriore all'entrata in vigore della legge si

⁴¹² F. Basile, P. F. Poli, *La responsabilità per “colpa medica” a cinque anni dalla legge Gelli-Bianco*, in *Sist. pen.*, 2017, p.p. 11-14.

⁴¹³ Art. 590-sexies c.p. “Se i fatti di cui agli articoli 589 e 590 sono commessi nell'esercizio della professione sanitaria, si applicano le pene ivi previste salvo quanto disposto dal secondo comma. Qualora l'evento si sia verificato a causa di imperizia, la punibilità è esclusa quando sono rispettate le raccomandazioni previste dalle linee guida come definite e pubblicate ai sensi di legge ovvero, in mancanza di queste, le buone pratiche clinico-assistenziali, sempre che le raccomandazioni previste dalle predette linee guida risultino adeguate alle specificità del caso concreto”.

⁴¹⁴ C. Cupelli, *La responsabilità penale degli operatori sanitari e le incerte novità della legge Gelli-Bianco*, in *Cass. pen.*, 5, 2017, p. 1772.

⁴¹⁵ Art. 11, disp. prel. c.c. “Le legge non dispone che per l'avvenire: essa non ha effetto retroattivo.

I contratti collettivi di lavoro possono stabilire per la loro efficacia una data anteriore alla pubblicazione, purché non preceda quella della stipulazione”.

applicano i principi della precedente previsione normativa, ovvero sia la responsabilità contrattuale del professionista fondata sulla teoria del contatto sociale⁴¹⁶. Al contrario il secondo orientamento ne ha sostenuto l'applicabilità retroattiva in ragione delle modalità con cui i fatti devono essere considerati, in quanto il principio dell'irretroattività dispone anche che la legge nuova possa essere applicata ai fatti, agli status e alle situazioni esistenti o sopravvenute alla data della sua entrata in vigore, conseguenti ad un fatto passato, quando questi, in relazione alla disciplina della legge successiva, vadano presi in considerazione in se stessi, a prescindere dal collegamento con il fatto dal quale sono sorti, in modo tale che non sia possibile modificare la disciplina del fatto generatore attraverso tale applicazione. In concreto l'applicazione della legge Gelli-Bianco ad un fatto anteriore alla propria entrata in vigore, non va ad agire in modo negativo sul fatto generatore del diritto alla prestazione, bensì si limita a prevedere criteri diversi di liquidazione del danno non patrimoniale senza ostacolare l'operatività dei suoi principi⁴¹⁷. Un'ulteriore interpretazione, anch'essa favorevole all'applicazione retroattiva delle legge in commento, ne ha dato giustificazione richiamando l'intervento chiarificatore effettuato dal legislatore, poiché avendo provveduto a qualificare la responsabilità del sanitario e della struttura, la normativa sopravvenuta ha carattere sostanziale e non processuale pertanto può essere applicata anche nei processi in corso, sia in quanto le previsioni che hanno valore interpretativo, come la qualificazione della natura della responsabilità sanitaria, sono applicabili retroattivamente⁴¹⁸

Tale ricostruzione è accolta anche dal più recente orientamento in virtù del criterio ermeneutico della interpretazione teleologica⁴¹⁹; in questo modo viene ampliato il campo applicativo della l. n. 24/2917 incrementando di conseguenza le possibilità di raggiungere concretamente gli obiettivi prefissati dal legislatore; si tratta di un'interpretazione che ai sensi dell'art. 12 disp. prel. c.c.⁴²⁰ risulta maggiormente corrispondente all'intenzione del legislatore.

⁴¹⁶ Trib. Avellino, sez. II, 12 ottobre 2017, n.1806.

⁴¹⁷ Trib. Trieste, 28 febbraio 2018.

⁴¹⁸ Trib. Latina, sez. II, 27 novembre 2018; Trib. Firenze, 5 agosto 2014.

⁴¹⁹ G. Tarello, *L'interpretazione della legge*, in *Trattato di Diritto Civile e Commerciale*, a cura di A. Cicu, F. Messineo, I, Milano, Giuffrè, 1980, p.p. 370 ss.

⁴²⁰ Art. 12, disp. prel. c.c. "Nell'applicare la legge non si può ad essa attribuire altro senso che quello fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse, e dalla intenzione del legislatore.

Se una controversia non può essere decisa con una precisa disposizione, si ha riguardo alle disposizioni che regolano casi simili o materie analoghe; se il caso rimane ancora dubbio, si decide secondo i principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato".

