

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 28/09/2015

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/37390-gli-scenari-futuri-relativi-al-risarcimento-del-danno-c-d-da-nascita-indesiderata-suprema-corte-di-cassazione-sez-iii-civile-ordinanza-interlocutoria-n-3569-15-depositata-il-23-febbraio>

Autore: Iannone Paolo

**“Gli scenari futuri relativi al risarcimento del danno c.d. da nascita indesiderata, Suprema Corte di Cassazione, sez. III Civile, ordinanza interlocutoria n. 3569/15; depositata il 23 febbraio”**

**“Gli scenari futuri relativi al risarcimento del danno c.d. da nascita indesiderata, Suprema Corte di Cassazione, sez. III Civile, ordinanza interlocutoria n. 3569/15; depositata il 23 febbraio”**

---

## **1. Il decism**

*La terza sezione della Suprema Corte di Cassazione rimette al vaglio delle Sezioni Unite due questioni di legittimità relativi al risarcimento del danno c.d. da nascita indesiderata: l'onere probatorio del danno e la legittimazione del nato malformato alla richiesta risarcitoria.*

## **2. Il diritto a non nascere se non sano**

*Una delle fattispecie più controverse della responsabilità medica<sup>1</sup> attiene alla fase diagnostica, infatti, l'errore medico nella conduzione dell'attività diagnostica, con la conseguente omissione delle corrette informazioni determina una lesione del diritto all'autodeterminazione.*

*Nel rapporto del professionista con il paziente vi sono due obblighi fondamentali: il medico deve sempre informare il paziente sul suo stato di salute e deve eseguire la propria professione nel rispetto della deontologia adottando la diligenza professionale richiesta nella prestazione intellettuale.*

*Il punto centrale della nostra analisi deve focalizzarsi sull'ultimo baluardo possibile di esclusione della responsabilità invocata da parte del medico che è quella del richiamo del concetto del diritto al non nascere se non sani.*

*Il diritto a non nascere per gravi malformazioni fetali non è forse un interesse meritevole di tutela?*

*Un clamoroso caso giurisprudenziale che ha appassionato, oltre che diviso i giuristi francesi e non solo, riguarda la decisione della Cour de Cassation che, in Assemblée plénière (arrêt Perruche<sup>2</sup>) ha ammesso il diritto al risarcimento del danno subito, con la nascita, da un bambino affetto da gravi malformazioni dovute al contagio della rosolia contratta dalla madre durante la gravidanza, ove i medici, colposamente, avevano mancato di diagnosticare.*

*All'indomani della pronuncia della Cour de Cassation le prime impressioni negative si sono incentrate sull'approccio adottato dai giudici d'Oltralpe, apparso disponibile al sacrificio degli schemi canonici che regolano la disciplina dell'illecito civile pur di offrire riparazione al piccolo Nicholas.*

*Sotto il profilo giuridico sostanziale ciò che desta le maggiori preoccupazioni è la riparazione di un danno in assenza di nesso eziologico. Il nesso causale è elemento che ovviamente non può mancare nei giudizi di responsabilità.*

---

<sup>1</sup>Sulla responsabilità civile da malpractice medica, nell'ampio panorama dei contributi esistenti cfr.: ROSSETTI, Responsabilità medica – le fattispecie di danno e il consenso informato, Milano, 2012, 12; NASO, La responsabilità civile del medico e i danni risarcibili, Padova, 2012, 1; FERRANDO, MARIOTTI, SERPETTI, La responsabilità medica, Milano 2010, 1.

