



**CASSAZIONE, III SEZ. CIVILE, 4.1.2010, n. 13**

NASCITA INDESIDERATA – *DANNO ESISTENZIALE* – RISARCIMENTO.

Tardiva diagnosi di malformazione fetale – nascita indesiderata di figlio handicappato – diritto alla procreazione cosciente e responsabile – risarcimento del danno ad entrambi i genitori.

**NOTA**  
**di**  
**Caterina Siano**

**Nascita indesiderata e cd. “danno esistenziale” ... un déjà-vu.**

*SOMMARIO: 1. Considerazioni preliminari. – 2. Mancata diagnosi delle malformazioni fetali e responsabilità medica. – 3. Il danno da nascita indesiderata. – 4. Il ritorno del “danno esistenziale”.*

**1. Considerazioni preliminari.**

La pronuncia in epigrafe deriva da un caso di “nascita indesiderata” di figlio affetto da gravi malformazioni non adeguatamente e tempestivamente diagnosticate durante la gravidanza.

Si tratta di una fattispecie dannosa particolarmente delicata perché apre la porta a molteplici considerazioni sul valore della persona in essere (la madre) e della persona in fieri (il nascituro) e, quindi, alle complicate ed acerrime discussioni relative ai limiti di legittimità della scelta abortiva<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> È questo un tema di grande attualità visti i risvolti che è destinata ad avere l'introduzione nel nostro Paese della pillola RU486 – c.d. pillola abortiva – sulla disciplina contenuta nella legge 194 del 1978 in materia di interruzione volontaria di gravidanza. Di là dai commenti apparsi su tutti i mezzi di informazione quotidiana, per un approfondimento specifico della problematica si



In questa sede, tuttavia, si intende soffermare l'attenzione unicamente sulla problematica del danno derivante dalla violazione del cd. "diritto alla procreazione cosciente e responsabile"; in altre parole, il dato normativo della legge n. 194 del 1978, in materia di interruzione di gravidanza, fa da presupposto ad una serie di osservazioni relative ai profili risarcitori.

Dall'esame della pronuncia in oggetto – perfettamente conforme ai precedenti analoghi – è possibile individuare almeno tre livelli di discussione distinta: *in primis*, l'inquadramento della nascita indesiderata nell'area "sempreverde" della responsabilità medica come effetto di un inadempimento contrattuale, *in secundis*, la questione relativa alla "nascita indesiderata" come tipologia di danno risarcibile e, infine, la spinosa questione della qualificazione della stessa come "danno esistenziale".

La teorizzazione del "danno da nascita indesiderata" ha avuto un percorso peculiare, fortemente condizionato dall'interpretazione, alquanto controversa, delle norme contenute nella citata legge in materia di interruzione volontaria di gravidanza.

Si consideri, allora, preliminarmente, che il meccanismo predisposto dal nostro legislatore per legittimare tale pratica medica è formalmente strutturato sul criterio della tutela della vita e della salute della donna, sia nel caso di interruzione della gravidanza entro i primi novanta giorni di gestazione (art. 4, legge 194/1978), che nella fase successiva (artt. 6 e 7 stessa legge). Più in chiaro, la legge prevede che nei primi tre mesi, ai fini dell'interruzione della gravidanza, occorra dimostrare la sussistenza di un pericolo "serio" per la salute fisica o psichica della donna, pericolo che però può derivare anche dalla valutazione di circostanze esterne alla sfera fisica della gestante, tra cui le condizioni economiche, sociali o familiari, la situazione in cui sia avvenuto il concepimento, la previsione di anomalie o malformazioni del concepito (art. 4 l. n. 194/1978); diversamente, trascorso il predetto periodo, la gravidanza potrà essere interrotta solo qualora la sua prosecuzione comporti "un grave pericolo per la vita della donna", oppure se "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 l. n. 194/1978), sempre che non sussista "la possibilità di vita autonoma del feto" (art. 7 stessa legge)<sup>2</sup>.

Il bene "salute" è, dunque, richiamato in entrambe le ipotesi descritte; esso, tuttavia, assume un valore differente a seconda della fase in cui si intenda interrompere la gravidanza dato

---

rinvia a E. PELLECCIA, *Aborto farmacologico e disciplina dell'interruzione volontaria di gravidanza*, in *NGCC*, 2010, II, p. 31 e ss. e D. NERI, *La maggiore riservatezza che la pillola RU486 garantisce non significa "totale privatizzazione"*, in *Guida al diritto*, 2009, n. 10, p. 9 e ss.

<sup>2</sup> Per una prima lettura critica delle disposizioni contenute negli artt. 6 e 7 della legge 194/1978, cfr. L. ROSSI CARLEO, *Art. 6*, in *Legge 22 maggio 1978, n. 194. Commentario* (a cura di M. Bianca e F.D. Busnelli), in *NLCC*, 1978, II, 1635 e ss. e G. GRASSANI e M.C. ANDRINI, *Art. 7*, *ibidem*, 1638-1642.



che, in buona sostanza, la legge mira a restringere la praticabilità dell'aborto in funzione proporzionale alla crescita del concepito.

Da tempo, ormai, anche sul piano giuridico il concetto di salute non viene più qualificato come mera assenza di conclamate patologie, quanto piuttosto come generale stato di benessere psicofisico della persona. In forza di tale assunto, tale bene viene posto in stretto collegamento con l'autodeterminazione del paziente al quale, perciò, si riconosce un autonomo diritto all'informazione.

Quest'assunto di base ha influenzato anche l'interpretazione delle norme sopra richiamate: così il "diritto alla procreazione cosciente e responsabile" – di cui all'art. 1 della legge 194/1978 – ha acquisito una propria autonomia concettuale che ha portato al riconoscimento del cd. "danno da nascita indesiderata".

Si tratta di una fattispecie ampia che racchiude in sé diversi sottotipi, accomunati dal fatto che la presenza del bambino non costituisca per la donna (*rectius*, per entrambi i genitori) la realizzazione di un desiderio, ma un avvenimento di cui dolersi in sede giudiziaria.

In effetti, partendo dal medesimo presupposto logico-argomentativo della violazione del diritto alla procreazione cosciente e responsabile si è formato, con l'andar del tempo, un variegato ventaglio di ipotesi<sup>3</sup> rispetto alle quali è prevalso l'orientamento giurisprudenziale positivo: attualmente, infatti, non si discute più della possibilità di considerare la nascita di un figlio come un'ipotesi di danno risarcibile, ma delle singole voci di danno, patrimoniale/non-patrimoniale, che possono essere legittimamente liquidate in tali situazioni.

A tal riguardo, sono state percorse due strade parallele e distinte: da un lato, in concomitanza con il definitivo inquadramento della responsabilità medica nell'area della responsabilità contrattuale, sono state prese in considerazione le conseguenze di natura patrimoniale derivanti dall'arrivo di un figlio non voluto, rispetto agli oneri di mantenimento spettanti ai genitori; dall'altro, in ossequio alle fulgenti teorie sul cd. "danno esistenziale"<sup>4</sup>, si è

---

<sup>3</sup> Un'efficace catalogazione delle diverse sottofattispecie "di nascita indesiderata" si deve ai giudici nordamericani che, da sempre all'avanguardia su tali tematiche, hanno adottato la distinzione tra "*wrongful birth*", "*wrongful pregnancy*", "*wrongful conception*" e "*wrongful life*". Tale schema ha avuto largo seguito anche presso i nostri tribunali e la dottrina si è profusa in numerosi e divisi commenti. Per una ricognizione delle complesse tematiche, sia consentito il rinvio a C. SIANO, *La tutela giuridica dei soggetti coinvolti nella procreazione*, *Quaderni del Dipartimento diretti da P. Stanzone*, Salerno, 2008.

