

LA NASCITA INDESIDERATA TRA ITALIA E FRANCIA
Di Cristina Poncibò

CORTE DI CASSAZIONE, III SEZIONE, 10 maggio 2002 n. 6735 – CARBONE
Presidente – Vittoria *Estensore* – RUSSO *P.M.* – Ras s.p.a. (avv. Spadafora) – M.
e a. (avv. Ferretti)

**Responsabilità civile – Professionisti – Attività medico-chirurgica –
Responsabilità del medico – Diritto all’aborto – Omessa diagnosi di
malformazione del feto – Oggetto dell’accertamento – Conseguenze della
mancata informazione – Possibilità di un processo patologico a carico della
madre (L. 22 maggio 1978 n. 194, art. 6 e 7)**

**Responsabilità civile – Professionisti – Attività medico-chirurgica –
Inadempimento del medico – Conseguenza – Mancata interruzione di
gravidenza – Condizioni legittimanti l’aborto – Possibilità di vita autonoma
del feto – Nozione (L. 22 maggio 1978 n. 194, art. 6 e 7)**

**Responsabilità civile – Professionisti – Attività medico-chirurgica –
Inadempimento del medico – Conseguenza – Mancato esercizio del diritto
di interrompere la gravidanza – Possibilità di vita autonoma del feto –
Rilevanza – Fatto che esclude l’esercizio del diritto – Onere della prova –
Ripartizione tra attore e convenuto (C.c. art. 2697; L. 22 maggio 1978 n. 194,
art. 7)**

**Responsabilità civile – Professionisti – Attività medico-chirurgica – Omessa
diagnosi di malformazione del feto – Conseguenza – Impedimento alla
donna della scelta di interrompere la gravidanza – Nesso di causalità –
Sussistenza – Fattispecie (C.c. art. 2043; L. 22 maggio 1978 n. 194, art. 6)**

*In tema di responsabilità del medico da nascita indesiderata, allorquando
occorre stabilire se la donna avrebbe potuto esercitare il suo diritto di
interrompere la gravidanza ove fosse stata convenientemente informata sulle
condizioni del nascituro, non si deve accertare se in lei si sia instaurato un
processo patologico capace di evolvere in grave pericolo per la sua salute
psichica, ma se la dovuta informazione sulle condizioni del feto avrebbe potuto
determinare durante la gravidanza l’insorgere di un tale processo patologico*

(nella specie, la Suprema Corte ha confermato la sentenza di merito che, nel riferirsi alla reazione instauratasi nella madre al momento della nascita del figlio, ha espresso il giudizio che analoga reazione si sarebbe determinata durante la gravidanza, ove la gestante avesse potuto rappresentarsi le conseguenze che sulla vita sua e del nascituro sarebbero potute derivare dalle malformazioni che il feto presentava) (1).

Dopo il novantesimo giorno di gravidanza, la gestante può esercitare il diritto all'aborto, ai sensi del combinato disposto degli art. 6 e 7, comma 3, l. 22 maggio 1978 n. 194, solo in presenza di due condizioni positive concernenti la propria salute e di una negativa, costituita dall'insussistenza di possibilità di vita autonoma del feto. Per possibilità di vita autonoma del feto si intende quel grado di maturità del feto che gli consentirebbe una volta estratto dal grembo della madre, di mantenersi in vita e di completare il suo processo di formazione anche fuori dell'ambiente materno. Pertanto, in una causa in cui si discute se la donna sia stata impedita ad interrompere la gravidanza, l'eventuale interrogativo concernente la possibilità di una vita autonoma del feto va risolto avendo riguardo al grado di maturità raggiunto dal feto nel momento in cui il medico ha mancato di tenere il comportamento che da lui si doveva attendere (2).

Nella causa tra la donna che chiede il risarcimento dei danni derivatili dal non aver potuto esercitare il suo diritto a interrompere la gravidanza ed il medico che sostiene l'insussistenza del nesso causale perché la donna non avrebbe comunque potuto esercitarlo, alla donna spetta provare i fatti costitutivi del diritto, al medico i fatti idonei ad escluderlo. Pertanto, non spetta alla donna provare che quando è maturato l'inadempimento del medico il feto non era ancora pervenuto alla condizione della possibilità di vita autonoma, ma spetta al medico provare il contrario (3).

In tema di responsabilità del medico per omessa diagnosi di malformazioni del feto e conseguente nascita indesiderata, l'inadempimento del medico rileva in quanto impedisce alla donna di compiere la scelta di interrompere la gravidanza. Infatti, la legge, in presenza di determinati presupposti, consente alla donna di evitare il pregiudizio che da quella condizione del figlio deriverebbe al proprio stato di salute e rende corrispondente a regolarità causale che la gestante interrompa la gravidanza se informata di gravi malformazioni del feto (nella specie, la Suprema Corte ha confermato la sentenza di merito che aveva affermato la responsabilità del medico senza specifica discussione sul nesso di causalità, non essendo emersi in causa argomenti – quali fattori ambientali, culturali, di storia personale – idonei a dimostrare in modo certo che, pur informata, la donna avrebbe accettato la

*continuazione della gravidanza, ed essendo anzi desumibile dalla richiesta al medico di esami volti a conoscere l'esistenza di anomalie o malformazioni del feto un comportamento orientato, in caso positivo, a rifiutare la prosecuzione della gravidanza (4)
(massima ufficiale)*

Una donna incinta si affida durante la gravidanza alle cure di un ginecologo, il quale, nello svolgere il proprio incarico professionale, effettua i consueti esami ecografici sul feto, non rilevando nessuna particolare anomalia nel nascituro. Al termine della gravidanza, il figlio della donna nasce affetto dalla sindrome di Apert, che si caratterizza per la presenza di alterazioni del cranio e degli arti del neonato, ed i genitori agiscono, in proprio e nell'interesse del minore, per il risarcimento del danno nei confronti del medico per non essere stati informati, mediante la corretta interpretazione degli esami strumentali e dei dati clinici, della malformazione del feto. Secondo i genitori dello sfortunato neonato una tempestiva diagnosi avrebbe consentito alla donna di interrompere la gravidanza secondo quanto previsto dalla legge 22 maggio 1978, n.194.

Il Tribunale di Perugia, pur escludendo la possibilità che una diagnosi tempestiva avrebbe consentito di interrompere la gravidanza, accoglieva la domanda dei genitori del minore, liquidando il danno risarcibile per il trauma sofferto nella somma complessiva di 80 milioni di lire. Tale decisione veniva parzialmente riformata dalla Corte di appello di Perugia, che, ritenendo il medico responsabile di negligenza professionale per non aver letto attentamente le ecografie della donna, provvedeva a quantificare, in via equitativa, il danno patito nella somma di 700 milioni di lire.

Nella sentenza qui annotata, la Suprema Corte respinge il ricorso del ginecologo e della società assicuratrice di quest'ultimo, rigettando, tra l'altro, l'impostazione dei ricorrenti secondo la quale il padre del neonato non avrebbe avuto diritto al risarcimento. Secondo la Corte di cassazione, il tessuto normativo relativo ai diritti ed ai doveri che derivano dalla procreazione induce a ritenere che il padre rientri tra i soggetti protetti dal contratto nell'ambito del quale la prestazione professionale è dovuta. I giudici di legittimità hanno quindi confermato la liquidazione equitativa del danno patito da entrambi coniugi così come configurata dalla Corte di appello di Perugia¹.