<sup>2</sup>I fatti risalgono al 1982. La signora Josette Perruche, ai primi mesi di gravidanza, si rivolge al proprio medico curante per la verifica di un eventuale contagio da rosolia, malattia di cui in quel periodo soffre la propria figlia. Consapevole dei rischi che questa patologia comporta per il feto, la signora Perruche avverte a chiare lettere il medico della sua intenzione di abortire in caso di esito positivo. L'esito del laboratorio d'analisi è però negativo e il medico curante rassicura la gestante: non ci sono pericoli e la gravidanza può essere portata a termine normalmente. Ma le gravi patologie che il piccolo Nicolas manifesta quasi subito dopo la nascita (sordità, retinopatia, cardiopatia e problemi neurologici) dimostrano l'inesattezza della diagnosi. I coniugi Perruche decidono di agire in giudizio proponendo due domande di risarcimento: la prima in nome proprio, la seconda in rappresentanza del figlio. In entrambi i casi, individuavano nella negligenza professionale dei medici la causa diretta di una nascita che aveva condotto loro ad avere un figlio gravemente handicappato e Nicholas a condurre un'esistenza sofferente. Sul sistema francese e, in particolare, sull'affaire Perruche, si confrontino P. Y. GAUTIER, Les distances du juge à propos d'un débat éthique sur la responsabilité civile, in JPC, 2001, I, p. 287; LABROUSSE-RIOU e B. MATHIEU, La vie humaine peut-elle un préjudice?, in Dalloz, 2000, Point de vue, III; C. PONCIBÒ, La nascita indesiderata fra Italia e Francia, in Giur. it., 2003, p. 886.

*Il medico nell'interpretare erroneamente gli esami diagnostici omette di rilevare la patologia, ma non cagiona la malformazione e, quindi, se si vuole a tutti i costi cercare una responsabilità diretta di qualcuno verso il concepito si dovrebbe citare dinanzi all'autorità preconstituita la natura crudele.*

*In Italia tra i primi casi di azioni per wrongful life si segnalano tre pronunce di merito, in cui i giudici escludono la configurabilità del diritto dedotto facendo leva sulla carenza di legittimazione del figlio ad agire in giudizio ed, in un solo caso, entrando nel merito e riconoscendo l'assenza di un nesso di causalità tra l'operato (inadempiente del medico in ordine all'omessa diagnosi di malformazioni) e il bambino nato malformato<sup>3</sup>.*

*I principi espressi dalla giurisprudenza di legittimità in una pronuncia del 2004<sup>4</sup> poi confermata dalla Suprema Corte nel 2006<sup>5</sup> hanno ampiamente ribadito che non esiste nel nostro ordinamento un «diritto a non nascere se non sano». Nell'alternativa fra il nascere ed il nascere malati, la seconda eventualità non può dunque essere considerata dall'ordinamento come fatto lesivo.*

*In tale prospettiva un non nato non può essere titolare di diritti e, pertanto, il «diritto a non nascere» sarebbe un diritto adespota per la mancata esistenza del suo titolare anche nell'ipotesi in cui il medesimo diritto venga esercitato<sup>6</sup>.*

*In conclusione, quale argomentazione favorevole per il professionista, la nascita di un bambino malformato non deve di per sé equivalere ad un riconoscimento automatico di responsabilità, specie ove il medico abbia diagnosticato quanto doveva secondo le linee guida e i protocolli seguiti dalla prassi e dalla comunità scientifica.*

*Diversa la questione del diritto a nascere sano del concepito.*

*Nelle ipotesi, infatti, in cui il nascituro era sano e la malformazione è addebitabile sotto il profilo eziologico ad una condotta diretta del sanitario (a titolo esemplificativo si pensi alla somministrazione errata di farmaci in corso di gravidanza) non vi sono dubbi non solo sull'imputabilità della responsabilità in capo al professionista, ma anche sulla legittimazione attiva ad agire della madre e del figlio. L'ordinamento nella sua unitarietà riconosce il nascituro dotato di autonoma soggettività giuridica, in quanto portatore di alcuni interessi personali. Rispetto a questi interessi l'avverarsi della condicio iuris della nascita, di cui all'articolo 1 del codice civile, non può costituire un limite per la protezione degli interessi dell'individuo.*