Sussistano ulteriori argomenti a sostegno dell'applicazione retroattiva, in primo luogo il principio che emerge da alcune sentenze della Corte Costituzionale, in forza del quale all'art. 11 disp. prel. c.c non viene riconosciuta copertura dalla Costituzione⁴²¹, pertanto può essere disatteso dal legislatore e di conseguenza possono essere emanate norme con efficacia retroattiva salvo il limite imposto dall'art. 25 cost.⁴²² per le legge penale relativamente alla legge penale. L'applicazione retroattiva deve essere caratterizzata dalla ragionevolezza e non deve porsi in contrasto con altri valori e interessi costituzionalmente protetti⁴²³; ma il fatto che, in questo caso, la legge successiva va a incidere su situazioni sostanziali previste da leggi precedenti⁴²⁴, come la qualificazione della natura della responsabilità sanitaria, allora tale applicazione non dovrebbe incontrare alcun limite in ragione del fatto che la legge in commento è intervenuta su una disciplina sostanziale⁴²⁵.

Infine può essere fatto riferimento anche a una norma di diritto positivo per sostenere questa tesi, si tratta dell'art. 252 disp. att. c.c.⁴²⁶, finalizzato al bilanciare contrapposti interessi, stabilendo inoltre che quando una legge successiva introduce termini di prescrizione più brevi rispetto a quelli previsti da leggi anteriori, la nuova previsione dei termini va applicata anche con riguardo a diritti sorti in precedenza; si tratta di una norma che si basa su ragioni di equità ed esprime un principio generale di diritto transitorio⁴²⁷, questa ricostruzione, che è stata affermata anche dalle Sezioni Unite⁴²⁸, e da una più recente sentenza⁴²⁹ della Cassazione⁴³⁰.

⁴²¹ Corte Cost., 23 dicembre 1997, n. 432.

⁴²² Art. 25 cost. "Nessuno può essere distolto dal giudice naturale precostituito per legge. Nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso. Nessuno può essere sottoposto a misure di sicurezza se non nei casi previsti dalla legge".

⁴²³ Corte Cost., 11 giugno 1999, n. 229.

⁴²⁴ Corte Cost., 26 gennaio 1994, n. 6.

⁴²⁵ Trib. Milano, 28 novembre 2013, n. 15094.

⁴²⁶ Art. 252 disp. att. c.c. "Quando per l'esercizio di un diritto ovvero per la prescrizione o per l'usucapione il codice stabilisce un termine più breve di quello stabilito dalle leggi anteriori, il nuovo termine si applica anche all'esercizio dei diritti sorti anteriormente e alle prescrizioni e usucapioni in corso, ma il nuovo termine decorre dall'1 luglio 1939 se esso è stabilito dal I libro del codice, dal 21 aprile 1940 se è stabilito dal II libro, dal 28 ottobre 1941 se è stabilito dal III libro e dall'entrata in vigore del codice stesso se è stabilito dagli altri libri, purché, a norma della legge precedente, non rimanga a decorrere un termine minore.

La stessa disposizione si applica in ogni altro caso in cui l'acquisto di un diritto è subordinato al decorso di un termine più breve di quello stabilito dalle leggi anteriori".

⁴²⁷ Cass. S.S. U.U., 7 marzo 2008, n. 6173.

⁴²⁸ Cass. S.S. U.U., 22 luglio 2015, n. 15353.

⁴²⁹ Cass. civ., sez. VI, 25 giugno 2018, n. 16661.

⁴³⁰ Corte d'App. Napoli, sez. III, 21 febbraio 2018, n.845, con nota di G. Cascella, *L'importanza dell'assolvimento degli oneri di allegazione e prova nelle controversie in tema di responsabilità medica*, in *Riv. it. med. leg.*, 1, 2019, p.p. 364 ss.

In conclusione si può affermare che la finalità del provvedimento normativo sia stata creare un nuovo equilibrio nel rapporto tra l'esercente la professione sanitaria, l'ente, e il paziente, in modo da favorire l'alleanza terapeutica necessaria per contenere il contenzioso in merito alla responsabilità sanitaria e il ricorso sproporzionato alla medicina difensiva.