Vediamo ora di approfondire le argomentazioni di questa decisione della Suprema Corte, che si riconduce alla questione del risarcimento del danno per

¹ Cass., 10 maggio 2002, n. 6735, in *Guida al Diritto*, 2002, 32, con nota di RODOLFI e in *Giust. Civ.*, 2002, 1490, (solo massima).

nascita indesiderata o *wrongful birth*. L'argomento ha ricevuto una enorme attenzione da parte della giurisprudenza e della dottrina, tanto che la letteratura in materia è decisamente cospicua².

² RODOLFI, *La perdita della possibilità di abortire si riflette sulla vita di entrambi i genitori*, in *Guida al diritto*, 2002, n. 21, 41 ss.; SIMONE, *Danno alla persona per nascita indesiderata*, in *Danno e responsabilità*, 2002, 469 ss.; TORINO, *Nascita inaspettata di figlia malferma e danno esistenziale della madre*, in *Corriere Giur.*, 2001, 786 ss.; BONA, *Mancata diagnosi di malformazioni fetali: responsabilità del medico ecografista e risarcimento del danno esistenziale da «wrongful birth»*, in *Giur. It.*, 2001, 735 ss.; SEBASTIO, *Le malformazioni del feto*, in *Trattato breve dei nuovi danni*, a cura di CENDON, Padova, 2001, volume I, 113 ss.; NICOLAIS e SILVETTI, *La nascita indesiderata*, in *Trattato breve dei nuovi danni*, a cura di CENDON, Padova, 2001, volume II, 1073 ss.; MOROZZO DELLA ROCCA, *Il danno morale al concepito, ovvero il “già e non ancora” nella responsabilità civile*, in *Corriere Giur.*, 2001, 348 ss.; CARBONE, *Un bambino che nasce minorato ha diritto al risarcimento per la nascita indesiderata?*, in *Famiglia e diritto*, 2001, 97 ss.; PALMERINI, *Il diritto a nascere sani e il rovescio della medaglia: esiste un diritto a non nascere affatto?*, in *Nuova Giur. Comm.*, 2001, 210 ss.; CASSANO, *Intervento di sterilizzazione, nascite indesiderate e danni incidenti nella sfera «esistenziale»*, in *Famiglia e diritto*, 2001, 106 ss.; BRUNETTA D'USSEAU, *Esistere per il diritto*, Milano, 2001; D'ANGELO, *Limitata prospettiva di vita e quantificazione del danno*, in *Danno e responsabilità*, 2001, 172 ss.; ROSSETTI, *errore, complicità e fatalità: gli incerti confini della responsabilità civile in ostetricia e ginecologia*, in *Danno e responsabilità*, 2001, 12 ss.; BONA e VIRZÌ, *Procreazione e danno*, in MONATERI, BONA, OLIVA, PECCENINI, TULLINI, *Il danno alla persona*, Torino, 2000, Tomo I, 229 ss.; BILOTTA, *La nascita di un figlio ti cambia la vita: profili del danno esistenziale nella procreazione*, in *Il danno esistenziale – Una nuova categoria della responsabilità civile*, a cura di CENDON e ZIVIZ, Milano, 2000, 229 ss.; CARBONE, *Sviluppi ed orientamenti della responsabilità professionale medica nei confronti dell'embrione*, in *Danno e responsabilità*, 2000, 1173 ss.; BONA, *Perdita del nascituro: un nuovo precedente per il danno esistenziale*, in *Danno e responsabilità*, 2000, 89 ss.; BILOTTA, *Profili del danno esistenziale nella procreazione*, in *Resp. civ. prev.*, 1999, 337 ss.; AA.VV., *Un bambino non voluto è un danno risarcibile?*, a cura di D'ANGELO, Milano, 1999; CASSANO e DEL VECCHIO, *Diritto a nascere sani e responsabilità civile: un inventario di questioni ed un risarcimento miliardario*, in *Dir. fam. pers.*, 1999, 645; CARUSI, *Contraccezione, aborto e «danno da procreazione»: di un'importante sentenza del Tribunale costituzionale tedesco e di alcune questioni in materia di responsabilità del medico*, in *Resp. Civ. e Prev.*, 1999, 1173 ss.; FERRANDO, *Libertà, responsabilità e procreazione*, Padova, 1999, 187 ss.; DE MATTEIS, *Nascite indesiderate, interessi protetti, danni risarcibili*, in *Danno e responsabilità*, 1999, 1033 ss.; GORGONI, *Interruzione volontaria della gravidanza tra omessa informazione e pericolo per la salute (psichica) della partoriente*, in *Danno e responsabilità*, 1999, 768 ss.; SMORTO, *La responsabilità sanitaria per concepimento non voluto. Note comparatistiche*, in *Dir. Fam. Pers.*, 1999, 910 ss. FILOGRANA, *“Se avessi potuto ...”: la diagnosi prenatale e il diritto all'autodeterminazione*, in *Danno e responsabilità*, 1999, 517 ss.; BONA, *Filiazione indesiderata e risarcimento del “danno da bambino non voluto”*, in *Danno e responsabilità*, 1999, 82 ss.; MONATERI, *“La marque de caïn” - La vita sbagliata, la vita indesiderata e le reazioni del comparatista al distillato dell'alambicco*, in AA.VV., *Un bambino non voluto è*

Il punto di partenza è la legge 22 maggio 1978, n. 194, recante “Norme per la tutela sociale della maternità e sull’interruzione volontaria di gravidanza”, che ha introdotto nel nostro ordinamento l’istituto dell’aborto. La legge in esame nega in principio la possibilità di ricorso all’interruzione di gravidanza come strumento di sola programmazione familiare, in quanto l’aborto come mezzo di controllo delle nascite e l’aborto eugenetico non sono ammessi nel nostro sistema (articolo 1). Da tali principi consegue che l’aborto può essere esercitato solo nei casi previsti dalla legge: in particolare, secondo tale disposizione normativa, dopo il novantesimo giorno di gravidanza, la gestante può esercitare