<sup>4</sup> Cfr. P. CENDON, *Il danno esistenziale*, Milano 2000, *passim*.



discusso sulla natura dei risvolti che “la nascita indesiderata” possa avere sulla sfera personale di entrambi i genitori<sup>5</sup>.

È facile comprendere che la discussione si è maggiormente concentrata proprio su questi ultimi aspetti, posto che la categoria del danno non patrimoniale è stata negli ultimi tempi al centro di un ampio dibattito e di una vivace polemica tra giuristi favorevoli e contrari alla figura del “danno esistenziale”.

Con specifico riguardo alle fattispecie in esame, è stata largamente seguita la teoria secondo cui l’evento della “nascita indesiderata” comporti implicazioni negative non solo e necessariamente sulla salute psicofisica della donna, ma più generalmente sullo stato emotivo e sulla vita personale e di relazione di entrambi i genitori. Questa convinzione ha fatto sì che la voce di danno in esame costituisca uno degli esempi più largamente utilizzati e citati di “danno esistenziale”.

Orbene, è particolarmente nota la parabola evolutiva di quest’ultima categoria di danno.

In via di estrema sintesi, si può dire che dopo un’iniziale fase di grande “successo”, si è registrato un primo arresto da parte della giurisprudenza di legittimità con le celeberrime sentenze gemelle del maggio 2003<sup>6</sup> – poco dopo confermate dalla Corte Costituzionale<sup>7</sup> – secondo cui il danno c.d. “esistenziale” sussiste solo ed esclusivamente nelle ipotesi in cui risulti leso un diritto inviolabile costituzionalmente tutelato.

È evidente che, ancorando tale voce di danno ai diritti di rango costituzionale si intendesse franare l’onda di proliferazione dei cd. microdanni e, dunque, evitare illegittime duplicazioni risarcitorie; a tal fine, si precisava inoltre che “i pregiudizi attinenti all’esistenza della persona possono essere descritti e definiti, per comodità di sintesi, come “esistenziali”, senza che tuttavia possa configurarsi un’autonoma categoria di danno”.

Contrariamente alla predetta impostazione, ha resistito strenuamente per un intero lustro il filone interpretativo secondo cui debba riconoscersi sussistente un danno non patrimoniale di

---

<sup>5</sup> Cfr., da ultimo, Cass., 13.01.2009, n. 469, in *personaedanno.it* che, con riferimento ad un caso di macrolesioni al nascituro provocate da errate manovre di parto, ha statuito che il *quantum* del risarcimento deve tener conto sia “della doverosità dell’assistenza familiare”, sia del sacrificio totale ed amorevole verso il macroleso”.

<sup>6</sup> Cfr. Cass., 31.5.2003, nn. 8827 e 8828, in *NGCC*, 2004, I, 232, con nota di Scarpello; in *Danno e resp.*, 2003, 816 ss., con note di Busnelli, Ponzanelli, Procida Mirabelli Di Lauro. Cfr., altresì, le precedenti pronunce Cass., 12.5.2003, nn. 7281, 7282, 7283, in *Danno e resp.*, 2003, 713 ss., con nota di Ponzanelli.

<sup>7</sup> Cfr. Corte. cost., 11.7.2003, n. 233, in *NGCC*, 2004, I, 231, con nota di Scarpello; in *Foro it.*, 2003, I, 2009, con nota di Navarretta; in *Danno e resp.*, 2003, 939 ss., con note di Ponzanelli *et alii*.



natura “esistenziale” ogniqualvolta si realizzi un pregiudizio “sul fare areddituale del soggetto”, ossia un evento dannoso che “alterando le sue abitudini di vita e gli assetti relazionali che gli erano propri” sconvolga la sua quotidianità e lo privi di occasioni per l’espressione e la realizzazione della sua personalità nel mondo esterno”<sup>8</sup>.

Questa tesi ha però ricevuto ulteriore censura nel novembre del 2008: con pronuncia a sezioni unite la suprema Corte, riprendendo l’iter già tracciato nel 2003, ha specificato che “le distinte denominazioni (danno morale, danno biologico, danno cosiddetto esistenziale, adottate dalle sentenze gemelle del 2003 e recepite dalla sentenza n. 233/2003 della Corte costituzionale) vanno intese come mera sintesi descrittiva”, non essendo possibile individuare all’interno dell’unitaria voce di danno non patrimoniale, autonome sottocategorie dello stesso<sup>9</sup>.

Ciò che è accaduto dopo quest’ultima statuizione è “storia contemporanea” e sarà oggetto di analisi in questa sede posto che la sentenza in esame si inserisce a pieno titolo nel dibattito sulla “*rehab*” – per usare un termine in voga – del “danno esistenziale” a cui si assiste oggi<sup>10</sup>.

## 2. Mancata diagnosi delle malformazioni fetali e responsabilità medica.

---

<sup>8</sup> Valga per tutte il rinvio a Cass. 24 marzo 2006, n. 6572, in *Resp. civ. e prev.*, 2006, 6, 1041 e a Cass. 6 febbraio 2007, n. 2546, in *Guida al diritto*, 2007, 15, 57 dove si afferma: “Il danno esistenziale da intendere come ogni pregiudizio (di natura non meramente emotiva ed interiore, ma oggettivamente accertabile) che alteri le abitudini e gli aspetti relazionali propri del soggetto inducendolo a scelte di vita diverse (...) da quelle che avrebbe compiuto ove non si fosse verificato il fatto dannoso, non costituisce una componente o voce né del danno biologico, né del danno morale, ma un autonomo titolo di danno ...”.

<sup>9</sup> Cfr. Cass., S.U., 11.11.2008, nn. 26972, 26973, 26974 e 26975. Sembra opportuno precisare che si tratta di pronunce che, benché riferite a settori diversi della responsabilità civile – quali la responsabilità medica (n. 26972), responsabilità da incidenti derivanti dalla circolazione stradale (nn. 26973 e 26974), responsabilità da immissioni intollerabili (n. 26975) – hanno in comune la premessa della loro motivazione concernente la sistemazione della categoria del “danno non patrimoniale” ex art. 2059 c.c.

<sup>10</sup> Per alcuni riferimenti giurisprudenziali si rinvia all’opera monografica di M. FORTINO, *I danni ingiusti alla persona*, in Trattato teorico-pratico di diritto privato diretto da G. Alpa – S. Patti, Padova, 2009, 193 la quale annota che è soprattutto la giurisprudenza di merito a mostrare segni di grande insofferenza rispetto alla degradazione delle subvoci di danno non patrimoniale operata dalle S.U. nella sentenza n. 26972 e ss. del 2008, continuando ad dare accoglimento alle domande risarcitorie facenti capo a quelli che la Suprema Corte definirebbe “disagi” e “fastidi”, insomma ai danni bagattellari, relativi ad esempio ai danni non patrimoniali prodotti dai disservizi di Trenitalia o della Telecom”.