Bibliografia

- Alpa G., *Diritto della responsabilità civile*, Roma-Bari, Laterza, 2003.
- Baldini G., *Embrioni soprannumerari, ricerca scientifica e divieti normativi Riflessione a margine delle prime pronunce della giurisprudenza italiana e della Corte EDU*, in *BioLaw Journal – Riv. biodir.*, 2016, 2, p.p. 281 ss.
- Baldini G., Soldano M., *Tecnologie riproduttive e tutela della persona: verso un comune diritto europeo per la bioetica*, Firenze, University press., 2007.
- Ballarani G., *La soggettività del concepito e le incoerenze della Suprema Corte*, in *Dir. fam. e pers.*, 2013, 4, p.p. 1491 ss.
- Basile F., Poli P. F., *La responsabilità per “colpa medica” a cinque anni dalla legge Gelli-Bianco*, in *Sist. pen.*, 2017, p.p. 11 ss.
- Bianca C. M., *Dell’inadempimento delle obbligazioni*, in *Comm. C.c.*, Scialoja e Branca, Bologna-Roma, Zanichelli e Roma società editrice del foro italiano, 1979.
- Bianca C. M., *Diritto civile 2, La norma giuridica e i soggetti*, I, Milano, Giuffrè, 2002.
- Bonilini G., Confortini M., *Codice ipertestuale della famiglia*, Torino, Utet, 2009.
- Busnelli F. D., *L’inizio della vita umana*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, 4, p.p. 533 ss.
- Calvo R., *La << decontrattualizzazione >> della responsabilità sanitaria*, in *Nuove leg. civ. comm.*, 2017, p.p. 453 ss.
- Carbone G. M., *Alcune ‘quaestiones disputatae’ sull’embrione umano*, in *Divus Thomas*, 1998, 101, 1, p.p. 106 ss.
- Carusi D., *Omessa diagnosi prenatale: un contrordine... e mezzo delle Sezioni unite*, in *Giur. it.*, 2016, p.p. 549 ss.
- Carusi D., *Responsabilità del medico e obbligazioni di risultato*, in *Rass. dir. civ.*, 1991, p.p. 485 ss.
- Castronovo C., *L’obbligazione senza prestazione ai confini tra contratto e torto*, in *Le ragioni del diritto. Scritti in onore di Luigi Mengoni*, I, Milano, 1995.
- Comitato Nazionale per la Bioetica, *Identità e statuto dell’embrione umano*, 22 giugno 1996.
- Cristiano R., *Gli embrioni soprannumeri: tutela e sperimentazione*, in *Riv. AIC*, 2018, 2, p.p. 4 ss.

- Cupelli C., *La responsabilità penale degli operatori sanitari e le incerte novità della legge Gelli-Bianco*, in *Cass. pen.*, 2017, 5, p.p. 1772 ss.
- D'Aloia A., Torretta P., *La procreazione come diritto della persona*, estratto da *Trattato di biodiritto*, diretto da S. Rodotà, P. Zatti, Milano, Giuffrè, 2011.
- D'Amico M., *La Corte costituzionale chiude la porta agli scienziati in nome della dignità dell'embrione*, in *BioLaw Journal – Riv. biodir.*, 2016, 2, p.p. 171 ss.
- D'Angelo A. (a cura di), *Un bambino non voluto è un danno risarcibile*, Milano, Giuffrè, 1999.
- De Lia A., *La “colpa medica”: dal tramonto del modello “Balduzzi” all'alba di un nuovo sistema. Brevi note su una riforma in stile “pulp”*, in *Arch. pen.*, 2017, 2, p. 10 ss.
- De Matteis R., *La responsabilità medica per omessa diagnosi prenatale: interessi protetti e danni risarcibili*, in *Giur. it.*, 2013, p.p. 635 ss.
- Decreto 27 febbraio 2018, Istituzione del Sistema Nazionale Linee Guida (SNLG), GU Serie Generale n.66 del 20-03-2018.
- Di Lella F., *Identità e destino degli embrioni soprannumerari. Ipotesi de iure condendo*, in *E.J.P.L.T.*, 2022, 2, p.p. 84 ss.
- Di Majo A., *La responsabilità contrattuale*, Torino, Giappichelli, 2007.
- Di Marco G., *Danno da nascita indesiderata*, Milano, Giuffrè, 2014.
- Diurini A., *Gli eventi dannosi*, in A. Belvedere e S. Riondato (a cura di), *La responsabilità in medicina*, in *Trattato di Biodiritto* diretto da S. Rodotà e P. Zatti Milano, Giuffrè, 2011, p.p. 8 ss.
- Facci G., *I nuovi danni nella famiglia che cambia*, Milano, Ipsoa, 2009.
- Farace D., *Interruzione volontaria della gravidanza e situazioni giuridiche soggettive*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, 3, p.p. 798 ss.
- Faraoni A. B., *La maternità surrogata: la natura del fenomeno, gli aspetti giuridici, le prospettive di disciplina*, Milano, Giuffrè, 2002.
- Fasan M., *Consenso informato e rapporto di cura: una nuova centralità per il paziente alla luce della legge 22 dicembre 2017, n. 219*, in *Giur. pen. web.*, 2019, 1-bis, p.p. 84 ss.