*Fatta eccezione per le ipotesi di cui agli articoli 462,784 e 254 del codice civile, dunque, il lieto evento della nascita si pone come limite all'acquisto della capacità in senso stretto riflettendosi sull'esercizio dei diritti, ma non sulla loro titolarità.*

*Tutela della vita nascente e soggettività del concepito nella legalità costituzionale sono il binomio che rispecchia l'idea di un ordinamento che pone al centro la persona.*

*Pertanto, eventuali lesioni verificatesi prima della nascita, quale conseguenza di attività diretta (etiologicamente) riconducibile al medico e concretizzatesi dopo di questa legittimano la risarcibilità di danni subiti nella vita pre-natale<sup>7</sup>.*

<sup>3</sup>Trib. Roma, 13 dicembre 1994, in Dir. fam. persone, 1995, p. 663; App. Torino, 27 giugno 1995 (inedita); Trib. Perugia, 7 settembre 1998, in Foro it., 1999, I, c. 1804.

<sup>4</sup>Cass. 29 luglio 2004 n. 14488, in questa Rivista, 2005, I, 121, con nota di GIACOBBE E., Wrongful life e problematiche connesse; in Corr. giur., 2004, 1431, con nota di LISERRE, Mancata interruzione della gravidanza e danno da procreazione; in Fam. dir., 2004, 559, con nota di FACCI, Wrongfull life: a chi spetta il risarcimento del danno?; in Diritto e giustizia, 2004, n. 33, p. 12, con nota di ROSSETTI, Le malformazioni congenite non sono danno risarcibile; in Foro it., 2004, I, 3327, con nota di BITETTO, Il diritto a «nascere sani»; in Danno resp., 2005, 379, con nota di FEOLA, Essere o non essere: la Corte di cassazione e il danno prenatale; in Resp. civ. prev., 2004, 1348, con nota di GORGONI, La nascita va accettata senza «beneficio d'inventario»?

<sup>5</sup>Cass. 14 luglio 2006 n. 16123, in Giur. it., 2007, 1921, con nota di LUBELLI, Brevi note sul diritto a non nascere; in Corr. giur., 2006, 1691, con nota di LISERRE, Ancora in tema di mancata interruzione della gravidanza e danno da procreazione; in Diritto e giustizia, 2006, 14, con nota di FUSCO, No al diritto a «non nascere se non sani». Malformazione del feto: l'omessa informazione ai genitori; in Resp. civ. prev., 2007, II, 56, con nota di GORGONI, Responsabilità per omessa informazione delle malformazioni fetali.

<sup>6</sup>Cass., 21 giugno 2004, n. 14488, in Dir. e giust., 2005, 13, 24, con nota di C. ROSSETTI.

### 3. L'accertamento del nesso causale

*Nei giudizi di responsabilità l'accertamento del nesso di causa è ineludibile, pertanto, la storica sentenza Franzese cerca di consegnare agli occhi dell'interprete una chiave di volta unica su di un rapporto eziologico basato sulla certezza della legge scientifica anziché probabilistica, c.d. "more likely that not", ovvero "più probabile che non".*

*Per quanto concernono le regole di accertamento del nesso di causa, quest'ultime variano in ambito civile e penale<sup>8</sup>.*

*La più recente dottrina si è orientata in maniera molto pragmatica, esprimendo fiducia verso la scienza attraverso la ricerca dell'esistenza del nesso di causalità in base alle leggi scientifiche. Una data condotta umana può essere configurata come condizione necessaria di un certo evento solo se essa rientra nel novero di quegli antecedenti che, secondo un modello condiviso dotato di validità scientifica, noto come legge generale di copertura, porta all'evento del tipo di quello verificatosi<sup>9</sup>. Seguendo questo indirizzo è possibile ricondurre la causa dell'evento secondo criteri di certezza assoluta<sup>10</sup>.*