un danno risarcibile?, a cura di D’ANGELO, Milano, 1999, 285 ss.; FERRANDO, *L’interruzione della gravidanza tra autonomia della donna e accordo dei coniugi*, in *Famiglia e diritto*, 1999, 125; MIOTTO, *Il nascituro e la responsabilità aquiliana ovvero della possibile diacronia di condotta illecita ed avveramento del danno*, in *Resp. Civ. Prev.*, 1998, 1120; MONATERI e BONA, *Il danno alla persona*, Padova, 1998, 106 ss.; PELLECCIA, *Dal figlio indesiderato al desiderio di un figlio (e di un fratello): brevi note su ingiustizia del danno, danni riflessi e vittime secondarie*, in *Danno e responsabilità*, 1998, 895 ss.; PINORI, *Contratto con effetti protettivi a favore del terzo e diritto a nascere sano*, in *Giur. It.*, 1995, I, 1, 317; VENNERI, *Diritto del nascituro a nascere sano, obbligo di prestazione del medico e sua responsabilità contrattuale*, in *Rass. dir. civ.*, 1995, 908; CONTE, *Dovere d’informazione e danno biologico: uno strano connubio*, in *Dir. Famiglia*, 1995, 668 ss.; FASCELLA, *La risarcibilità del danno conseguente all’insuccesso dell’intervento di interruzione della gravidanza*, e VENTURELLO, *L’esperienza francese, tedesca e di common law*, in *Giur. It.*, 1995, I, 1, 790 ss.; RESCIGNO, *Nascita*, in *Dig. Disc. Priv.*, sez. civ., Torino, 1995, XII, 1 ss.; MENCARELLI, MAZZEO e FRAVOLINI, *Questioni di etica e di responsabilità nella diagnosi prenatale*, in *Dir. Famiglia*, 1994, 411; ZENO-ZENCOVICH, *Il danno del nascituro*, in *Nuova Giur. Comm.*, 1994, I, 690; BATÀ, *La tutela del concepito ed il diritto a nascere sano*, in *Corriere Giur.*, 1994, 479; IORIATTI, *La tutela del nascituro: la conferma della Cassazione*, in *Resp. Civ. e Prev.*, 1994, 403; CARUSI, *Responsabilità contrattuale ed illecito anteriore alla nascita del danneggiato*, in *Giur. It.*, 1994, I, 1, 550; CEI, *La tutela della salute ed il padre del concepito*, in *Dir. Famiglia*, 1993, 1088 ss.; CARUSI, *Tutela giuridica della vita prenatale e risarcimento del danno nell’illecito plurioffensivo*, in *Rass. Dir. Civ.*, 1992, 422 ss.; ZANCHETTI, *Il danno ingiusto conseguente alla mancata interruzione della gravidanza*, in *Riv. It. Med. Leg.*, 1991, 1321; PUCCELLA, *Responsabilità medica per la lesione del diritto a nascere sani; tutela del nascituro e dei prossimi congiunti*, in *Nuova Giur. Comm.*, 1991, I, 370 ss.; NAVARRETTA, *Il diritto a nascere sano e la responsabilità del medico*, in *Resp. Civ. e Prev.*, 1990, 1053 ss.; BUSNELLI, *Lo statuto del concepito*, in *Democrazia e diritto*, 1988, 216; ZENO-ZENCOVICH, *Responsabilità e risarcimento per mancata interruzione di gravidanza*, in *Foro it.*, 1986, I, 1995 ss.; PRINCIGALLI, *Quando la nascita non è un lieto evento. Una nuova frontiera dell’errore medico*, in *Riv. critica dir. privato*, 1984, 833 ss.; OPPO, *L’inizio della vita umana*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1982, 499 ss.; BUSNELLI, *Commento all’art.1*, in *Commentario della legge 22 maggio 1978 n. 194*, a cura di BIANCA e BUSNELLI, in *Leggi civ. comm.*, 1978, II, 1062; SALARIS, *In tema di danno ingiusto al nascituro*, in *Giur. It.*, 1974, I, 1, 1930; RESCIGNO, *Il danno da procreazione*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1956, 614.

il diritto all'aborto solo in presenza di alcune condizioni: "quando la gravidanza o il parto comportino un grave pericolo per la vita della donna" (art. 6, lett. a); e "quando siano accertati processi patologici, tra cui quelli relativi a rilevanti anomalie o malformazioni del nascituro, che determinino un grave pericolo per la salute fisica o psichica della donna" (art. 6, lett. b).

Ciò premesso, il medico, che per negligenza o imperizia ometta di avvertire la madre dell'esistenza di gravi malformazioni del feto, viola – ove sussistano le predette condizioni – il diritto della madre all'aborto, ponendo in essere una condotta illecita fonte di responsabilità.

Le prime affermazioni di tale responsabilità si rinvengono nella giurisprudenza di merito ed, in particolare, nelle sentenze dei Tribunali di Roma³, Bergamo⁴ e Verona⁵.

Il primo precedente ha come oggetto la vicenda di una coppia, che si era rivolta ad un centro di diagnostica prenatale per essere seguita durante la gravidanza; il centro medico aveva effettuato varie indagini ecografiche nel corso della gestazione e aveva sempre attestato il normale sviluppo del feto, così come la regolare crescita degli arti. Sennonché alla nascita, la neonata presentava gravi malformazioni osseo-articolari, che, come fu in seguito confermato in corso di causa dai periti, erano rilevabili sin dalle prime ecografie. Accertato l'errore diagnostico, il Tribunale romano ha ritenuto risarcibile il danno da menomazione dell'integrità psico-fisica sofferto dai genitori per il trauma sopportato dagli attori quando, alla nascita della piccola, hanno avuto contezza della menomazione.

Occorre subito sottolineare che, in questi caso, sono stati esclusi sia il diritto a qualsivoglia risarcimento in capo alla bambina sulla base della incompatibilità di un eventuale "diritto a non nascere" con l'attuale ordinamento italiano, sia il diritto dei genitori ad ottenere ristoro per i maggiori oneri derivanti dal mantenimento di una bambina handicappata, in quanto, ad avviso del Tribunale capitolino, non era ravvisabile *ex post* la possibilità per la madre di ricorrere legittimamente al rimedio dell'aborto.

Anche nella decisione del Tribunale di Bergamo viene affermata la responsabilità civile sulla scorta dell'errore di lettura dell'esame da parte dell'ecografista e della conseguente mancata informazione circa le malformazioni del nascituro; la sentenza in questione si discosta, tuttavia, da quella romana in relazione ad un punto fondamentale: in base ai giudici di

³ Trib. Roma, 13 dicembre 1994, in *Dir. Famiglia*, 1995, 662, con nota di CONTE.

⁴ Trib. Bergamo, 2 novembre 1995, in *Danno e responsabilità*, 1996, 249, con nota di PALOMBO.

⁵ Trib. Verona, 24 ottobre 1997, est. D'Amico, ined.

Bergamo è inutile discutere a posteriori se sussistesse o non sussistesse il grave pericolo alla salute psico-fisica dell'attrice e se dunque vi fossero o no le condizioni legittimanti il ricorso all'aborto terapeutico, poiché la fattispecie del danno ingiusto si sarebbe già completata nel momento in cui l'attrice non fu posta "nelle condizioni di avvalersi di un diritto in astratto". In altri termini, la violazione dell'obbligo di informazione, secondo il Tribunale di Bergamo, impedì in radice alla gestante di consultarsi con il marito, "come avviene d'ordinario nell'ambito di un rapporto di coppia consolidato attraverso il vincolo del matrimonio", e quindi di procedere ad ulteriori accertamenti, in esito ai quali la stessa avrebbe potuto responsabilmente esercitare la scelta di abortire.

Nell'ultima sentenza sopra citata, quella del Tribunale di Verona, non è stata infine accolta la domanda azionata dalla madre del bambino nato malformato, in quanto non sussistente il nesso di causalità tra i danni asseriti dall'attrice e la lesione del diritto della stessa "ad autodeterminarsi per affrontare la procreazione coscientemente e responsabilmente": ad avviso dei giudici veronesi, l'azione risarcitoria non poteva essere accolta, non essendo in alcun modo prospettati, né comunque desumibili dagli atti, dei gravi pericoli per la vita dell'attrice al momento dell'errore diagnostico imputato al medico convenuto.