La fattispecie della “nascita indesiderata” ha ricevuto un’amplessima attenzione in dottrina e in giurisprudenza soprattutto nell’ipotesi di handicap del nascituro.

In presenza di tale circostanza, infatti, il risarcimento del danno ai genitori viene accordato quasi automaticamente: in pratica, non è il riscontro di una responsabilità professionale a rendere la “nascita indesiderata” un danno risarcibile, ma è la stessa presenza dell’handicap a provare indirettamente la sussistenza di una colpa professionale.

Orbene, tale operazione ermeneutica se, da un lato, non ha suscitato particolari contestazioni con riferimento ai casi in cui la malformazione del nascituro sia direttamente derivata dagli errori commessi in fase di parto<sup>11</sup>, dall’altro ha creato notevoli perplessità con riferimento alle malformazioni di origine genetica del nascituro. Infatti, se rispetto alla prima ipotesi la responsabilità del medico è facilmente rintracciabile nello stesso fatto di aver provocato l’handicap ad un bambino che, diversamente, sarebbe nato sano, nel secondo caso il ragionamento giuridico in forza del quale arrivare alla conclusione della sussistenza del danno appare più complicato non solo perché si contesta al medico una forma di responsabilità omissiva (la mancata diagnosi dell’handicap genetico), ma soprattutto perché tale attribuzione di responsabilità risulta legata ad una serie di valutazioni probabilistiche, compreso il fatto che la donna, ove adeguatamente informata della presenza dell’handicap, avrebbe – in accordo con il padre del nascituro – deciso di interrompere la gravidanza.

Nella sentenza in commento, la Cassazione ribadisce gli orientamenti precedentemente espressi sia con riferimento ai presupposti della cd. responsabilità medico-sanitaria, sia rispetto ai criteri probatori di accertamento della sussistenza di tale responsabilità<sup>12</sup>.

È un dato oramai acquisito che la responsabilità medico-sanitaria abbia, sia per il medico che per l’ente ospedaliero, natura contrattuale. Il procedimento di “contrattualizzazione” della colpa professionale medico-sanitaria – rispetto al quale ha giocato un ruolo fondamentale

---

<sup>11</sup> Tra le ipotesi più frequenti di malformazioni dovute a “cause mediche” vi sono le lesioni procurate dal forcipe; la rottura dell’utero; il parto indotto o ritardato; l’ipocinesi uterina a seguito di trattamento con ossitocina, e così via. Cfr. Cass. 9 maggio 2000, n. 5881, in *Danno e resp.* 2001, 169 e Cass. 19 novembre 1999, n. 12819, in *Mass. Foro it.*, 1999, 221, voce “Prof. intellettuali”.

<sup>12</sup> Il 2008 è stato un anno decisivo per la materia che ci occupa non solo con riferimento alla problematica del danno non patrimoniale, ma anche con riferimento alle questioni attinenti alla responsabilità medico-sanitaria. Infatti, le Sezioni Unite della Suprema Corte, con alcune sentenze coeve (nn. 577-585), pronunciandosi in materia di danni da trasfusioni ed uso di emoderivati, hanno colto l’occasione per “fare il punto della situazione” relativamente ad alcuni aspetti fondamentali della problematica della responsabilità in campo sanitario, soffermandosi particolarmente sui criteri di imputazione e della distribuzione dell’onere della prova, nesso di causalità e consenso al trattamento medico, ridimensionamento della classica dicotomia tra obbligazioni di mezzi e di risultato.



l'elaborazione della teoria del "contatto sociale"<sup>13</sup> – è stato ispirato da ragioni di equità e di giustizia sostanziale tra pazienti, posto che la possibilità di agire in via contrattuale agevola il soggetto danneggiato sia sotto il profilo dell'onere della prova, sia per il più lungo termine di prescrizione decennale<sup>14</sup>.

Costituisce, dunque, *ius receptum* ritenere che al momento in cui il paziente si reca presso una struttura ospedaliera – pubblica o privata – si perfezioni, indipendentemente dal compimento di specifiche formalità<sup>15</sup>, un vero e proprio contratto in forza del quale l'ente assume a proprio carico sia l'obbligazione di svolgere l'attività terapeutica e/o diagnostica del caso, sia quella di assicurare un buon livello di organizzazione e funzionalità del proprio apparato.

Altresì pacificamente si riconosce al paziente la possibilità di agire direttamente nei confronti dell'ente sanitario, il quale può risultare responsabile sia *ex art. 1228 c.c.* per l'operato dei suoi dipendenti – fatto salvo il diritto di rivalsa – sia *ex art. 1218 c.c.* per "fatto proprio",

---

<sup>13</sup> La consacrazione giurisprudenziale della figura del "contatto sociale", si è avuta in Cass. 22 gennaio 1999, n. 589, pubblicata e commentata in: *Giur. it.*, 2000, 740, con nota di F.G. PIZZETTI, *La responsabilità del medico dipendente come responsabilità contrattuale da contatto sociale*; in *Foro it.*, 1999, I, c. 3332, con note di F. DI CIOMMO, *Note critiche sui recenti orientamenti giurisprudenziali in tema di responsabilità del medico ospedaliero*, e di A. LANOTTE, *L'obbligazione del medico dipendente è un'obbligazione senza prestazione o una prestazione senza obbligazione?*, c. 3337; in *Corr. giur.*, 1999, 441 con nota di A. DI MAJO, *L'obbligazione senza prestazione approda in Cassazione*; in *Giust. civ.*, 1999, I, 999, con nota di G. GIACALONE, *La responsabilità del medico dipendente dal servizio sanitario nazionale : contrattuale, extracontrattuale o "transpica"?*; in *Resp. civ. e prev.*, 1999, 652, con nota di M. FORZIATI, *La responsabilità contrattuale del medico dipendente: il "contratto sociale" conquista la Cassazione*; in *Giur. merito*, 1999, 1148 con nota di R. DE ROSA, *Responsabilità del medico dipendente del Servizio sanitario: una nuova tipologia di obbligazioni?*; in *Contratti*, 1999, 999, con nota di E. GUERINONI, *Obbligazioni da "contatto sociale" e responsabilità contrattuale nei confronti del terzo*; in *Danno e resp.*, 1999, 294, con nota di V. CARBONE, *La responsabilità del medico ospedaliero come responsabilità da contatto*; in *Nuova giur. civ. com.*, 2000, I, 334, con nota di A. THIENE, *La Cassazione ammette la configurabilità di un rapporto obbligatorio senza obbligo primario di prestazione*; in *Studium iuris*, 2000, 595, con nota di A. THIENE, *Responsabilità del medico*; in *Riv. It. Med. Leg.*, 2001, 830, con nota di A. FIORI e E. D'ALOJA, *La responsabilità professionale dei medici dipendenti dal servizio sanitario nazionale dopo la sentenza della Cassazione civile n. 589/1999, detta del "contatto sociale"*; *ibidem*, 311, le osservazioni di P. GIROLAMI, *La responsabilità contrattuale o (da contatto) del medico dipendente. Alcune considerazioni alla luce della sentenza della Cassazione civile, 22 gennaio 1999, n. 589.*

<sup>14</sup> Sul tema e con specifico riferimento alla materia che ci occupa, valga per tutti il rinvio a E. QUADRI, *Profili della responsabilità medica con particolare riguardo alla ginecologia ed ostetricia: esperienze recenti e prospettive*, in *Rep. civ. e prev.*, 2004, 2, 319 e ss.