*L'evoluzione giurisprudenziale ha affermato negli anni che il nesso di causalità non può ritenersi sussistente sulla base del solo coefficiente di probabilità statistica, ma deve essere verificato alla stregua di un giudizio di alta probabilità logica, sicché esso è configurabile solo se si accetti che, ipotizzandosi come avvenuta l'azione che sarebbe stata doverosa ed esclusa l'interferenza di decorsi causali alternativi con elevato grado di credibilità razionale, l'evento non avrebbe avuto luogo, ovvero avrebbe avuto luogo in epoca significativamente posteriore o con minore intensità lesiva.*

*Il codice civile italiano è privo di una definizione legislativa di causalità, nonché di coordinate precise sui criteri con cui procedere all'accertamento del rapporto eziologico. Si è prontamente considerato a tal proposito che mentre la causalità penale richiede la dimostrazione a carico dell'accusa che l'evento sia addebitabile alla condotta dell'agente secondo criteri prossimi alla certezza<sup>11</sup>, in ambito civile è possibile un temperamento. Tali norme vanno, dunque, adeguate alla specificità della responsabilità civile, rispetto a quella penale, perché muta la regola probatoria; mentre nel processo penale vige la regola della prova «oltre ogni ragionevole dubbio», al contrario, nel processo civile vige la regola della preponderanza dell'evidenza o del «più probabile che non».*

<sup>7</sup>STANZIONE, Persona fisica. Diritto civile, in E. AUTORINO, P. STANZIONE, Diritto civile e situazioni esistenziali, Torino, 1997, p. 13; sulla configurabilità di una capacità giuridica prenatale, v. P. STANZIONE, in Codice civile annotato a cura di P. PERLINGIERI, Napoli, 1991, I, sub art. 1 c.c., p. 24255; A. VENCHIARUTTI, Incapaci, in Dig. disc. priv., Sez. civ., Torino, 1990, p. 375 ss..

<sup>8</sup>Sul problema giuridico della causalità si vedano le fondamentali ricostruzioni F. ANTOLISEI, Il rapporto di causalità nel diritto penale, Torino, 1934, rist. 1960; F. STELLA, Leggi scientifiche e spiegazione causale nel diritto penale, seconda edizione, Milano, 2000; M. ROMANO, Commentario sistematico del codice penale, Milano, 1987; G. FIANDACA, Causalità (rapporto di), voce Dig. Pen., III, 1988, 455; M. Maiwald, Causalità e diritto penale, Milano, 1999; più in generale: K. POPPER, Logica della scoperta scientifica, Torino, 1970; C. G. HEMPEL, Filosofia delle scienze naturali, Bologna, 1968; P. TRIMARCHI, Causalità e danno, Milano, 1966, 35.

<sup>9</sup>F. MANTOVANI, Diritto penale, Parte generale, Padova, 1997, 173.

<sup>10</sup>La prima pronuncia che attesta l'evoluzione giurisprudenziale dal criterio della certezza a quello della probabilità, riguardante un caso di malpractice medica, risale al 1983, Cass., 7 gennaio 1983, n. 4320, in Foro.it, 1986, II, c. 351.

<sup>11</sup>Sentenza Franzese, Cass. 10 luglio 2002 n. 30328, in Danno e resp., 2003, p. 195, con nota di S. CACACE; in Foro.it 2002, II, c. 601, con nota di O. DI GIOVINE. Tra gli innumerevoli e recenti contributi, v. G. IADECOLA, Colpa medica e causalità omissiva: nuovi criteri di accertamento, in Dir. Pen. E processo, 2003, p. 597, A. MONTAGNI, La responsabilità penale per omissione. Il nesso causale, Padova, 2002, 1; F. STELLA, Etica e razionalità del processo penale nella recente sentenza sulla causalità delle sezioni unite della Suprema Corte di Cassazione, in Riv. it. dir. proc. pen., 2002, p. 767; in generale, sui rapporti tra ragionamento sul nesso di causalità e regole del giudizio, vedi G. CANZIO, Prova scientifica, ragionamento probatorio e libero convincimento del giudice nel processo penale, in Dir. pen. e processo, 2003, 1193.