- Feola M., *Essere o non essere: la Corte di Cassazione e il danno prenatale*, in *Danno e resp.*, 2005, p.p. 392 ss.
- Feola M., *Le responsabilità del medico e della struttura sanitaria per il danno prenatale causato dall'inadempimento delle obbligazioni d'informazione (il «diritto a nascere sano»)*, in A. Procida Mirabelli Di Lauro e M. Feola, *La responsabilità civile*, Torino, Giappichelli, 2008, p.p. 92 ss.
- Feola M., *Violazione degli obblighi d'informazione e responsabilità del medico per il danno prenatale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2004, p.p. 615 ss.
- Ferrando G., *Libertà, responsabilità e procreazione*, Padova, CEDAM, 1999.
- Fiandaca G., *Causalità (rapporto di)*, in *Dig. pen. II*, Torino, Utet, 1988, p.p. 119 ss.
- Foglia M., *Diritto a non nascere (se non sano)*, *Dig. Disc. priv., Sez. civ.*, XI, Torino, Utet, 2018, p.p. 135 ss.
- Fortino M., *La responsabilità civile del professionista. Aspetti problematici*, Milano, Giuffrè, 1985.
- Frati P., Turillazzi E., Gulino M., Di Sanzo M., Fineschi V., *Colpa medica, la Cassazione a Sezioni unite fa il punto sul diritto del neonato malformato al risarcimento del danno*, *Osservatorio medico-legale*, a cura di V. Fineschi, in *Resp. civ. e prev.*, 2016, 1, p.p. 2 ss.
- Galli G., Italia V., Realmonte F., Spina M. T., Traverso C. E., *L'interruzione volontaria di gravidanza: (commento alla legge 22 maggio 1978, n.194: norme per la tutela sociale della maternità e sull'interruzione volontaria della gravidanza)*, Milano, Giuffrè, 1978.
- Gattari P., *Profili civilistici della legge Balduzzi: il <<senso>> del richiamo all'art. 2043 c.c.*, diretto da G. Iudica e U. Carnevali, in *Resp. civ. e prev.*, 2014, 3, p.p. 1039 ss.
- Giorgianni M., *La responsabilità civile e la rivalutazione della figura generale dell'obbligazione*, in *Judicium*, 2012, p.p. 1 ss.
- Giorgianni M., *Obbligazioni (teoria gen.)*, in *Noviss. dig. it.*, 1965, 11, p.p. 581 ss.
- Gorgoni A., *I danni da malattia congenita non diagnosticata*, in *Pers. e merc.*, 2014, 3, p.p. 143 ss.

- Gorgoni M., *Il contratto tra la gestante ed il ginecologo ha effetti protettivi anche nei confronti del padre*, in *Resp. civ. e prev.*, 2003, 1, p.p. 134 ss.
- Gorgoni M., *Nascere sani o non nascere affatto, verso un nuovo capitolo della storia della naissance d'enfants sains non désirés*, in *Danno e resp.*, 2001, 5, p.p. 476 ss.
- Gualniera P., Scurria S., Crinò C., *Il danno da wrongful-birth nell'attuale orientamento della giurisprudenza*, in *Riv. it. med. leg.*, 2009, 3, p.p. 629 ss.
- Guarneri A., *Wrongful life, bebè préjudice e il discusso diritto a nascere sano... o a non nascere*, in *Resp. civ. e prev.*, 2001, p.p. 499 ss.
- Guglielmucci V., *Riflessioni in tema di danni da procreazione*, in *Danno e resp.*, 2007, p.p. 962 ss.
- Liserre A., *Mancata interruzione della gravidanza e danno da procreazione*, in *Corr. giur.*, 2004, p.p. 1437 ss.
- Marella M. R., *Le conseguenze «non patrimoniali» dell'inadempimento. Una tassonomia*, in *Colloqui in ricordo di Michele Giorgianni*, Napoli, ESI, 2007.
- Marucci B., *La riforma sanitaria Gelli-Bianco. Osservazioni in tema di responsabilità civile*, Napoli, ESI, 2018.
- Míguez Núñez R., *Le avventure del soggetto. Contributo teorico-comparativo sulle nuove forme di soggettività giuridica*, Milano- Udine, Mimesis, 2018.
- Monateri P. G., *La responsabilità civile*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da R. Sacco, *Le fonti delle obbligazioni*, 3, Torino, UTET, 1998.
- Montanari Vergallo G., *Il rapporto medico-paziente. Consenso e informazione tra libertà e responsabilità*, Milano, Giuffrè 2008.
- Oppo G., *L'inizio della vita umana*, in *Riv. dir. civ.*, 1982, 1 p.p. 499 ss.
- Padovani T., *Procreazione (diritto penale)*, in *Enciclopedia del diritto*, XXXVI, Milano, Giuffrè, 1987, p.p. 992 ss.
- Palmerini E., *Il diritto a nascere sani e il rovescio della medaglia: esiste un diritto a non nascere affatto? (Commento a cour de cassation, Assemblée plénière, 17.11.2000)* in *Nuova giur. civ. comm.*, 2001, p.p. 210 ss.
- Paradiso M., *La responsabilità medica: dal torto al contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, 1, p.p. 327 ss.