Alla stregua di quest'ultima decisione non può bastare una pur accertata lesione in astratto della facoltà della gestante di ricorrere all'interruzione volontaria della gravidanza, ma deve operarsi in concreto l'accertamento delle condizioni di fatto descritte all'art. 6 lett. b) della legge sull'interruzione di gravidanza.

Seguendo la tesi del Tribunale di Roma e del Tribunale di Verona si renderebbe sempre necessaria un'indagine *ex ante* sulla sussistenza dei requisiti posti dalla legge n. 194/1978 e, quindi, il giudice dovrebbe procedere con una valutazione in via prognostica ed ipotetica tesa ad accertare se la gestante, messa tempestivamente al corrente delle malformazioni, avrebbe potuto sviluppare uno stato di grave pericolo per la salute fisica o psichica tale da soddisfare i requisiti richiesti per la procedura abortiva.

Diversamente, secondo i giudici di Bergamo una simile indagine sarebbe superflua una volta che la donna sia stata in astratto privata di qualsiasi possibilità di scelta.

Per quanto concerne i danni risarcibili, la strada seguita dalla corte romana ha la seguente conseguenza: se non viene accertata attraverso dei modelli probabilistici la sussistenza dei requisiti per l'aborto, allora i genitori possono solo ottenere soddisfazione del danno che si ricollega al trauma derivante dall'effetto provocato da una nascita che da evento desiderato si trasforma inaspettatamente in tragedia della vita. Diversamente, in base a quanto sostenuto

dal Tribunale di Bergamo, il semplice fatto della privazione, anche solo in astratto, della possibilità di procedere con pratiche abortive dovrebbe dare luogo al risarcimento del danno dei maggiori oneri e spese che i genitori dovranno sostenere a causa dello stato di invalidità del figlio.

Nel *leading case* in materia del 1998,⁶ i giudici di legittimità accolgono l'orientamento dei giudici di Roma e di Verona⁷, anche se il Supremo Collegio si esprime per una interpretazione restrittiva: secondo quest'ultimo, per il risarcimento del danno per il mancato esercizio del diritto all'interruzione di gravidanza, non è sufficiente il solo fatto dell'inadempimento dell'obbligo di esatta informazione da parte del medico, così come non può bastare la semplice privazione della scelta abortiva, ma deve altresì risultare provato il processo patologico della salute della donna stessa, suscettibile di evoluzione gravemente pericolosa⁸.

Si tratta quindi di valutare in via prognostica ed ipotetica se, al momento in cui poteva essere esercitato il diritto all'interruzione, l'esatta informazione sulle condizioni del feto avrebbe ingenerato quel processo patologico di natura psichica previsto dall'art. 6, lettera b) della legge sull'interruzione di gravidanza⁹. Una prova decisamente difficile da fornire ed "anomala" in virtù del principio per cui le prove dovrebbero avere ad oggetto solamente dei fatti e non già delle ipotesi¹⁰.

In merito ai danni risarcibili, il *leading case* della Cassazione¹¹ risulta alquanto scarno: la S.C. riconosce in capo alla madre il diritto al risarcimento del danno patrimoniale e del danno biologico¹², ma non entra nel merito dei contenuti delle singole voci di danno; e neppure viene chiarito se tra i danni patrimoniali risarcibili rientrano anche quelli derivanti dai costi necessari per le spese di cura ed assistenza del figlio nato malformato.

⁶ Cass., Sez. III, 1 dicembre 1998, n. 12195, in *Giur. It.*, 1999, 2038, con nota di PIZZETTI, in *Danno e responsabilità*, 1999, 515, con nota di FILOGRANA.

⁷ In tal senso: Cass., Sez. III, 24 marzo 1999, n. 2793, in FIORI, BOTTONE e D'ALESSANDRO, *Quarant'anni di giurisprudenza della Cassazione nella responsabilità medica*, cit., 958, in *Danno e responsabilità*, 1999, 766, con nota di GORGONI.

⁸ Nel merito, vedi: Trib. Roma, 13 dicembre 1994, in *Dir. Famiglia*, 1995, 662, con nota di CONTE; Trib. Bergamo, 2 novembre 1995, in *Danno e responsabilità*, 1996, 249, con nota di PALOMBO; Trib. Verona, 24 ottobre 1997, est. D'Amico, ined.; T. Locri, Sez. Distaccata Siderno, 6-10-2000, in *Giur. It.*, 2001, 735, con nota di BONA.

⁹ Trib. Roma, 13 dicembre 1994, in *Dir. Famiglia*, 1995, 662, con nota di CONTE.

¹⁰ *Ex plurimis* cfr. CARNELUTTI, *La prova civile*, Milano, 1992, 94.

¹¹ Cass., 1 dicembre 1998, n. 12195, citata alla nota 6.

¹² Si noti che sul punto specifico la Cassazione non è del tutto chiara: infatti, afferma che in questo danno risarcibile "rientra non solo il danno alla salute in senso stretto ma anche il danno biologico in tutte le sue forme".

Sempre in tale sede, il Supremo Collegio approfondisce il punto della legittimazione attiva del padre del nascituro ad ottenere il risarcimento dei danni, rilevando preliminarmente come la decisione di interrompere la gravidanza possa essere assunta solo dalla donna: “l’interesse protetto è soltanto quello della salute della donna e solo in ragione della tutela del medesimo è riconosciuto il diritto all’interruzione della gravidanza”; tuttavia, ad avviso della Corte, il fatto che il padre del nascituro non abbia titolo alcuno per intervenire in siffatta decisione, non implica che lo stesso non abbia diritto ad agire per ottenere un risarcimento, secondo lo schema dei danni riflessi o *dommages par ricochet*¹³.

In particolare, si afferma il principio per cui: “se, per il mancato legittimo esercizio del diritto di interruzione di gravidanza da parte della donna a norma dell’art. 6 l. n. 194/1978, la stessa abbia subito un danno grave alla salute, è ipotizzabile un danno, anche biologico, sotto il profilo del danno riflesso dei prossimi congiunti (nella specie del marito della stessa)”; conseguentemente, se il danno subito dalla donna è da ascrivere a fatto colpevole di un terzo, anche il congiunto, danneggiato di riflesso, è legittimato a richiedere il risarcimento del danno”.

Orbene, da questo principio sembra doversi ricavare che il marito è legittimato ad agire per i soli pregiudizi, che si pongono come “danni riflessi” delle conseguenze negative sulla salute della moglie, e non già per quelli, che si ricollegano direttamente all’ingresso nella famiglia di un figlio malformato, con tutte le sofferenze morali, i traumi psichici, le modificazioni esistenziali ed i costi economici ad esso conseguenti¹⁴.

Pur seguendo la via precedentemente delineata, la sentenza qui annotata compie una svolta rispetto al *leading case* del 1998 nel riconoscere un danno diretto ed immediato anche in capo al padre del neonato: ciò in quanto il tessuto dei diritti e dei doveri che, secondo l’ordinamento, si incentrano sul fatto della

¹³ G. CASSANO, *Una svolta definitiva all’incerto incedere in tema di danni riflessi*, nota a Cass. 2 febbraio 2001, n. 1516, in *Nuova Giur. Comm.*, 2002, 490 ss. Sul punto, vedi anche Cass., 10 dicembre 1998, n. 12195, in *Giur. It.*, 1999, III, 2038, con nota di PIZZETTI.