*Il modello di nesso causale, così come consacrato dalla pronuncia Franzese e correttamente applicato in sede penale dovrebbe già di per sé offrire adeguate garanzie per l'esercente la professione sanitaria.*

*Tra i profili propulsivi nell'evoluzione del settore concernente la responsabilità civile si è notato l'alleggerimento dei parametri di riscontro del nesso causale sempre più orientato a radicarsi verso il "more likely that not", ma tra le finalità perseguite dal legislatore negli ultimi anni, assume un rilievo preminente l'obiettivo di contenere il contenzioso giudiziario e il conseguente fenomeno della c.d. medicina difensiva.*

#### **4. Conclusioni**

*L'ordinanza interlocutoria in commento ha il pregio di porre in risalto l'importanza del nesso causale nell'accertamento della responsabilità, l'onere probatorio del danno e la legittimazione del nato malformato alla richiesta risarcitoria. Il nesso di causa in sede civile risponde a regole ben diverse da quelle che sottendono alla materia penale. La responsabilità civile ruota sul danneggiato ed a maggior ragione la condotta di quest'ultimo può rivelarsi determinante nell'escludere l'addebito imputato al soggetto agente.*

*Per quanto concerne l'onere probatorio non basta accertare che sia stato violato un diritto di scelta a seguito dell'omessa diagnosi, ma è necessario porsi ulteriori interrogativi. Che tipo di esistenza avrebbero condotto i genitori forzati nel futuro, qualora non fosse tolta loro la libertà di scegliere? Cosa significa accudire un bambino nato malformato? E il nato malformato non aveva forse il diritto a non nascere se non sano? Queste sono le domande di base che bisogna porsi. D'altronde il c.d. danno esistenziale rappresenta la lesione di qualsiasi interesse giuridicamente rilevante per la persona e risarcibile nelle sue conseguenze non patrimoniali, pertanto anche se non corrisponde al bene salute o non sia specificamente menzionato dalla Costituzione oppure non abbia quale presupposto una malattia che sconvolga il normale scorrere della quotidianità della vittima. Altro discorso concerne il danno morale, poiché il danno esistenziale non ha nulla a che vedere con le lacrime, le sofferenze, i dolori e i patemi d'animo, in quanto il danno morale rappresenta un "sentire", mentre il danno esistenziale un "non fare" o meglio "non poter più fare" nelle relazioni quotidiane con gli altri.*

*Concludendo, non resta che affidarsi alla giurisprudenza, la quale nella sua costante attività di creazione del diritto dovrà preoccuparsi di costruire un sistema coerente e completo, atto a dare risposte soddisfacenti alle esigenze che nascono in tema di risarcimento del danno c.d. da nascita indesiderata, così da realizzare pienamente quella tutela integrale della persona cui tendono le problematiche sorte negli ultimi anni in questa tanto delicata materia.*

Dott. Paolo Iannone

#### **• NORMATIVA DI RIFERIMENTO •**

Art. 1176, secondo comma, cod. civ.

Art. 1218 cod. civ.

Art. 1227, comma 1 e 2 cod. civ.

Art. 1228 cod. civ.

Art. 2043 cod. civ.