<sup>15</sup>Cfr. teoria del «contatto sociale» di cui *supra*.



ossia a causa dell'inadeguata organizzazione o della utilizzazione di strumentazioni e/o presidi medici, sanitari, farmaceutici ecc. in vario modo difettosi<sup>16</sup>.

È chiaro che l'azione legale rivolta direttamente alla struttura sanitaria, sia autonomamente che *in solidum* con il personale dipendente, offra al paziente maggiore tutela e ciò non solo sul piano dell'*an* del risarcimento, posto che essa risulta più facilmente «responsabilizzabile» per la duplicità delle contestazioni possibili – errore professionale e deficit organizzativo –, ma anche sul piano del *quantum*, potendo il paziente danneggiato fare affidamento su una più ampia garanzia patrimoniale, oltretutto sulla “copertura” assicurativa obbligatoria del rischio professionale.

Tale opzione ermeneutica è latente e – a nostro sommo avviso – malcelata nel caso di specie, dove si attribuisce direttamente all'unità sanitaria locale la “colpa” della ritardata effettuazione dell'esame diagnostico che, in verità, seppur prescritto dal medico ginecologo, non era stato diligentemente contrassegnato con i caratteri dell'urgenza.

Ad ogni buon conto, l'assunto in base al quale la corretta e tempestiva effettuazione dell'esame diagnostico avrebbe consentito di depistare la malformazione fetale – da cui deriva l'affermazione dell'inadempimento contrattuale a carico dell'ente – costituisce soltanto il *prius* logico di un ragionamento giuridico che non può non comprendere, a nostro parere, anche la valutazione della fondatezza del “diritto alla procreazione cosciente e responsabile”.

Più in chiaro, ai fini dell'affermazione della responsabilità medico-sanitaria per la mancata diagnosi dell'handicap del nascituro, a cui sia conseguita la cosiddetta perdita della *chance* di abortire, occorrerebbe dimostrare che la donna, al momento della consultazione diagnostica, avesse in concreto la possibilità di scegliere di interrompere la gravidanza<sup>17</sup> ed anche che avrebbe effettivamente compiuto questa scelta ove fosse stata adeguatamente informata delle anomalie fetali.

---

<sup>16</sup> Cfr., *ex multis*, Cass., 14.7.2004, n. 13066, in *Danno e resp.*, 2005, 537 ss., con nota di AGNINO, *Responsabilità della struttura ospedaliera: si rafforza la tutela per i «malati»*; Cass., sez. un., 10.7.2002, n. 9556, in *Foro it.*, 2002, I, 3060, con nota di PALMIERI.

<sup>17</sup> Può essere utile richiamare brevemente alla memoria che sulla base delle disposizioni della legge n. 194, del 22 maggio 1978, *cit.*, l'interruzione volontaria di gravidanza è consentita (piuttosto) liberamente solo entro i primi 90 giorni di gestazione (art. 4). Successivamente, invece, sono previsti due limiti ben precisi legati, nell'ordine, o all'evenienza in cui “la gravidanza o il parto comportino un grave pericolo per la vita della donna”; o alla circostanza che siano in atto “processi patologici, tra cui quelli relativi a rilevanti malformazioni del nascituro, che determinino un grave pericolo per la salute della donna” (art. 6). Per i casi in cui sussista la possibilità di vita autonoma del feto, inoltre, l'interruzione di gravidanza resta possibile solo se la madre versi in pericolo la vita (art. 7).





Questo principio, in un primo tempo seguito anche dalla giurisprudenza di legittimità<sup>18</sup>, è stato successivamente travolto dalla generale tendenza, che si riscontra nell'intero ambito della cosiddetta *medical malpractice*, a facilitare la posizione probatoria del paziente danneggiato al fine di accordargli il risarcimento del danno ogni volta in cui risulti frustrato un suo interesse.

Si avverte, tuttavia, la sensazione che con riferimento alla nostra fattispecie l'indulgenza dei giudici si sia spinta un po' oltre i limiti consentiti dal rigore del ragionamento giuridico.

Si è affermato, infatti, che "l'omessa rilevazione della presenza di gravi malformazioni nel feto e la correlativa mancata comunicazione di tale dato alla gestante, debba essere ritenuta circostanza idonea a porsi in rapporto di causalità con il mancato esercizio della facoltà di interrompere la gravidanza", in quanto si ritiene che corrisponda "ad un preciso criterio di regolarità causale" il fatto che in tali casi la donna preferisca abortire<sup>19</sup>.

In pratica, i giudici intervenuti sull'argomento hanno ritenuto inutile discutere a posteriori sulla sussistenza delle condizioni legittimanti il ricorso all'aborto, sostenendo che la fattispecie del danno ingiusto si deve considerare già completata nel momento in cui la donna non viene posta "nelle condizioni di avvalersi di un diritto in astratto"<sup>20</sup>.

Orbene, di là dall'encomiabile scopo di accordare il risarcimento superando le difficoltà probatorie legate alle predette circostanze, resta comunque criticabile la decisione di ancorare a meri criteri statistico/probabilistici la prova di una scelta che attiene all'intima coscienza di ogni singola donna.

Si individua inoltre un certo riferimento al concetto di "danno-evento"<sup>21</sup>. Su questo punto, la sentenza in commento appare conforme ad una precedente statuizione a Sezioni unite dove si afferma che in caso di inadempimento «v'è diretto accesso alla tutela di tutti i danni non patrimoniali non essendo necessario verificare se l'interesse leso sia meritevole di tutela in

---

<sup>18</sup> Cfr. Cass. 1.12.1998, n. 12195, in *Giust. civ.*, 1999, I, 672; in *Foro it.*, 1999, I, 77, con nota di Palmieri; in *Giur. it.*, 1999, V, 2038, con nota di Pizzetti; in *Danno e resp.*, 1999, 522, con nota di Filigrana.

<sup>19</sup> Cfr. Cass., 29.7.2004, n. 14488, in *Fam. e dir.*, 2004, 559, con nota di Facci; in *Dir. e giust.*, 2004, n. 33, 9, con nota di Rossetti e in *Corr. giur.*, 2004, 1431, con nota di Liserre. Tra le prime pronunce di merito sulla materia, cfr. Trib. Roma 13 dicembre 1994, in *Dir. Fam. e pers.*, 1996, I, 692 e Trib. Bergamo, 2 novembre 1995, in *Danno e resp.*, 1996, 249. Più di recente, Trib. Padova, 24.10.2005, in *NGCC*, 2006, I, p.1330 e ss. con nota di SIANO.

<sup>20</sup> Cass. 10 maggio 2002, n. 6735, in *Giust. Civ.*, 2002, I, 1490 e in *Foro it.*, 2002, I, 3, c. 3115 con nota di A. PALMIERI e di R. SIMONE.