¹⁴ Cass., 10 dicembre 1998, n. 12195, in *Giur. It.*, 1999, III, 2038, con note di PIZZETTI e di BARATTO, *Il risarcimento del danno per il mancato esercizio del diritto all’interruzione della gravidanza: un problema aperto*, *ivi*, 2000, I, 43; in *Danno e responsabilità*, 1999, 5, 522 e ss., con nota di E. FILIGRANA, *Se avessi potuto scegliere...: la diagnosi prenatale e il diritto all’autodeterminazione*.

procreazione¹⁵ vale a spiegare perché anche il padre rientri tra i soggetti protetti dal contratto ed in confronto del quale la prestazione del medico è dovuta¹⁶.

Pertanto, “(...) sottratta alla donna la possibilità di scegliere, al che è ordinata l'esatta prestazione del medico, gli effetti negativi di questo comportamento si inseriscono in una relazione col medico cui non è estraneo il padre, rispetto alla quale la prestazione inesatta o mancata si qualifica come inadempimento e giustifica il diritto al risarcimento dei danni che ne sono derivati”¹⁷.

La decisione si discosta, dunque, dall'orientamento precedente in base al quale nessun diritto al risarcimento sarebbe stato direttamente configurabile in capo al marito, in quanto soggetto estraneo alle decisioni della donna circa l'interruzione di gravidanza.

Questa ricostruzione è pienamente condivisibile, essendo di palmare evidenza che l'errore diagnostico e la nascita (forse) indesiderata del bambino avranno delle conseguenze dannose non solo sulla salute della madre, ma sull'esistenza di entrambi i genitori. Incerti appaiono, peraltro, i confini del concetto di danno riflesso¹⁸ in rapporto al principio di cui all'art. 1223 c.c. che sancisce, come noto, la risarcibilità dei soli danni che siano una conseguenza immediata e diretta dell'inadempimento.

A nostro avviso, la sentenza in esame merita particolare attenzione laddove si legge che il padre rientra tra *i soggetti protetti dal contratto* ed in confronto del quale la prestazione del medico è dovuta; con la conseguenza che l'inadempimento del medico si presenta tale anche verso il padre, che parrebbe aver diritto al risarcimento del danno in forza di una autonoma azione *ex contractu*¹⁹.

Il contratto con effetti protettivi a favore del terzo è una figura di derivazione tedesca (*Verträge mit Schutzwirkung für Dritte*)²⁰, o almeno così generalmente si

¹⁵ Quali si desumono sia dalla legge 194 del 1978 sia dalla Costituzione e dal Codice civile quanto ai rapporti tra coniugi ed agli obblighi dei genitori verso i figli.

¹⁶ V. CARBONE, *La responsabilità del medico ospedaliero come responsabilità da contratto*, nota a Cass., 22 gennaio 1999, n. 589, in *Danno e responsabilità*, 1999, 294 ss.

¹⁷ Cass., 10 maggio 2002, n. 6735, in *Guida al Diritto*, 2002, 32, con nota di RODOLFI.

¹⁸ Si tratta, ad esempio, del risarcimento del danno in favore dei parenti di chi rimane vittima di un infortunio: in particolare, il S.C. ha ammesso la risarcibilità del danno economico subito dalla moglie dell'infortunato, che era stata costretta a lasciare il lavoro per accudire il marito travolto da un'autovettura (Cass., 2 febbraio 2001, n. 1516).

¹⁹ A. R. VENNERI, *Diritto del nascituro a nascere sano, obbligo di prestazione del medico e sua responsabilità contrattuale*, in *Rass. Dir. Civ.*, 1995, II, 909-927.

²⁰ Il principale teorico del concetto dell'obbligo di protezione è HEINRICH STOLL, *Abschied von der Lehre von der positiven Vertragsverletzung*, in *Arch. Civ. Pr.*, 136, 1932, 257 ss. In tempi più recenti: H. STOLL, *Il contratto e i terzi*, a cura di S. PATTI, *Annuario del diritto tedesco*, 1999, cit., 17.

ritiene, in cui a fianco dell'obbligazione principale, esiste un'obbligazione accessoria a favore del terzo, del tutto autonoma ed indipendente dalla prima, in forza della quale egli può agire direttamente verso il debitore, facendo valere una responsabilità di tipo contrattuale pur senza avere stipulato con il medesimo alcun contratto²¹.

Si tratta di una prospettiva avvincente che esula, tra l'altro, dalla concezione romanistica, che limita il contenuto del rapporto obbligatorio entro i confini della prestazione dovuta dal debitore. In base a questa teoria, l'obbligazione coincide con "l'idea di un rapporto complesso, all'interno del quale l'obbligo di prestazione è solo il nucleo fondamentale di una struttura integrata da una serie di situazioni soggettive ad esso funzionalmente connesse"²²; fra questi obblighi accessori emergono i doveri di protezione e gli obblighi di conservazione imposti alle parti del rapporto contrattuale per la tutela della persona e del patrimonio²³. Tali doveri di protezione (Schutzpflichten) si ricavano da una integrazione del rapporto contrattuale condotta *in primis* alla stregua del principio di buona fede e di correttezza²⁴.

In conseguenza di ciò, quella che tra i soggetti non legati da un rapporto obbligatorio sarebbe un'ipotesi di responsabilità extracontrattuale muta natura e configurandosi come violazione di un obbligo si converte in responsabilità contrattuale, con il relativo regime giuridico che avvantaggia il danneggiato sul piano dell'onere della prova e della prescrizione (artt. 1218 c.c. e 2946 c.c.).

Ora, il punto è come individuare quali altre sfere soggettive, oltre a quella del debitore e del creditore, possono essere giuridicamente implicate nell'attuazione del rapporto e quindi tutelate in via contrattuale: in particolare, è necessario circoscrivere le figure protette *ex contractu* rispetto alla generalità degli estranei al rapporto contrattuale, pena l'arbitraria eliminazione della differenza normativa tra la responsabilità contrattuale e quella extra-contrattuale. A tale riguardo, è evidente che il destinatario dell'effetto di tutela non può essere un qualunque terzo, ma solo un determinato soggetto, solitamente legato al

²¹ C. CASTRONOVO, *Obblighi di protezione e tutela del terzo*, (scritto destinato agli studi in onore di Giorgio Ballardore Pallieri) in *Jus*, 1976, 123 ss.

²² Il pensiero è di C. CASTRONOVO, *op. cit.*, 124.

²³ Su questo tema, vedi: MICHELE GRAZIADEI, *I terzi e gli effetti contrattuali: una prima riflessione comparativa*, in *Gli effetti del contratto a favore di terzi nella prospettiva storico-comparatistica*, a cura di L. VACCA, Torino, 1999, 151 ss. e AA.VV., *Gli effetti del contratto nei confronti dei terzi*, a cura di G. ALPA, A. FUSARO, M. DASSIO, A. SOMMA, F. TORIELLO, Milano, 2000.

