

Filiazione indesiderata e maternità con raggio: profili risarcitori

di

Antonio Lepre*

SOMMARIO: 1. La nascita indesiderata e le esperienze straniere – 2. La visione della giurisprudenza italiana sul punto: la posizione della madre ed il bene tutelato – 3. La tutela risarcitoria in favore del padre – 4. - ...e dei fratelli – 5. Nascita indesiderata e concepimento frutto di inganno

1. La nascita indesiderata e le esperienze straniere

La tematica relativa al c.d. danno da procreazione è tra le più delicate da affrontare, per le rilevanti questioni etiche che vi sono sottese incentrate per più versi, almeno in apparenza, proprio sulla stessa concezione che si ha del valore della vita; nonché perché coinvolge diritti fondamentali della persona attinenti alla autodeterminazione su aspetti determinanti dell'esistenza di ciascuno di noi¹, quali certamente sono quelli relativi alla scelta se e quando avere dei figli².

Il che porta con sé il rischio che, sotto un'apparente disamina scientifica delle relative problematiche, si manifestino, in realtà, convinzioni di natura diversa, sicché appare prezioso l'invito rivolto già nel 1956 da uno dei più illustri studiosi del diritto civile, secondo cui, nello studio di queste tematiche, è opportuno adottare «un criterio di valutazione rigorosamente formale e dimenticare i valori spirituali che in sé la vita racchiude»³.

* Magistrato. Già dottore di ricerca e professore a contratto.

¹ Cfr. Corte Cost. 10.06.2014, n. 162: «la scelta di tale coppia di diventare genitori e di formare una famiglia che abbia anche dei figli costituisce espressione della fondamentale e generale libertà di autodeterminarsi, libertà che, come questa Corte ha affermato, sia pure ad altri fini ed in un ambito diverso, è riconducibile agli artt. 2, 3 e 31 Cost.».

² Cfr. art. 1, L. n. 194/1978 secondo cui «lo Stato garantisce il diritto alla procreazione cosciente e responsabile».

³ RESCIGNO, *Il danno da procreazione*, in *Riv. dir. civ.*, 1956, p. 630.

L'espressione <<danno da procreazione>> è volutamente generica, poiché ricomprende al suo interno varie fattispecie differenti tra loro, quali il danno provocato alla salute del feto da un terzo, oppure dagli stessi genitori quando, concependo il figlio, abbiano, nel contempo, trasmesso a quest'ultimo una malattia⁴.

Con la diffusione e rilevanza della c.d. pianificazione familiare⁵, consistente nella progettazione da parte della coppia di un certo tipo di vita in base anche a determinate previsioni economiche, cui ha corrisposto la diffusione degli anticoncezionali, delle operazioni di sterilizzazione e consulenze genetiche, da un lato, e, dall'altro, la prevista liceità (sia pure in presenza di presupposti incidenti sulla salute della madre) dell'interruzione di gravidanza, l'attenzione si è, progressivamente, spostata su due ipotesi principali: la *wrongful birth*, vale a dire la nascita indesiderata di un figlio; e la *wrongful life*, vale a dire la vita indesiderata, caratterizzata da una pretesa risarcitoria avanzata in prima persona dal bambino nato con problemi di salute, anche quando i genitori abbiano tentato di evitare, a seconda dei momenti in cui hanno medicalmente agito, lo stesso concepimento oppure la nascita; pregiudizio della salute, si noti bene, però, non dipendente da un errato intervento del medico⁶.

Il tema della pianificazione familiare e, quindi, del diritto all'autodeterminazione alla procreazione responsabile, ha avuto, altresì, come riflesso speculare la tematica dell'individuazione di ulteriori situazioni in cui risulta necessaria una corretta informazione perché la nascita di un figlio sia effettivamente frutto di una scelta consapevole⁷.

⁴È il noto caso deciso da Trib. Piacenza, 31.07.1950, in *Foro it.*, 1951, I, c. 987, che, poi, ha rappresentato l'occasione perché la dottrina cominciasse ad approfondire il tema con analiticità.