<sup>21</sup> Sul punto interessanti osservazioni sono espresse da A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, Il danno non patrimoniale secondo le sezioni unite, in *Danno e resp.*, 2009, 36 il quale mette in evidenza l'affievolimento della teoria cd. "conseguenzialistica" ed il ricorso a valutazioni prognostiche e prova presuntiva.



quanto protetto a livello costituzionale»<sup>22</sup>. A ben vedere, è l'inadempimento in sé dell'obbligo di corretta informazione a costituire la fonte del danno risarcibile a prescindere da quali sarebbero stati gli esiti a cui l'esatta diagnosi avrebbe condotto. Non è certamente questa la sede per ripercorrere neppure sinteticamente la lunga elaborazione giurisprudenziale in materia di cd. "consenso informato"<sup>23</sup>. Preme qui esclusivamente sottolineare che esso ha spesso costituito il *refugium* a cui ricorrere ogniqualevolte risultasse difficile dimostrare il nesso eziologico tra l'inadempimento professionale e il danno lamentato in sede giudiziaria<sup>24</sup>. Tale funzione per così dire "estensiva" dell'area della responsabilità medica è ancor più evidente con riferimento ai casi di nascita indesiderata: attraverso il riferimento all'obbligo di informazione si è giunti, infatti, a ricomprendere anche la posizione paterna nell'area degli interessi protetti dal contratto tra la donna e il medico e/o l'ente ospedaliero coinvolto.

In effetti, benché il padre non sia né il diretto destinatario dell'informazione diagnostica sullo stato di salute del nascituro, né tantomeno soggetto deputato ad effettuare in prima persona la scelta abortiva (cfr. art. 5 della legge n. 194/1978), si è ritenuto che «in tema di responsabilità del medico per omessa diagnosi di malformazioni del feto e conseguente nascita indesiderata, il risarcimento dei danni che costituiscono conseguenza immediata e diretta dell'inadempimento del ginecologo all'obbligazione di natura contrattuale gravante su di lui spetta non solo alla madre, ma anche al padre, atteso il complesso di diritti e doveri che, secondo l'ordinamento, si incentrano sul fatto della procreazione, non rilevando, in contrario, che sia consentito solo alla madre (e non al padre) la scelta in ordine all'interruzione della gravidanza, atteso che sottratta alla madre la possibilità di scegliere a causa dell'inesatta prestazione del medico, agli effetti negativi del comportamento di quest'ultimo non può ritenersi estraneo il padre che deve perciò ritenersi tra i soggetti «protetti» dal contratto col medico e, quindi, tra coloro rispetto ai quali la

---

<sup>22</sup> Cfr. Cass., sez. un., 24.03.2006, n. 6572, in *Danno e resp.*, 2006, 855.

<sup>23</sup> Si rinvia, *ex multis*, a P. STANZIONE – V. ZAMBRANO, *Attività sanitaria e responsabilità civile*, Milano 1998, *passim*; C. LALANNE – V. LANDI, *Consenso al trattamento sanitario*, in *La responsabilità medica* (a cura di U. Ruffolo), Milano 2004, 223 e ss. e A. PINNA, *Autodeterminazione e consenso: da regola per i trattamenti sanitari a principio generale*, in *Contr. e impr.*, 2006, 589 e ss. In giurisprudenza, cfr. da ultimo, Cass., S.U., nn. 577-585 del 2008, *cit.*

<sup>24</sup> La Suprema Corte ha ampiamente ratificato tale metodo interpretativo precisando e ribadendo costantemente che rientra nei comuni doveri di tutti coloro che svolgono un'attività sanitaria "fornire al paziente adeguata informazione delle caratteristiche e delle conseguenze della prestazione" e che la violazione di tale dovere "dà luogo a vera e propria responsabilità contrattuale" con tutte le conseguenze che ne derivano. Quest'orientamento è stato inaugurato con una celebre pronuncia del 1985 che è generalmente riconosciuta come il *leading case* del problema del dovere di informazione da parte del medico. Cfr. Cass. 8 agosto 1985, n. 4394, in *Giust. civ.*, 1986, I, 1432, con nota di M. Costanza e in *Foro it.*, 1986, I, 121, con nota di Princigalli.



prestazione mancata o inesatta può qualificarsi come inadempimento con tutte le relative conseguenze sul piano risarcitorio»<sup>25</sup>.

Questo ragionamento, benché non riportato nella sentenza in commento, sottende la scelta di equiparare la posizione risarcitoria di entrambi i genitori.

### 3. Il danno da “nascita indesiderata”.

In coerenza con il prospettato inquadramento della responsabilità medico/sanitaria all’interno dell’area contrattuale, si ritiene che la questione dei danni risarcibili debba essere risolta sistematicamente, ossia sulla base del dettato degli artt. 1223 e ss. c.c.

Si è già accennato al fatto che su tale questione ha avuto grande incidenza il cammino evolutivo compiuto riguardo all’interpretazione della legge n. 194 del 1978: infatti, nel periodo in cui si tendeva ad incentrare la questione unicamente sulla base della lesione alla salute della donna, poco spazio veniva lasciato alla valutazione delle altre possibili implicazioni negative riconducibili all’evento della nascita di un figlio non voluto.

Una volta subentrato il diverso orientamento interpretativo che, invece, collega l’esercizio del “diritto alla procreazione cosciente e responsabile” al diritto di autodeterminazione, si è verificata una vera e propria svolta in merito alle singole voci di danno risarcibile. Infatti, alla figura classica del danno biologico, strettamente inteso come lesione all’integrità psicofisica suscettibile di valutazione medico-legale, veniva affiancato un altro tipo di danno definito “esistenziale”<sup>26</sup> al fine precipuo di rimarcare l’incidenza dell’evento della “nascita indesiderata” sulla vita personale e di relazione della gestante.

Ed ecco che si palesa il nodo problematico che ha ispirato questa breve nota di commento.

Tuttavia, prima di affrontare la questione principale del fondamento dogmatico di tale categoria di danno alla luce del quadro normativo esistente e dei più recenti approdi giurisprudenziali in tema di danno non patrimoniale ex art. 2059 c.c., sembra opportuno analizzare le successive conseguenze che il suo riconoscimento ha avuto rispetto alla fattispecie concreta in commento.

La prima considerazione riguarda il fatto che la valutazione dei risvolti negativi della nascita indesiderata sul piano “esistenziale” ha consentito ai nostri giudici di prendere in

---

<sup>25</sup> In Cass., 10.5.2002, n. 6735, *cit.* In senso conforme, cfr. Cass., 20.10.2005, n. 20320, in *Resp. civ. e prev.*, 2006, 180.

<sup>26</sup> F. BILOTTA, *La nascita di un figlio ti cambia la vita: profili del danno esistenziale nella procreazione*, in P. Cendon – P. Ziviz (a cura di), *Il danno esistenziale*, Milano 2000, 229.



considerazione anche la posizione del padre del nascituro: in effetti, se si ritiene che il danno *de quo* derivi dalla violazione del diritto alla procreazione cosciente e responsabile e che tale diritto sia una *species* del più ampio *genus* costituito dal diritto inviolabile di autodeterminazione del soggetto, appare consequenziale ammetterne la protezione anche nei riguardi del padre.