²⁴ A. DI MAJO, *I terzi e gli effetti contrattuali: una prima riflessione comparativa*, in *Gli effetti del contratto a favore di terzi nella prospettiva storico-comparatistica*, a cura di L. VACCA, Torino, 1999, 109 ss.

creditore principale da un vincolo di parentela o, comunque, da un legame di simile intensità; solo a costui si riconosce una “tutela più intensa di quella propria della generalità dei terzi e ipotizzabile come contrattualmente rilevante”²⁵. In tale direzione si è mossa la giurisprudenza tedesca che ha esplicitamente ammesso la tutela contrattuale a favore dei soggetti legati a una delle parti da un rapporto di parentela, di convivenza e di lavoro che li metta nella stessa situazione di contatto con l’altra parte dalla quale derivi il danno²⁶. Più restie sono state, almeno inizialmente, la giurisprudenza e la dottrina italiane²⁷, scarsamente sollecitate dal dato normativo ad ampliare l’ambito di vigenza della responsabilità contrattuale: nel dare esecuzione ad interessi diversi da quelli delle parti del contratto, è infatti inevitabile il confronto, da una parte, con il dogma dell’autonomia privata (1372, comma 2, c.c.)²⁸ e, dall’altra parte, con la figura del contratto a favore di terzo²⁹. In altri termini, si tratta di derogare al disposto di cui all’art. 1372, comma 2, c.c. o, in alternativa, di far rientrare, in una qualche misura, la figura qui in esame nell’ambito del contratto a favore di terzo o meglio *di terzi* (*i.e.* il padre ed il figlio), posto che il beneficiario della prestazione professionale del medico è principalmente il nascituro (artt. 1411, 1412 e 1413 c.c.)³⁰. Nascituro che difficilmente potrebbe assumere la posizione di creditore di una serie di prestazioni verso il medico, essendo privo della capacità giuridica conseguente alla nascita (art. 1 c.c.); una certa dottrina ha anche cercato di superare questo *impasse*, sostenendo che l’obbligazione in questione andrebbe articolata nel tempo, consistendo di una pluralità di prestazioni (alcune rese durante la gestazione, altre dopo la nascita), tutte riconducibili sotto una prestazione unitaria, in virtù della quale il neonato avrebbe il diritto di agire anche per gli inadempimenti pregressi³¹. La tesi è suggestiva, ma conduce ad una equiparazione *a priori* della posizione del soggetto nato con quella del nascituro, assunto che non trova riscontro nel nostro sistema, soprattutto alla luce del disposto dell’art. 1 c.c.

²⁵ C. CASTRONOVO, *op. cit.*, 154.

²⁶ La giurisprudenza tedesca è citata in MICHELE GRAZIADEI, *op. cit.*, 151 ss. Il volume in questione contiene numerosi riferimenti comparatistici sugli effetti del contratto nei confronti dei terzi.

²⁷ BIANCA, *Dell’inadempimento delle obbligazioni*, in *Commentario al cod. civ.*, a cura di A. SCIALOJA e G. BRANCA, Bologna-Roma, 1967, 35 ss.

²⁸ ANSON, *Law of Contract*, Oxford, 1979, 412: “...the general rule of common law is that no one but the parties to a contract can be bound by it, or entitled under it”.

²⁹ Per un approfondimento: MICHELE GRAZIADEI, *op. cit.*, 151 ss.

³⁰ U. MAJELLO, *Il contratto a favore del terzo*, in *Digesto Priv.*, Torino, IV, 1989, 235-250.

³¹ V. ZENO ZENCOVICH, *Il danno al nascituro*, *op. cit.*, 698.

In ogni caso, la teoria del contratto con effetti protettivi verso i terzi è stata accolta dai giudici di legittimità dapprima nel 1993³² ed ora nella decisione annotata, dove il S.C. ha confermato la validità della liquidazione equitativa del danno dei coniugi effettuata dalla Corte di appello: si riconosce ai genitori un danno di natura patrimoniale consistente nelle spese mediche già sopportate e che dovranno essere sopportate in futuro e nella necessità di costante cura del neonato totalmente invalido, a cui si aggiunge il danno (sempre economico) conseguente alla limitazione del tempo da dedicare all'attività professionale ed alla vita di relazione a causa della necessità di accudire il figlio. Sugli aspetti non patrimoniali, viene riconosciuto il danno relativo agli effetti non patrimoniali della diminuita vita di relazione dei coniugi, nonché il danno biologico legato al trauma subito dai genitori per essersi trovati psicologicamente impreparati alla realtà di un figlio menomato. Il tutto liquidato nella complessiva somma di 700 milioni di vecchie lire, cifra che, come inspiegabilmente asserito dal Supremo Collegio, equivale al valore di due appartamenti di non grandi dimensioni, il cui reddito dovrebbe valere a compensare i genitori del grave danno subito.

Ciò detto, se il contratto tra la madre ed il medico ha degli effetti protettivi verso i terzi, come escludere il bambino dal novero dei terzi protetti? Si può affermare un diritto dei genitori ad essere risarciti per poi negarlo proprio a chi il danno ha subito direttamente?

I giudici di legittimità, non essendo stati chiamati a rispondere sul punto, evitano qualsivoglia riferimento sulla possibilità per lo stesso bambino danneggiato di chiedere il risarcimento del danno per la propria vita menomata, frutto, in qualche misura, degli errori del medico che avrebbero impedito alla madre di porre (eventualmente) fine alla gravidanza.

Eppure la questione resta, per così dire, sottesa all'intera vicenda, che richiama inevitabilmente alla mente dell'interprete l'ormai celebre *arrêt Perruche* del 28 novembre 2001, spesso indicato come il *leading case* in materia di nascita indesiderata o *wrongful life*³³.

L'*Assemblée plénière* della *Cour de cassation* si è trovata a giudicare la vicenda della gravissima ed invalidante malattia di un bambino, Nicolas, che, all'età di diciassette anni, si vede infine riconoscere il diritto ad un significativo

³² Cass., 22 novembre 1993, n. 11503, nota di A.R. VENNARI, in *Rass. Dir. Civ.*, 1995, II, 909-927. La sentenza è anche citata in AA.VV., *Gli effetti del contratto nei confronti dei terzi*, a cura di G. ALPA, A. FUSARO, M. DASSIO, A. SOMMA, F. TORIELLO, Milano, 2000, 82 ss.

³³ Un buon punto di partenza in materia è costituito dall'apparato di note dell'articolo di G. ANDEZATI, *Dalla disgrazia al danno: come risarcire chi nasce con l'handicap? L'arte di giudicare della Cassazione francese nell'"Affaire Perruche"*, in *Dalla disgrazia al danno (L'alambicco del comparatista)*, a cura di A. BRAUN, Milano, 2002, 369-390.

risarcimento verso il medico reo di non avere correttamente informato la madre circa gli esiti clinici e quindi, in qualche misura, responsabile del mancato aborto da parte della medesima³⁴. La decisione francese ha statuito che: “quando gli errori commessi da un medico e dal laboratorio in esecuzione del contratto concluso con una donna incinta impedirono a quest’ultima di esercitare la propria scelta di interruzione della gravidanza, al fine di evitare la nascita di un bambino handicappato, questi può domandare il risarcimento del danno consistente nel proprio handicap causato dai predetti errori”³⁵. La corte parigina ha poi liquidato, in data 29 marzo 2002, il danno sofferto dalla famiglia Perruche nella somma di 300.000 franchi francesi per i genitori e nella somma di 100.000 franchi francesi per la sorella.