- Parere del Comitato Nazionale di Bioetica *Rifiuto e rinuncia consapevole al trattamento sanitario nella relazione paziente-medico* del 24 ottobre 2008.
- Pizzetti F., *Nota sul diritto della donna all'interruzione volontaria della gravidanza*, in *Giur. it.*, 1999, p.p. 11 ss.
- Poli M., *Birth-related torts e libertà della donna di interrompere la gravidanza nell'esperienza italiana*, in *BioLaw Journal – Riv. biodir.*, 2018, 3, p.p. 38 ss.
- Princigalli A. M., *Nascere infermo o non nascere: quale tutela per il nuovo nato?*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2001, p.p. 675 ss.
- Quagliariello C., Fin C., *Il consenso informato in ambito medico. Un'indagine antropologica e giuridica*, Bologna, Il Mulino, 2016.
- Roppo V., *Diritto privato*, terza ed., Torino, Giappichelli, 2013.
- Rossetti M. (a cura di), *Responsabilità sanitaria e tutela della salute*, in *Quaderni del massimario*, 2011, 2, p.p. 12 ss.
- Rossetti M., *Errore, complicità e fatalità: gli incerti confini della responsabilità civile in ostetricia e ginecologia*, in *Danno e resp.*, 2001, p.p. 12 ss.
- Sgorbati B., *Wrongful birth e wrongful life: delicati equilibri Tra autodeterminazione della donna e dignità del figlio malato*, in *BioLaw Journal – Riv. biodir.*, 2018, 3, p.p. 49 ss.
- Simone R., *Danno alla persona per nascita indesiderata*, in *Danno e resp.*, 2002, p.p. 491 ss.
- Spadaro A., *Il "concepito": questo sconosciuto...*, in *BioLaw Journal – Riv. di biodir., Special Issue*, 2019, 2, p.p. 419 ss.
- Tarello G., *L'interpretazione della legge*, in *Trattato di Diritto Civile e Commerciale*, a cura di A. Cicu, F. Messineo, I, Milano, Giuffrè, 1980.
- Torrente A., Schlesinger P., *Manuale di diritto privato*, venticinquesima ed., a cura di F. Anelli, C. Granelli, 2021, Milano, Giuffrè.
- Vacca S., *L'equivoco "danno da nascita indesiderata": il revirement della Suprema Corte. Responsabilità civile*, in *Fonti del diritto - Agg. cod. civ. di P. Rescigno*, 2012, p.p. 200 ss.

Giurisprudenza citata

Giurisprudenza di legittimità

- Cass. civ., sez. III, 31 gennaio 2023, n.2798, con nota di A. Benni de Sena, *Il dramma della nascita indesiderata: il ventaglio dei danni risarcibili da omessa diagnosi medica*, in *Dir. e giust.*, 2023, 18, p.p. 6 ss.
- Cass. civ., sez. III, 17 novembre 2021, n. 34813
- Cass. civ., sez. III, 12 marzo 2021, n. 7126
- Cass. civ., sez. III, 6 maggio 2020, n. 8508
- Cass. civ., sez. III, 4 febbraio 2020, n. 2461
- Cass. civ., sez. III, 11 novembre 2019, n. 28985
- Cass. civ., sez. III, 17 ottobre 2019, n. 26304
- Cass. civ., sez. III, 15 aprile 2019, n. 10424
- Cass. civ., sez. III, 20 novembre 2018, n. 29829
- Cass. civ., sez. VI, 25 giugno 2018, n. 16661
- Cass. S.S. U.U., 22 maggio 2018, n. 12564-12567
- Cass. civ., sez. III, 23 marzo 2018, n. 7248
- Cass. civ., sez. III, 23 marzo 2018, n. 7260
- Cass. civ., sez. III, 9 marzo 2018, n. 5841
- Cass. civ., sez. lav., 25 agosto 2017, n. 20408
- Cass. civ., sez. III, 11 aprile 2017, n. 9251
- Cass. civ., sez. III, 12 luglio 2016, n. 14188
- Cass. pen., 11 maggio 2016, n. 23283
- Corte cost., 13 aprile 2016, n. 84
- Cass., SS. UU., 22 dicembre 2015, n. 25767, con nota di D. Carusi, *Omessa diagnosi prenatale: un contrordine... e mezzo delle Sezioni Unite*, in *Giur. ita.*, Milano, 2016, Utet giuridica, p.p. 543 ss.; con nota di L. Conte, *L'inizio della vita e i confini della sofferenza risarcibile*, in *BioLaw Journal – Riv. biodir.*, 2016, 2, p.p. 438 ss.; con nota di L. Diotallevi, *La legittimazione del minore disabile ad agire per il risarcimento del danno c.d. da nascita indesiderata ed il nesso (inscindibile) tra soggettività e capacità*

giuridica, in *Giur. cost.*, 2016, 4, p.p. 1578 ss.; con nota di M. Gorgoni *Una sobria decisione «di sistema» sul danno da nascita indesiderata*, in *Resp. civ. e prev.*, 2016, 1, p.p. 162 ss.; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, I, p.p. 443 ss.; con nota di S. Vacca, *L'equivoco "danno da nascita indesiderata": il revirement della Suprema Corte. Responsabilità civile*, in *Fonti del diritto - Agg. cod. civ. di P. Rescigno*, 2012, p.p. 200 ss.