In verità, però, la completa equiparazione della posizione paterna rispetto a quella materna, operata con riferimento alle fattispecie di nascita indesiderata derivante dalla mancata diagnosi delle malformazioni fetali desta qualche perplessità. Più in chiaro, a differenza dei casi di handicap derivante da un comportamento commissivo professionalmente negligente, nelle ipotesi di responsabilità per omessa diagnosi di malformazioni di origine genetica l'esclusività della scelta abortiva in capo alla donna (cfr. art. 5 L. 194/1978) varrebbe, di rigore, a spezzare il nesso di causalità tra l'inadempimento del dovere informativo e i danni derivati al padre dalla nascita indesiderata. Per questo motivo, la giurisprudenza nei precedenti analoghi al caso in esame, si preoccupava di precisare che per arrivare ad affermare la responsabilità del medico anche nei riguardi del padre occorre dare rilievo al fatto che l'uomo fosse stato concretamente coinvolto dalla donna nelle decisioni relative alla procreazione. Nella pronuncia in esame, invece, non v'è nessun riscontro in merito a tale questione probatoria: la Suprema corte, infatti, si limita ad affermare che "in questo caso non si fa questione di un diritto del padre ad interrompere la gravidanza, che certamente non esiste, ma solo se la mancata interruzione della gravidanza, determinata dall'inadempimento colpevole del sanitario, possa essere a sua volta causa di danno per il padre del nascituro".

La risposta positiva a tale quesito viene, dunque, basata – come in precedenza accennato – sulla qualificazione del contratto *de quo* come "un contratto con effetti protettivi a favore del terzo", figura elaborata dalla giurisprudenza tedesca<sup>27</sup> ed adottata dai nostri giudici al fine di estendere l'area della responsabilità contrattuale del debitore nei confronti di quei terzi soggetti che si trovino, rispetto alle parti o all'accordo stesso, in una posizione particolarmente rilevante, e cioè tale da risultare direttamente compromessa dalla vicenda contrattuale<sup>28</sup>.

In verità, la Cassazione è solita adoperare il medesimo espediente anche con riferimento ai casi di richiesta di danni avanzata dai genitori a nome dello stesso nascituro nelle ipotesi di handicap derivante da cause mediche (ad esempio, per errori commessi in fase di parto)<sup>29</sup>. È

---

<sup>27</sup> Per la ricostruzione storica dell'iter seguito nell'ordinamento tedesco e per l'analisi del suo recepimento all'interno del nostro, v. G. VARANESE, *Il contratto con effetti protettivi per i terzi*, Napoli, 2004.

<sup>28</sup> Cfr. Cass. 29 luglio 2004, n. 14488, *ult. cit.*, richiamata e confermata in Cass. 20 ottobre 2005, n. 20320 e, da ultimo, in Cass. 14 luglio 2006, n. 16123, in *Dir. e giust.*, 2006, 33, 17 con nota di Fusco, dove con riferimento ad un caso del tutto analogo a quello in esame si afferma che "l'informazione costituisce un'imprescindibile integrazione della prestazione sanitaria".

<sup>29</sup> Si rinvia, pertanto, alle valutazioni espresse in Cass. 22 novembre 1993, n. 11503, in *Foro it.*, 1994, I, 2479; in *Corr. giur.*, 1994, con nota di Batà; in *Rresp. civ. e prev.*, 1994, 403 con nota di Ioratti; in *NGCC*, 1994, I, 690, con nota di Zeno Zencovich.



interessante sottolineare che in tale categoria di “danni al nascituro per cause mediche” si fanno rientrare anche i casi di handicap dipendente da carenze organizzative dell’ente ospedaliero, quali ad esempio, l’assenza di personale idoneo e specializzato, i guasti tecnici, l’inefficienza o l’insufficienza dei macchinari disponibili ecc.<sup>30</sup>.

Ogni valutazione relativa alla posizione giuridica del concepito risulta, tuttavia, stralciata dal presente commento, posto che nel caso di specie gli attori, in sede di giudizio di legittimità, hanno preferito abbandonare l’azione risarcitoria a nome del figlio, probabilmente ritenendo di non poter contare su un orientamento giurisprudenziale favorevole, stante la più volte asserita non configurabilità del diritto a non nascere<sup>31</sup>.

#### **4. Il ritorno del “danno esistenziale”.**

Si è già detto che in coerenza con l’affermata natura contrattuale della responsabilità medico-sanitaria, il problema dell’individuazione e quantificazione dei danni risarcibili debba essere risolto sotto il profilo sistematico ovvero sulla base delle disposizioni codicistiche in materia di inadempimento o inesatto adempimento della prestazione.

È noto che secondo la tradizionale impostazione del sistema dei danni, dalla responsabilità contrattuale derivano innanzitutto conseguenze di natura patrimoniale: l’art. 1223 c.c., infatti, pone a carico del debitore inadempiente il risarcimento della perdita e/o del mancato guadagno subito dal creditore, come conseguenza immediata e diretta del suo inadempimento.

Dall’analisi della copiosissima giurisprudenza in materia di responsabilità medica si ricava che in questi casi la liquidazione del danno patrimoniale comprende generalmente sia la perdita economica derivante dalle spese divenute necessarie a seguito dell’inesatto adempimento

---

<sup>30</sup> Di recente, la Corte di Cassazione nella pronuncia a Sezioni Unite del 1° luglio 2002, n. 9556, in *GIUS*, 2002, 2145; in *Diritto&Giust.*, 2002, fasc. 34, 21, con nota di M. ROSSETTI e in *Foro it.*, 2002, I, 3060, con nota di E. PALMIERI, ha precisato che “ il complesso ed atipico rapporto che si instaura tra la casa di cura e il paziente (nella specie: una partoriente), anche nell’ipotesi in cui quest’ultimo scelga al di fuori della struttura sanitaria il medico curante, non si esaurisce nella mera fornitura di prestazioni di natura alberghiera (somministrazione di vitto e alloggio) ma consiste nella messa a disposizione del personale medico ausiliario e di quello paramedico, nonché nell’apprestamento dei medicinali e di tutte le attrezzature necessarie, anche in vista di eventuali complicanze; è perciò configurabile una responsabilità autonoma e diretta della casa di cura ove il danno subito dal paziente risulti casualmente riconducibile ad una inadempienza alle obbligazioni ad essa facenti carico, a nulla rilevando che l’eventuale responsabilità concorrente del medico di fiducia del paziente medesimo sia ancora *sub iudice* in altro separato processo”.

<sup>31</sup> Cfr., da ultimo, Cass. 11.05.2009, n. 10741, in *Resp.civ.*, 2009, con nota di Siano; in *Danno e resp.*, 2009, 12, 1167 e ss. con nota di Cacace.



dell'attività sanitaria (*damnum emergens*), sia i mancati guadagni dovuti al detrimento dell'attività professionale conseguente alla lesione del bene salute (*lucrum cessans*).

Con riferimento al danno patrimoniale da “nascita indesiderata”, si è posto tuttavia l'ulteriore problema della possibilità di includere nel risarcimento anche il computo del denaro necessario a sostenere le spese di mantenimento, istruzione ed educazione del figlio non voluto.

La Corte di Cassazione, nella pronuncia *de qua*, ha confermato l'orientamento espresso dalla giurisprudenza di merito che ha accordato ai genitori l'intero pregiudizio economico consistente nelle “spese di cura e di mantenimento del bimbo la cui nascita si sarebbe voluta evitare” e non solo gli oneri aggiuntivi derivanti dall'handicap non diagnosticato<sup>32</sup>.