L'affaire Perruche si è tuttavia concluso con un provvedimento legislativo: la Loi n. 303 del 4 marzo 2002³⁶ (*Loi relative aux droit de malades et à la qualité du système de santé*). Detta legge, che ha superato il vaglio del *Conseil d'Etat* nel 6 dicembre 2002³⁷, prevede espressamente che: "Nul ne peut se prévaloir d'un préjudice du seul fait de sa naissance. La personne née avec un handicap dû à une faute médicale peut obtenir la réparation de son préjudice lorsque l'acte fautif a provoqué directement le handicap ou l'a aggravé, ou n'a pas permis de prendre les mesures susceptibles de l'atténuer. Lorsque la responsabilité d'un professionnel ou d'un établissement de santé est engagée vis-à-vis des parents d'un enfant né avec un handicap non décelé pendant la grossesse à la suite d'une faute caractérisée, les parents peuvent demander une indemnité au titre de leur seul préjudice (...)"³⁸.

Si tratta di un compromesso che, oltre ad escludere il "danno per essere nato" del bambino, riconosce il diritto al risarcimento del danno di entrambi i genitori ed, allo stesso tempo, ne limita la portata, sancendo che: "(...) ce préjudice ne saurait inclure les charges particulières découlant, tout au long de la vie de l'enfant, de ce handicap. La compensation de ce dernier relève de la solidarité nationale". Inutile dire che le polemiche in merito alla soluzione fissata nel testo legislativo sono, tuttora, aperte e vivaci, come testimoniano i molteplici articoli in materia rinvenibili su *Le Monde*³⁹.

³⁴ M. FABRE-MAGNAN, *Avortement et responsabilité médicale*, in *RTD civ.*, 2001, 285 ss.

³⁵ La massima è di G. ADEZATI, *op. cit.*, 373 ss.

³⁶ La Loi n. 303 del 2002 del 4 marzo 2002, relativa ai diritti dei malati ed alla qualità del sistema sanitario, ed il quadro dei documenti relativi a tutta la vicenda in esame sono facilmente reperibili nel sito Internet: www.genethique.org (dossier *Perruche*).

³⁷ La decisione del *Conseil d'Etat* è reperibile nel sito Internet indicato nella nota precedente.

³⁸ Vedi la nota 36.

³⁹ Il sistema più rapido per reperire tali materiali consiste nell'accedere al sito del giornale: www.lemonde.fr.

E' interessante notare che la *Cour de cassation* inquadra la propria decisione a favore del neonato handicappato sull'applicazione delle regole in materia di responsabilità extra-contrattuale (artt. 1165 e 1328 c.c. fr.), confermando la giurisprudenza secondo la quale: "le débiteur en vertu d'un contrat qui n'exécute pas son obligation et qui cause ainsi un préjudice à tiers engage sa responsabilité délictuelle à l'égard de ce dernier qui n'a pas été partie au contrat". Secondo tale interpretazione, se è vero che il medico è vincolato ad una responsabilità contrattuale, che lo trova inadempiente e lo obbliga al risarcimento, è anche vero che ciò vale per il suo contraente, la madre. Il figlio resta estraneo al contratto, rivestendo il ruolo di terzo danneggiato e, pertanto, le regole sulla responsabilità contrattuale non sono ritenute applicabili alle pretese da quest'ultimo vantate.

La decisione dell'*Assemblée plénière* costituisce invero un *revirement* rispetto alla sentenze precedentemente rese sulla questione dalla Prima camera civile della stessa *Cour de cassation* (decisione resa il 26 marzo 1996) e dalla corte di appello parigina, dove la responsabilità del medico verso il neonato veniva inquadrata nell'ambito della responsabilità contrattuale, assumendo che la madre, nel concludere il contratto con il medico, avesse agito non solamente per se stessa, ma anche, per il nascituro, in qualità di suo rappresentante (si legge: *pour l'enfant dont elle était enceinte en le représentant*); questa prospettiva, per quanto interessante, è stata, tuttavia, abbandonata in Francia ed ignorata nella sentenza qui annotata.

In teoria, il bambino danneggiato ben avrebbe potuto avvalersi degli obblighi di protezione discendenti dal contratto stipulato tra la madre ed il medico; del resto, nell'ordinamento francese, il principio della relatività, per cui il contratto può essere fonte di obbligazioni esclusivamente per le parti contraenti, conosce diverse eccezioni⁴⁰, compresa la dottrina dell'*obligation de sécurité* di matrice contrattuale⁴¹.

Questa possibilità è ben evidenziata dall'accoglimento da parte della Corte di cassazione della teoria del contratto con effetti protettivi verso i terzi; ed è lecito domandarsi se i giudici italiani sarebbero stati più propensi ad inquadrare le (eventuali) pretese del bambino handicappato nell'alveo della responsabilità *ex contractu* piuttosto che in quello della responsabilità civile: il riconoscimento degli effetti protettivi del contratto verso il padre del nascituro induce a ritenere "aperta" e forse possibile, con gli opportuni aggiustamenti, l'estensione di tali effetti anche verso il bambino danneggiato.

⁴⁰ M. DASSIO, *Gli effetti del contratto nei confronti dei terzi*, a cura di G. ALPA, A. FUSARO, M. DASSIO, A. SOMMA, F. TORIELLO, Milano, 2000, 94.

⁴¹ MICHELE GRAZIADEI, *op. cit.*, 160.

A nostro avviso, la sentenza *Perruche* presenta poi una ulteriore e più rilevante analogia di fondo con il caso qui annotato: entrambe le decisioni sembrano rifarsi alla cosiddetta giustizia materiale, o meglio, alla giustizia etica, morale⁴² e dotata di un fondamento antropologico⁴³. Per dirla con il giudice americano Cardozo⁴⁴: il giudice è un prodotto del suo tempo, in quanto vive in un'epoca ed in una società determinate; lo scopo dell'obiettività al medesimo richiesta dalla legge e quindi dalla stessa società non è certo il suo isolamento, ma la possibilità di formulare adeguatamente i principi fondamentali del mondo in cui vive⁴⁵. In questo senso, il giudice svolge un ruolo importante nell'esprimere l'interesse ed il comune sentire della collettività⁴⁶.

Ora, la soluzione adottata dai giudici italiani in relazione alla risarcibilità del danno paterno è strettamente legata ad un principio di giustizia materiale: nel nostro ordinamento, l'estensione degli effetti protettivi del contratto sui terzi è concettualmente fondata, in generale, sulla clausola di buona fede e, nel caso in esame, sull'ampio tessuto (costituzionale e codicistico) dei diritti e dei doveri incentrati dal nostro ordinamento sulla procreazione. Dal principio di buona fede discende, del resto, la responsabilità contrattuale *a favore di terzi*: in altri termini, se nell'attuazione di un rapporto obbligatorio viene leso un diritto in modo che ne debba seguire un risarcimento, è giusto far gravare sul danneggiante – rispettando il principio di adeguatezza e di prevedibilità – i relativi effetti sanzionatori, quale che sia il soggetto che ha effettivamente subito il danno.