⁵Trib. Milano 20.10.1997; altresì Trib. Reggio Emilia, 07.10.2015.

⁶ Per approfondimenti, cfr. MARTIRE, *Il diritto alla "non vita" al vaglio delle Sezioni Unite. A proposito di Cassazione, Sezioni Unite, n. 25767/15*, in *AIC*, fasc. 1, 2016.

⁷ Sottolinea il legame tra autodeterminazione e corretta informazione, IULIANO, *Responsabilità civile – L'affidamento giuridicamente rilevante in tema di capacità procreativa*, in *Giur. it.*, 2018, 7, 1606 secondo cui il <<nesso tra falsa informazione e diritto all'autodeterminazione è risalente e, anzi, rappresenta uno dei terreni di elezione del danno meramente patrimoniale ovvero, com'è stato detto "la questione più controversa tra quelle che si collocano ai confini tra contratto e torto">>.

Ecco, quindi, emergere la problematica – per altri versi classica – di specifici doveri informativi a carico dei professionisti medici, che si trovino a porre in essere trattamenti sanitari destinati ad incidere sulla possibilità o meno di avere figli oppure di portare a conclusione una gravidanza.

Ma accanto a tale ipotesi, l'esame della casistica ha portato all'emersione anche di situazioni completamente diverse da quelle di tipo sanitario e caratterizzate nondimeno da un affidamento in altrui rassicurazioni poi rilevatesi infondate. Ecco, allora, che tematiche tradizionalmente estranee alla sfera del diritto, perché riservate ad una dimensione meramente sociale e interpersonale, attraverso l'ampio strumento della tutela risarcitoria, sono portate all'attenzione dei giudici, che si trovano, così, a dover esaminare fattispecie, sotto il profilo giuridico, certamente non scontate.

E' questo il caso delle pretese risarcitorie avanzate da un padre nei confronti della madre del figlio da lui non voluto, contestando il comportamento illecito della *partner* per aver rappresentato una infertilità in realtà inesistente; rassicurazione sulla quale, quindi, avrebbe fatto affidamento il *partner* maschile, che – pur non volendo generare – si è così convinto di poter avere il rapporto sessuale senza dover adottare alcun anticoncezionale.

Dalla tradizionale omessa informazione da parte del medico, di cui tuttavia spicca la posizione qualificata di protezione e cura, si è arrivati così alla informazione volutamente ingannevole da parte di chi non sembrerebbe avere, invece, alcuna posizione di garanzia o comunque tale da rendere ragionevole l'altrui affidamento.

E queste ultime evoluzioni, come si vedrà anche in seguito, rendono ancora più evidente come tale tematica, allora, sia destinata a coinvolgere inevitabilmente aspetti metagiuridici di tipo etico, che talvolta si ha la sensazione abbiano, anche se non consapevolmente, costituito la vera *ratio decidendi* delle determinazioni dei giudici, così comportandone incertezze e contraddizioni.

A riprova di quanto detto, e tornando alla tematica classica della filiazione indesiderata per errore sanitario, basti verificare, ad esempio, le originarie

contraddizioni e prese di posizione della giurisprudenza tedesca⁸ e francese, oppure i contrasti tra la giurisprudenza e le scelte contrarie del legislatore⁹.

E a ben vedere, anche la stessa disamina della giurisprudenza italiana mostra in origine incertezze che talvolta non sembrano sempre essere state determinate da riflessioni squisitamente giuridiche, bensì da convinzioni valoriali in ordine al significato da attribuire in senso ampio e quindi in senso anche morale ed esistenziale alla nascita di un figlio. Anche se, deve dirsi, che il diritto vivente