In verità, questa conclusione<sup>33</sup> non convince totalmente<sup>34</sup> sia perché non appare perfettamente corrispondente al principio di prevedibilità del danno *ex art.* 1225 c.c., sia perché espone al rischio di cd. *overcompensation*<sup>35</sup>. In particolare, si nota che i costi effettivi dell'indicata soluzione si riverbererebbero sul sistema assicurativo con la conseguenza di produrre, nel breve periodo, un aumento vertiginoso dei premi a carico dei medici e, nel lungo periodo, addirittura il rifiuto di assicurare la copertura di alcuni tipi di danni conseguenti all'esercizio dell'attività medica, il che minerebbe la stessa possibilità di ottenere materialmente la liquidazione delle somme accordate in via giudiziaria a titolo di risarcimento del paziente danneggiato. In questo senso, utili insegnamenti si possono trarre dal confronto con l'esperienza francese dove la straordinaria *bagarre* suscitata dal celeberrimo *arrêt Perruche*<sup>36</sup> ha reso necessario l'intervento del legislatore, il quale ha ritenuto opportuno statuire che «I genitori danneggiati dalla nascita di un figlio affetto da un handicap colposamente non diagnosticato dal medico durante la gravidanza, possono ottenere il risarcimento soltanto per il pregiudizio direttamente da essi subito che, in ogni caso, non può comprendere il mantenimento del figlio

---

<sup>32</sup> Quest'orientamento risale a Trib. di Roma 9.03.2004, in *Giur. rom.*, 2004, 152 e in *Danno e resp.*, 2005, 2, 204 con nota di Cacace.

<sup>33</sup> La soluzione positiva riceve, in un certo senso, conforto dal confronto con l'esperienza tedesca ed austriaca. Cfr. BGH 14 novembre 2006 e OGH, 11 dicembre 2007, entrambe reperibili sul in [personaedanno.it](http://personaedanno.it)

<sup>34</sup> *Contra* R. NATOLI, *Consenso informato e obbligazioni di risultato tra esigenze di compensation e esigenze di deterrence*, in *Danno e Resp.*, 2000, 7, 738. In tema di danni risarcibili v. anche F. BILOTTA, *La nascita di un figlio ti cambia la vita: profili del danno esistenziale nella procreazione*, in *Il Danno esistenziale* (a cura di P. Cendon – P. Ziviz), Milano 2000, cap. VIII, 229 e ss.

<sup>35</sup> La questione è chiaramente illustrata da G. PONZANELLI, *La responsabilità medica ad un bivio: assicurazione obbligatoria, sistema residuale no-fault o risk-management*, in *Danno e Resp.*, 2003, 428 e ss.

<sup>36</sup> Sia consentito rinviare ancora una volta il rinvio a C. SIANO, *La tutela giuridica dei soggetti coinvolti nella procreazione*, op. cit., anche per i riferimenti bibliografici del caso.



per tutta la durata della vita dello stesso»<sup>37</sup> rinviando al contempo la compensazione di quest'ultimo alla solidarietà nazionale<sup>38</sup>.

Rispetto ai casi in esame appare, perciò, preferibile la soluzione di riconoscere soltanto un contributo per il mantenimento del bambino, anche in considerazione di una sorta di *compensatio lucri cum damno* con "l'arricchimento" derivante dalla nuova relazione parentale<sup>39</sup>.

Sul versante del danno non patrimoniale, occorre innanzitutto premettere che l'esclusione dello stesso dal novero delle voci del risarcimento per inadempimento contrattuale costituisce, allo stato attuale, un orientamento del tutto superato<sup>40</sup> grazie anche all'interpretazione "costituzionalmente orientata" dell'art. 2059 c.c. Tra le questioni affrontate dalla suprema Corte a sezioni unite nel novembre del 2008<sup>41</sup> vi è, infatti, anche quella della risarcibilità del cd. danno

---

<sup>37</sup> Cfr. art. 1 della *loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé* (attualmente codificato nell'art. L114-5 del *Code de l'action sociale et des familles*), *Dalloz*, 2002, 1217 ss. Per un commento in lingua italiana, v. S. CACACE, *Loi Kouchener: problemi di underdeterrence e undercompensation*, in *Danno e Resp.*, 2003, 4, 435 e ss.

<sup>38</sup> Sul significato in concreto assunto da tale rinvio, cfr. *Loi n. 2005-102 du 11 février 2005 pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées*, *JO 12 février 2005*, 2353. Si rileva tuttavia che in Francia la questione del cd. *bébé prejudice* non ha ancora trovato una soluzione definitiva come di recente sottolineato da S. CACACE, *Figli indesiderati nascono. Il medico in tribunale*, in *Danno e resp.*, 2009, 12, 1190 e ss.

<sup>39</sup> Non è d'accordo sulla possibilità di bilanciare "costi e benefici" della nascita di un figlio, G. FACCI, *I nuovi danni nella famiglia che cambia*, Milano, 2004, 219.

<sup>40</sup> In passato, invece, una parte della dottrina e della giurisprudenza si esprimeva in senso contrario, sottolineando la mancanza nella disciplina codicistica relativa alla responsabilità contrattuale di una norma analoga a quella prevista in materia di responsabilità extracontrattuale nell'art. 2059 c.c. Per superare quest'impasse si è fatto ricorso, in un primo tempo, alla teoria del cumulo o concorso delle azioni per responsabilità civile. Sul punto, cfr. P.G. MONATERI, *Cumulo di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, Milano, 1989, 16. Successivamente, facendo leva sul disposto dell'art. 1174 c.c. che, com'è noto, afferma che "la prestazione che forma oggetto dell'obbligazione deve essere suscettibile di valutazione economica e deve corrispondere ad un interesse, anche non patrimoniale, del creditore", si è affermato il principio secondo cui il risarcimento del danno non patrimoniale deve trovare adeguato spazio anche in ambito di responsabilità per inadempimento o inesatto adempimento della prestazione contrattuale. Sull'argomento, cfr. M. COSTANZA, *Danno non patrimoniale e responsabilità contrattuale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1987, 127 ss. e, più di recente, E. NAVARRETTA-POLETTI, *I danni non patrimoniali nella responsabilità contrattuale*, in E. NAVARRETTA (a cura di), *I danni non patrimoniali: lineamenti sistematici e guida alla liquidazione*, Milano, 2004, 73 e di C. AMATO, *Il danno non patrimoniale da contratto*, in G. PONZANELLI (a cura di), *Il «nuovo» danno non patrimoniale*, Padova, 2004, 141 ss.

<sup>41</sup> Cfr. Cass., S.U., 11.11.2008, nn. 26972, 26973, 26974 e 26975, in *Danno e resp.*, 2009, 19 e ss. e in *Riv. dir. civ.*, 2009, 100 con commento di F.D. Busnelli.





non patrimoniale da contratto, alla quale – con ampie argomentazioni<sup>42</sup> – viene data risposta positiva.

Relativamente alla problematica principale della corretta interpretazione della categoria del danno non patrimoniale, per la quale era stato richiesto l'intervento a sezioni unite, è stata ribadita in tal sede l'unicità dello stesso, che si identifica con la totalità dei pregiudizi capaci di incidere negativamente sul valore uomo<sup>43</sup>.

Più in chiaro, è stato espressamente precisato che “il danno non patrimoniale costituisce una categoria ampia ed omnicomprensiva, all'interno della quale non è possibile ritagliare ulteriori sottocategorie se non con valenza meramente descrittiva. Ciò posto, è stato altresì chiarito che “i pregiudizi attinenti all'esistenza della persona possono essere descritti e definiti – per comodità di sintesi – come “esistenziali”, senza che tuttavia possa configurarsi una autonoma categoria di danno; questi ultimi “saranno risarcibili purché siano conseguenti alla lesione di un diritto inviolabile della persona, diverso dal diritto alla integrità psicofisica”.