- Corte cost., 11 novembre 2015, n. 229, in *Dir. pen. e proc.*, 2016, 1, p.p. 62 ss.
- Cass. S.S. U.U., 22 luglio 2015, n. 15353
- Corte cost., 5 giugno 2015, n. 96, in *Corriere giur.*, 2016, 2, p.p. 186 ss.
- Cass. pen., 9 ottobre 2014, n. 47289
- Cass. civ., sez. III, 30 settembre 2014, n. 20547
- Corte Cost., 10 giugno 2014, n. 162, in *Foro it.*, 2014, 9, 1, p.p. 2324 ss.
- Cass. civ., sez. III, 17 luglio 2014, n. 16401
- Cass. civ., sez. III, 10 dicembre 2013, n. 27528, in P. Frati, E. Turillazzi, M. Gulino, M. Di Sanzo, V. Fineschi, *Colpa medica, la Cassazione a Sezioni unite fa il punto sul diritto del neonato malformato al risarcimento del danno*, Osservatorio medico-legale, a cura di V. Fineschi, in *Resp. Civ. e prev.*, 2016, 1, p.p. 5 ss.
- Cass. civ., sez. III, 22 marzo 2013, n. 7269, in P. Frati, E. Turillazzi, M. Gulino, M. Di Sanzo, V. Fineschi, *Colpa medica, la Cassazione a Sezioni unite fa il punto sul diritto del neonato malformato al risarcimento del danno*, Osservatorio medico-legale, a cura di V. Fineschi, in *Resp. civ. e prev.*, 2016, 1, p.p. 5 ss.
- Cass. civ., sez. III, 19 febbraio 2013, n. 4030
- Cass. civ., sez. III, 2 ottobre 2012, n. 16754, con nota di L. Famularo, *La responsabilità del medico nella diagnosi prenatale delle malattie genetiche - Medical Liability Concerning the Prenatal Diagnosis of Genetic Diseases*, in *Giust. civ.*, 2013, 10, p.p. 2119 B ss.; con nota di M. Gerbi, E. Mazzilli, *Dalla vis expansiva dell'azione di wrongful birth al superamento delle ultime barriere per il risarcimento al figlio non voluto: lo "stato funzionale di infermità" come lasciapassare per l'esplicito accoglimento dell'azione di wrongful life*, in *Riv. it. di med. leg.*, 2013, 2, p.p. 1022 ss.; con nota di P. Frati, M. Gulino, S. Zaami, E. Turillazzi, *Quanta informazione a fine diagnostico prenatale? La Suprema Corte statuisce che sia completa, determinante e funzionale alle richieste ed alle scelte materne*, in *Resp. civ. e prev.*, 2013, 1, p.p. 335 ss.; con nota di P.G. Monateri, *Il danno al nascituro e la lesione della maternità cosciente e responsabile*, in *Corriere giur.*, 2013, p. 64; con nota di E. Palmerini, *Nascite indesiderate e responsabilità civile: il ripensamento della Cassazione*, in *Nuova giur. comm.*, 2013, p.p. 198 ss.; con nota di S. Cacace, *Il giudice "rottamatore" e l'enfant préjudice*, in *Danno e resp.*, 2013, p.p. 160 ss.; con nota di S. Vacca, *L'equivoco "danno*

da nascita indesiderata": il revirement della Suprema Corte. Responsabilità civile, in Fonti del diritto - Agg. Cod. civ. di P. Rescigno, 2012, p.p. 200 ss.; in Nuova giur. civ. comm., 2013, p.p. 175 ss.