L. 189/2012

#### **• BIBLIOGRAFIA ESSENZIALE •**

##### ARTICOLI

- P. PIERLINGIERI, *Norme costituzionali e rapporti di diritto civile*, in *Rass. Dir. civ.*, 1980;
- M. PENNASILICO, *L'interpretazione dei contratti tra relativismo e assiologia*, in *Rass. Dir. civ.*, 2005
- FACCI, *responsabilità del medico*, in *Responsabilità civile (La)*, 2008, n. 1, UTET, p. 83;
- GALLO, *Responsabilità professionale del medico: prova della causalità e valutazione della colpa derivante da un approccio terapeutico di «minoranza»*, in *Giurisprudenza di merito*, 2008, n. 1, GIUFFRÈ, p. 188;
- VALLINI, *Rifiuto di cure "salvavita" e responsabilità del medico: suggestioni e conferme dalla più recente giurisprudenza*, in *Diritto penale e processo*, 2008, n. 1, IPSOA, p. 68;
- BRUSCO, *La causalità nella responsabilità penale del medico*, in *Danno e responsabilità*, 2007, n. 12, IPSOA, p. 1209;
- VALLINI, *Lasciar morire, lasciarsi morire: delitto del medico o diritto del malato?*, in *Studium Iuris*, 2007, n. 5, CEDAM, p. 539;
- MARSEGLIA, VIOLA, *La responsabilità penale e civile del medico*, 2007, Halley.
- S, CACACE ; in *Foro.it* 2002, II, c. 601;
- O. DI GIOVINE. *Tra gli innumerevoli e recenti contributi*,
- G. IADECOLA, *Colpa medica e causalità omissiva: nuovi criteri di accertamento*, in *Dir. Pen. E processo*, 2003, p. 597,
- A. MONTAGNI, *La responsabilità penale per omissione. Il nesso causale*, Padova, 2002;
- F. STELLA, *Etica e razionalità del processo penale nella recente sentenza sulla causalità delle sezioni unite della Suprema Corte di Cassazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, p. 767; in generale, sui rapporti tra ragionamento sul nesso di causalità e regole del giudizio,
- G. CANZIO, *Prova scientifica, ragionamento probatorio e libero convincimento del giudice nel processo penale*, in *Dir. pen. e processo*, 2003, p. 1193

### MANUALI

- P. PIERLINGIERI, *Istituzioni di diritto civile*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2012;
- P. PIERLINGIERI, *Manuale di diritto civile*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2007;
- M. PENNASILICO, *Contratto e interpretazione. Lineamenti di ermeneutica contrattuale*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2012;
- M. PENNASILICO, *Metodo e valori nell'interpretazione dei contratti*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2011;
- F. VOLPE, *La giustizia contrattuale tra autonomia e mercato*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2004;
- P. FAVIA, *La Responsabilità civile, Parte Quinta, Capitolo XXVII*, 2009, GIUFFRÈ, p. 1803;
- F. BUSONI, *L'onere della prova nella responsabilità del professionista*, Capitolo Primo, 2009, GIUFFRÈ, p. 40;
- F. ANTOLISEI, *Il rapporto di causalità nel diritto penale*, Torino, 1934, rist. 1960;
- F. STELLA, *Leggi scientifiche e spiegazione causale nel diritto penale*, seconda edizione, Milano, 2000; M. Romano, *Commentario sistematico del codice penale*, Milano, 1987;
- G. FIANDACA, *Causalità (rapporto di)*, voce *Dig. Pen.*, III, 1988, p. 455;
- M. MAIWALD, *Causalità e diritto penale*, Milano, 1999; più in generale: K. Popper, *Logica della scoperta scientifica*, Torino, 1970;
- C. G. HEMPEL, *Filosofia delle scienze naturali*, Bologna, 1968; P. Trimarchi, *Causalità e danno*, Milano, 1966, p. 35.
- F. MANTOVANI, *Diritto penale, Parte generale*, Padova, 1997, p. 173

**TRATTATI**

- A. BALDASSARRI, S. BALDASSARRI, *La responsabilità civile del professionista, Tomo II, Parte Sesta, Capitolo XXVIII, 2006, CENDON, p. 1153;*
- P. RESCIGNO, *Trattato di diritto privato, UTET, p. 1.*

**VOCI ENCICLOPEDICHE**

- DIGESTO, *Discipline Privatistiche, F. VOLPE, Il contratto giusto, Sezione Civile, Terzo aggiornamento, UTET, 2007*