Ne consegue, ragionando *a contrario*, che quando risulti provata la lesione all'integrità psicofisica (cd. danno biologico<sup>44</sup>), “il giudice deve evitare ingiustificate duplicazioni risarcitorie e (...) fare riferimento ad un'unica voce di danno non patrimoniale”.

Si riconosce, dunque, al cd. danno biologico una portata tendenzialmente omnicomprensiva<sup>45</sup>, in conformità alla intervenuta definizione normativa contenuta negli artt. 138 e 139 del codice delle assicurazioni (d. lgs. n. 209 del 2005), secondo cui “per danno biologico si intende la lesione temporanea o permanente all'integrità psicofisica 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”.

---

<sup>42</sup> Si esprime in senso critico C. CASTRONOVO, *Danno esistenziale: il lungo addio*, in *Danno e resp.*, 2009, 8 e ss.

<sup>43</sup> Così si esprime A. BIANCHI, *Il valore dell'uomo*, in *Danno e resp.*, 2010, 113.

<sup>44</sup> Su tale voce di danno esiste sterminata dottrina. Si rinvia, per tutti a G. ALPA, *Il danno biologico, percorso di un'idea*, Padova, 2003.

<sup>45</sup> Attenta dottrina ha prontamente parlato di “biologizzazione” del danno non patrimoniale. Cfr. M. GORGONI, *Le duplicazioni risarcitorie del danno alla persona*, in *Danno e resp.*, 2010, 16. *o e resp.*, 2009, 8 e ss.

<sup>45</sup> Così si esprime A. BIANCHI, *Il valore dell'uomo*, in *Danno e resp.*, 2010, 113.

<sup>45</sup> Su tale voce di danno esiste sterminata dottrina. Si rinvia, per tutti a G. ALPA, *Il danno biologico, percorso di un'idea*, Padova, 2003.

<sup>45</sup> Attenta dottrina ha prontamente parlato di “biologizzazione” del danno non patrimoniale. Cfr. M. GORGONI, *Le duplicazioni risarcitorie del danno alla persona*, in *Danno e resp.*, 2010, 16.





Le sezioni unite hanno così recepito e legittimato una definizione “esistenzialistica” del danno biologico che, includendo gli aspetti relativi alla proiezione esterna della persona (tra cui il danno estetico, il danno alla vita di relazione, il danno alla sessualità), mira sostanzialmente a fermare l’ingiustificata proliferazione di danni “bagattellari” disinvoltamente attuata dalla giurisprudenza (soprattutto dei giudici di pace) a tutela di interessi privi di adeguato fondamento giuridico<sup>46</sup>.

Secondo quest’impostazione, non è perciò ammissibile nel nostro ordinamento un danno definito “esistenziale” ed inteso quale “perdita del fare reddituale della persona”, né sono risarcibili i danni non patrimoniali futuri o irrisonori, ossia privi del requisito della serietà o causati da condotte prive del requisito della gravità.

Nonostante la chiarezza di tali statuizioni, la III sezione civile della Corte di Cassazione nella sentenza *de qua* riassume il “danno esistenziale”, nella tradizionale definizione di danno derivante dai “rovesciamenti forzati dell’agenda” e, in stridente contrasto con l’impostazione seguita dalle sezioni unite, afferma che l’inadempimento contrattuale medico-sanitario, derivante dalla mancata diagnosi delle malformazioni fetali, impone ai danneggiati genitori “di condurre giorno per giorno, nelle occasioni più minute come in quelle più importanti, una vita diversa e peggiore di quella che avrebbero altrimenti condotto”.

Il recupero di tale voce di danno porta a riflettere sulla reale possibilità di espungere dal sistema un modello che – a torto o a ragione – ha avuto largo seguito giurisprudenziale per più di un decennio e che certamente risponde ad un’esigenza “risarcitoria” posto che, oltre al bene della salute, esistono altri valori costituzionalmente garantiti<sup>47</sup>.

Tuttavia, stante la definizione di danno biologico sopra riportata, non si comprende perché i giudici di legittimità non abbiano in questo caso rettificato le affermazioni della corte territoriale rispetto al fatto che in ipotesi come quella in esame l’autodeterminazione della paziente costituisce un aspetto della tutela della sua salute psicofisica, preferendo al contrario riabilitare il “danno esistenziale” nella sua classica accezione di significato ed esporsi così a sicure critiche.

---

<sup>46</sup> Cfr. M. FORTINO, *I danni ingiusti alla persona*, op. cit., 181, la quale sottolinea che “la rottura del tacco di una scarpa da sposa, l’errato taglio dei capelli, l’attesa stressante in aeroporto, il disservizio di un ufficio pubblico, l’invio di contravvenzioni illegittime, la morte di un animale da affezione, il mancato godimento della partita di calcio per televisione determinato da black-out elettrico” costituiscono “pregiudizi di dubbia serietà a prescindere dall’individuazione dell’interesse leso e quindi del requisito dell’ingiustizia”.

<sup>47</sup> Il maggiore contributo della dottrina “esistenzialistica” è ben sintetizzato da A. BIANCHI, op.cit., 115, il quale sottolinea che essa ha avuto il merito di farci comprendere “che non la sola biologia ma l’intera biografia della persona possa essere, in linea di principio, danneggiata”.



Ad essere più chiari, lo sconvolgimento dell'esistenza, in termini di opportunità mancate, di svolgimento di un'attività lavorativa, di gestione del proprio tempo e dei propri spazi e di tutte le altre attività umane notoriamente suscettibili di essere limitate dalla nascita di un figlio non voluto e per di più affetto da handicap, dovrebbero essere valutate – a nostro sommo avviso – come ripercussioni negative del pregiudizio al benessere psicofisico della gestante, essendo esse inevitabilmente connesse, se non a disturbi fisici quantomeno al disagio psicologico derivante dal rifiuto della maternità da parte della donna, che rientra nel concetto ampio di salute alla cui tutela presidia la categoria del danno biologico. Stesso discorso avrebbe potuto essere portato avanti sul versante paterno, una volta affermato che quest'ultimo rientra tra i soggetti protetti dal contratto concluso tra la gestante e l'ente ospedaliero e dopo aver fornito adeguata prova circa il fatto che la conoscenza dello stato di salute del feto fosse finalizzata, nell'eventualità di un esito negativo, alla condivisione della difficile scelta abortiva.

Al contrario, la suprema Corte nel richiamarsi nuovamente agli sconvolgimenti dell'agenda, ossia al “fare arduo” dei genitori, sembra fornire tutela alla libera scelta degli stessi di impiegare il proprio tempo e la propria vita in attività diverse dalla crescita di un figlio, il che non solo non è coerente con le disposizioni della legge n. 194/1978, ma finisce anche per sconfessare le affermazioni delle sezioni unite in merito al necessario appiglio costituzionale delle formulate ipotesi di “danno esistenziale”.

Si è persa così l'occasione per “sistematizzare” il danno in questione, incorrendo nuovamente nel rischio di sovrapporre la tutela delle attività realizzatrici della persona, nel cui novero certamente rientra l'esercizio del diritto alla procreazione cosciente e responsabile, con quella della lista degli *hobbies* a cui ci aveva abituato la giurisprudenza “esistenzialistica” e che, risultando priva di fondamento giuridico, si intendeva debellare.