Analogamente, la decisione del caso *Perruche* presenta una forte tensione verso la giustizia sostanziale: in altre parole, la vicenda francese insegna come “le droit se nourrit aussi d'anthropologie”, laddove i giudici e gli operatori del diritto cercano dei punti di contatto importanti tra la natura umana e la tecnica giuridica, talvolta mettendo in secondo piano l'oggettività ed il ragionamento tecnico-giuridico⁴⁷. Del resto, il riconoscimento del danno ai soli genitori non significa, in un certo qual modo, negare la sofferenza del neonato, la sua dignità umana e giuridica?: ecco il principio etico-antropologico che sostiene, forse

⁴² P. Y. GAUTIER, *Les distances du juge, à propos d'un débat éthique sur la responsabilité civile*, nota a Cass. Ass. Plén., 17 novembre 2000, in *Sem. Jur.*, 2001, I, 287 ss.

⁴³ B. MARKESINIS, *Réflexions d'un comparatiste anglais sue et à partir de l'arrêt Perruche*, in *RTD civ.*, 2001, 77 ss.; P. KAYSER, *Un arrêt de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation sans fondement juridique*, in *Rec. Dall.*, 2001, 1889.

⁴⁴ La frase è citata in A. BARAK, *La discrezionalità del giudice*, tradotto nella collana giuristi stranieri di oggi, Milano, 1995.

⁴⁵ A. BARAK, *op. cit.*, nota precedente.

⁴⁶ G. ALPA, *L'arte di giudicare*, Roma-Bari, 1996.

⁴⁷ P. Y. GAUTIER, *op. cit.*, 289 ss.

inconsiamente, l'argomentazione dei giudici francesi a favore della risarcibilità del danno occorso al bambino handicappato e, più limitatamente, quella dei magistrati italiani volta ad estendere gli effetti protettivi del contratto al padre del neonato handicappato.

Si pensi alle difficoltà incontrate dalla *Cour de cassation* nel seguire l'impostazione accolta: ci si riferisce, in particolare, alle questioni del nesso causale, del danno e della causa del medesimo, sulle quali si sono abbattute le principali critiche della dottrina. Particolarmente fondate appaiono le perplessità relative al nesso causale, quando si sottolinea come l'omissione della diagnosi da parte del medico non costituisce una causa del danno dell'handicap, ma bensì della sola mancata libertà di scelta della madre. Ed ancora, appare alquanto difficile da sostenere la presunzione assoluta per cui la madre avrebbe certamente provveduto ad interrompere la gravidanza se avesse saputo dell'handicap del figlio. Alla stregua di opinioni di simile tenore, è abbastanza diffusa nella dottrina francese l'idea che la sentenza sia viziata sul piano della causazione⁴⁸.

Non meno problematica appare la ricostruzione del danno sofferto per la nascita indesiderata: non essendovi un rapporto di causalità tra la negligenza del medico e l'handicap, il danno non potrebbe risultare dalla comparazione tra la vita normale e quella segnata dalla malattia: il bambino potrebbe lamentare solo il danno legato alla sua stessa nascita, che però, implicando una comparazione tra la vita da disabile e l'inesistenza, è difficilmente configurabile.

Così, in *Gleitman v. Cosgrove*, un giudice inglese, chiamato a decidere su un caso di *wrongful life*, ha rigettato l'azione in questione, sostenendo l'assoluta impossibilità di quantificare una simile ipotesi di danno; altri ritengono invece che la determinazione del pregiudizio che risulta dalla nascita di un bambino handicappato sia un "esercizio profetico" (*Emerson v. Magendantz*)⁴⁹.

Dello stesso tenore, le riflessioni di taluni autori francesi che sottolineano *la perversion du concept de dommage* relativamente alle fattispecie di nascita indesiderata⁵⁰: qui il danno è, in un certo senso, legato alla stessa vita del bambino e l'assenza di danno alla sua morte.

Secondo la chiave di lettura qui accolta, la *Cour de cassation* ha dunque optato per dei valori ritenuti superiori al rispetto formale delle regole di causalità e di quelle relative alla determinazione del danno attraverso una invenzione della giurisprudenza volta a colmare il vuoto normativo allora presente in materia.

⁴⁸ Vedi quanto riportato da F. CHABAS, in *Sem. Jur.*, 2000, 50, 2310.

⁴⁹ B. MARKESINIS, *op. cit.*, .80 ss.

⁵⁰ G. MEMETEAU, *L'action de vie dommageable*, in *Sem. Jur.*, 2000, I, 2275 ss.

In tal senso si è espressa anche la dottrina francese, che, in qualche caso, ha sottolineato come, nonostante le difficoltà normative e la contrarietà dell'*avocat général* M. Sainte-Rose, il Supremo Collegio francese "avait rendu un arrêt inspiré par l'équité"⁵¹. Orbene, il termine "equità" è solitamente impiegato in due fondamentali accezioni: *in primis*, esso indica, conformemente alla sua etimologia latina: *aequus*, una giustizia basata sull'eguaglianza; in questo caso, il termine non acquista un significato particolare ed appare come un sinonimo della stessa parola giustizia. Diversamente, l'equità ha anche un significato tecnico-giuridico, quando essa indica una attenuazione e/o una modificazione apportata al diritto ed alla legge in virtù di speciali circostanze: in tal senso, essa costituisce una *modération raisonnable dans l'applications du droit*.⁵²

Nel caso *Perruche*, non si tratta, tuttavia, di equità, ma di un diritto intriso di una certa morale, dove l'enfasi verso il valore della vita ed il diritto di scelta sulla stessa e sulla sua qualità, che si è tradotta nella risarcibilità del danno del bambino handicappato, induce, purtuttavia, delle pericolose prospettive di eugenetica e, soprattutto, apre ad una serie di domande senza risposta⁵³: ad esempio, il figlio potrebbe agire contro i genitori per non aver scelto di impedire la sua nascita? Ed ancora, il medesimo rispetto per la "qualità della vita" non avrebbe dovuto indurre i giudici ad agire in senso opposto e cioè a negare il danno: non forse è immorale indennizzare il pregiudizio consistente nella vita con handicap, quando la vita, seppure menomata, ha permesso di evitare la morte?

I limiti di una politica giudiziaria fondata su una certa prospettiva morale emergono se solo si consideri la relatività dei concetti morali in termini di spazio, tempo e luogo⁵⁴; ad esempio, nel caso qui in esame: se una bassa qualità di vita a causa di un handicap o di una malattia è per la tradizione cristiana comunque preferibile alla morte, tale affermazione non trova invece riscontro in una parte rilevante della tradizione giuridica occidentale⁵⁵. Il punto è ben espresso dallo stesso *avocat général* M. Sainte-Rose: "la vie meme malheureuse n'est-elle pas toujours préférable au néant?"⁵⁶. Un insolubile dilemma per la giustizia etica⁵⁷.

⁵¹ P. KAYSER, *op. cit.*, 1890 ss.

⁵² Vocabulaire juridique de l'Association Henri Capitant, VI edizione, a cura di G. CORNU.

⁵³ L'espressione deriva dal titolo di un libro di CARLOS SANTIAGO NINO, *Diritto come morale applicata*, Milano, 1999.

⁵⁴ CARLOS SANTIAGO NINO, *op. cit.*, nota precedente.

⁵⁵ A tale riguardo, vedi: B. MARKESINIS, *op. cit.*, 85.

⁵⁶ G. ADEZATI, *op. cit.*, 380 ss.

⁵⁷ G. ALPA, *I sentimenti e il diritto*, in *Nuova Giur. Comm.*, 1995, 356 ss.