- Cass. civ., sez. III, 13 luglio 2011, n. 15386
- Cass. civ., sez. III, 10 novembre, 2010 n. 22837
- Cass. civ., sez. III, 2 febbraio 2010, n. 2354
- Cass. civ., sez. III, 4 gennaio 2010, n. 13
- Cass. civ., sez. III, 11 maggio 2009 n. 10741, in *Danno resp.*, 2009, p.p. 1167 ss.; con nota di G. Cricenti, *Il concepito soggetto di diritto ed i limiti dell'interpretazione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, I, p.p. 1258 ss.; con nota di M. Feola, *Le responsabilità del medico e della struttura sanitaria per il danno prenatale causato dall'inadempimento delle obbligazioni d'informazione (il «diritto a nascere sano»)*, in *Dir. e giur.*, 2010, p.p. 91 ss.; con nota di F. Di Ciommo, *Giurisprudenza-normativa e "diritto a non nascere se non sano". La Corte di cassazione in vena di revirement?*, in *Danno e resp.*, 2010, p.p. 144 ss.
- Corte cost., 8 maggio 2009, n. 151, in *Fam. Pers. Succ.*, 2009, 8-9, p.p. 684 ss.
- Cass. S.S. U.U., 15 gennaio 2009, n. 794
- Corte cost., 23 dicembre 2008, n. 438, con nota di R. Balduzzi e D. Paris, *Corte costituzionale e consenso informato tra diritti fondamentali e ripartizione delle competenze legislative*, in *Giur. cost.*, 2008, p.p. 4945 ss.
- Cass. S.S. U.U., 11 novembre 2008, n. 26972
- Cass. S.S. U.U., 7 marzo 2008, n. 6173
- Cass. SS. UU., 11 gennaio 2008, n. 577
- Cass. civ., sez. I, 16 ottobre 2007, n. 21748
- Cass., S.S. U.U., 26 giugno 2007, n. 14712, in *Corr. giur.*, 2007, p.p. 1706 ss.
- Cass. civ., sez. III, 14 luglio 2006, n. 16123, con nota di A. Liserre, *Ancora in tema di mancata interruzione della gravidanza e danno da procreazione*, in *Corr. giur.*, 2006, p.p. 1691 ss.; con nota di M. Gorgoni, in *Resp. civ. e prev.*, 2007, 1, p.p. 62 ss.
- Cass. civ., sez. III, 24 maggio 2006, n. 12362, in *Rep. foro it.*, 2006, p.p. 197 ss.
- Cass. civ., sez. III, 19 aprile 2006, n. 9085, con nota di A. Mazzucchelli, in *Resp. e risarc.*, 2006, p.p. 64 ss.

- Cass. civ., sez. III, 20 ottobre 2005, n.20320, con nota di L. Cavallo, *Risarcimento del danno da nascita indesiderata: il padre ha diritto al risarcimento del danno in via immediata e diretta*, in *Riv. it. med. leg.*, 2007, 4-5, p.p. 1172 ss.
- Cass., S.S. U.U., 28 luglio 2005, n. 15781
- Corte Cost., 28 gennaio 2005, n. 4.
- Cass. civ., sez. III, 30 luglio 2004, n. 14638
- Cass. civ., sez. III, 29 luglio 2004, n. 14488 con nota di E. Palmerini, *La vita come danno? No ..., sì ..., dipende*, in *Nuova giur. comm.*, 2005, p.p. 433 ss.; con nota di G. Facci, *Wrongful life: a chi spetta il risarcimento del danno*, in *Fam. dir.*, 2004, p.p. 559 ss.; con nota di A. Liserre, *Mancata interruzione della gravidanza e danno da procreazione*, in *Corr. giur.*, 2004, p.p. 1431 ss.; con nota di M. Feola, *Essere o non essere: la Corte di Cassazione e il danno prenatale*, in *Danno e resp.*, 2005, p.p. 392 ss.; con nota di M. Feola, *Violazione degli obblighi d'informazione e responsabilità del medico per il danno prenatale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2004, p.p. 615 ss.; in M. Feola, *Le responsabilità del medico e della struttura sanitaria per il danno prenatale causato dall'inadempimento delle obbligazioni d'informazione (il «diritto a nascere sano»)*, in A. Procida Mirabelli Di Lauro e M. Feola, *La responsabilità civile*, Torino, Giappichelli, 2008, p.p. 255 ss.; con nota di M. Gorgoni, *La nascita va accettata senza "beneficio d'inventario"*, in *Resp. civ. prev.*, 2004, p.p. 1349 ss.; con nota di E. Giacobbe, *Brevi osservazioni sul danno da «nascita indesiderata», ovvero un bambino malformato non ha diritto di nascere*, in *Giust. civ.*, 2005, 9, p.p. 2129 ss.; in A. Querci, *Vita indesiderata, ingiusta, non sana: profili di responsabilità civile*, in *Famiglia*, 2005, 4-5, p.p. 943 ss.; con nota di M. Rossetti, *Danno da nascita indesiderata: la Suprema corte mette i paletti*, in *Dir. e giust.*, 2004, 33, p.p. 8 ss.
- Cass. civ., sez. III, 4 marzo 2004, n. 4400
- Cass. civ., SS.UU., 1° luglio 2002, n. 9556
- Corte cost., 19 giugno 2002, n. 282 in *Giust. civ.*, 2003, 1, p.p. 294 ss.
- Cass. civ., sez. III, 10 maggio 2002, n. 6735, con nota di M. Gorgoni "Il contratto tra la gestante ed il ginecologo ha effetti protettivi anche nei confronti del padre", in *Guida al dir.*, 2002, p.p. 32 e ss.; in *Resp. civ. prev.*, 2003, p.p. 134 ss.
- Cass. civ., sez. III. 23 maggio 2001, n. 7027
- Cass. civ., sez. III, 16 febbraio 2001, n. 2335, in *Dir. e giustizia*, 2001, p.p. 33 ss.
- Corte cost., 12 luglio 2000, n. 332, in *Giur. Cost.*, 2000, p.p. 2455 ss.
- Corte Cost., 11 giugno 1999, n. 229
- Cass. civ. sez. III, 24 marzo 1999, n. 2793

- Cass. civ., sez. III, 22 gennaio 1999, n. 589.
- Cass. civ., sez. III, 1° dicembre 1998, n. 12195, con nota di E. Filograna, “*Se avessi potuto scegliere ...*”: la diagnosi prenatale e il diritto all’autodeterminazione, in *Danno e resp.*, 1999, p.p. 522 ss.
- Cass. civ., sez. III, 14 febbraio 1998, n. 1421
- Corte Cost., 23 dicembre 1997, n. 432
- Corte cost., 10 febbraio 1997, n. 35, con nota di M. Ruotolo, in *Giur. it.*, 1997, 1, p.p. 348 ss.
- Cass. civ., sez. III, 15 gennaio 1997, n. 364, in *Foro it.*, 1997, 1, p.p. 771 ss.
- Cass. civ., sez. III, 25 novembre 1994, n. 10014
- Cass. civ., sez. III, 8 luglio 1994, n. 6464, in G. Di Marco, *Danno da nascita indesiderata*, Milano, Giuffrè, 2014, p.p. 18 ss.
- Corte Cost., 26 gennaio 1994, n. 6
- Cass. civ., sez. III, 26 marzo 1981, n. 1773
- Corte cost., 18 febbraio 1975, n. 27
- Cass. S.S. U.U., 26 gennaio 1971, n. 174

Giurisprudenza di merito

- Trib. Latina, sez. II, 27 novembre 2018
- Trib. Trieste, 28 febbraio 2018
- Corte d’App. Napoli, sez. III, 21 febbraio 2018, n.845, con nota di G. Cascella, *L’importanza dell’assolvimento degli oneri di allegazione e prova nelle controversie in tema di responsabilità medica*, in *Riv. it. di med. leg.*, 2019, 1, p.p. 364 ss.
- Trib. Avellino, sez. II, 12 ottobre 2017, n.1806
- Trib. Milano, 2 dicembre 2014, n. 1430
- Trib. Milano, 18 novembre 2014
- Trib. Firenze, 5 agosto 2014
- Trib. Brindisi, 18 luglio 2014
- Trib. Milano, 10 marzo 2014, n. 16021

- Trib. Firenze, 12 febbraio 2014
- Trib. Milano, 28 novembre 2013, n. 15094
- Trib. Cremona, 19 settembre 2013
- Trib. Caltanissetta, 1° luglio 2013
- Trib. Enna, 18 maggio 2013, n. 252
- Trib. Torino, 26 febbraio 2013
- Trib. Arezzo, 14 febbraio 2013
- Trib. Varese, 26 novembre 2012, n. 1406
- Trib. Tolmezzo, 2 settembre 2011, n. 177, con nota di S. Scalzini, *Quinta gravidanza a seguito di un inadeguato intervento di sterilizzazione: quali sono i danni risarcibili*, in *Riv. it. med. leg.*, 2011, p.p. 1710 ss.
- C. d'App. Firenze, 15 maggio 2008, n. 774
- Trib. Lucca, 19 febbraio 2007, con nota di A. Mascia, *Le mancate informazioni del medico ginecologo e il danno esistenziale da wrongful birth*, in *Resp. civ. e prev.*, 2007, p.p. 2603 ss.
- Trib. Lucca, 13 ottobre 2003
- Trib. Genova, 28 settembre 2002, con nota di F. Brunetta d'Usseaux, *Insuccesso dell'intervento di interruzione di gravidanza e risarcimento del danno*, in *Famiglia*, 2003, 4, p.p. 1178 ss.
- C. d'App. Bologna, 19 dicembre 1991.
- Trib. Verona, 15 ottobre 1990, in *Foro. it.*, 1991, p.p. 114 ss.
- C. d'App. Venezia, 23 luglio 1990, con nota di M. Zanchetti, *Il "danno giusto" conseguente alla mancata interruzione di una gravidanza per colpa dei sanitari*, in *Riv. it. med. leg.*, 1991, p.p. 1320 ss.
- Trib. Vicenza, 27 gennaio 1990, con nota di V. Di Gregorio, *Questioni in tema di responsabilità civile del medico e della p.a.*, in *Nuova giur. comm.*, 1990, I, p.p. 734 ss.
- Trib. Padova, 9 agosto 1985, con nota di P. Zatti, in *Nuova giur. comm.*, 1986, p. 120 ss.