⁸ A tal proposito, vedi Corte Costituzionale tedesca, ove la seconda sezione nel 1993 (in caso di aborto non riuscito) ha negato, sia pure in un *obiter dictum*, la risarcibilità della filiazione indesiderata (BverfG 28 maggio 1993, in JZ, 1993; la citazione e le altre che verranno sulla giurisprudenza tedesca sono tratte da *Il commento*, di D'USSEAUX, in *Danno e resp.*, 1998, p. 425 e ss.) Tuttavia, la medesima autorità giurisdizionale con la prima sezione nel 1997 (BverfG 12 novembre 1997, in NJW, 1998 e, tradotta in italiano, in *Danno e resp.*, 1998, p. 419 e ss. con il citato commento di d'Usseaux) ha affermato la piena conformità alla Legge Fondamentale di quella giurisprudenza che accorda il risarcimento del danno patrimoniale (parametrato in relazione alle tariffe previste per il mantenimento dei bambini nati al di fuori della famiglia legittima) e di quello morale in alcune ipotesi di filiazione indesiderata (in particolare, in caso di fallita sterilizzazione e di omessa informazione. Sui differenti criteri di quantificazione, poi, del danno patrimoniale si rinvia a D'USSEAUX, *LoSchmerzensgeld e il risarcimento del danno patrimoniale per la nascita indesiderata nell'ordinamento tedesco*, in *Un bambino non voluto è un danno risarcibile?*, a cura di D'ANGELO, Giuffrè, 1999, p. 142. Più di recente, cfr PALAZZO, *La Filiazione*, 2007, Milano, p. 130 e ss.

⁹ Cfr., infatti, i contrasti esistenti nel giudice ordinario francese tra le ipotesi di nascita di figlio sano dove la giurisprudenza ha negato il diritto al risarcimento danno e l'ipotesi di nascita con figlio nato con malformazioni genetiche dove si è invece riconosciuto il ristoro patrimoniale. Per la prima ipotesi, cfr. Cass. 25.06.1991; per la seconda, cfr. Cass. 26.03.1996; Cass. 17.11.2000. Il giudice amministrativo, invece, tende a negare il risarcimento anche in caso di malformazione del nato, cfr. Consiglio di Stato, 14.02.1997. Si sofferma sull'analisi di questa sentenza, rapportandola anche alle decisioni italiane, DASSIO, *Il principio di irrisarcibilità della nascita indesiderata nell'ordinamento francese*, in *Un bambino non voluto è un danno risarcibile?*, *op. cit.*, p. 115. Che la nascita di un figlio, invece, determini conseguenze economiche negative, a prescindere dalle sue condizioni di salute, è da tempo pacifico nella nostra giurisprudenza, cfr. già Cass. 29.07.2004, n. 14488. È nota infine la risposta del legislatore francese alla Cassazione francese per il celebre *Arret Perruche*; la suprema Corte francese nella sua composizione plenaria (Cass., ass. plén., 17.11.2000, no. 99-13.701 ; Bull. AP n°9) aveva riconosciuto il diritto al risarcimento per la vita indesiderata. Il legislatore francese, mosso anche da motivazioni di natura economica, è intervenuto con la legge Kouchner del 4 marzo 2002 n.303, <<Loi relative aux droits de malades et à la qualité du système de santé>> negando il risarcimento in favore del minore -salvo le ipotesi in cui l'atto, commissivo od omissivo, del medico abbia provocato direttamente o aggravato l'handicap, o non abbia permesso di prendere misure in grado di attenuarlo- per lesione del diritto a non nascere; l'art. 1, L. 4.3.2001, infatti, (cd Legge Anti-Perruche), decretava, senza mezzi termini, che <<nessuno può chiedere il danno solo a causa della sua nascita>>. In ogni caso, per una disamina dello stato del dibattito francese anche in relazione al famoso caso della riconosciuta risarcibilità della vita indesiderata, cfr. PALAZZO, *op. cit.*, p. 130 e ss., nonché PONCIBÒ, *La nascita indesiderata tra Italia e Francia*, in *Giur. it.*, 2003, 5, nota a Cass. 10.05.2002, 6735

italiano non si è tanto interrogato sull'*an* del risarcimento in caso di filiazione indesiderata, quanto sul *quantum* da risarcire¹⁰.

2. *La visione della giurisprudenza italiana sul punto: la posizione della madre ed il bene tutelato*

In questo contesto così problematico si inserisce la giurisprudenza italiana, che, in ogni caso, si caratterizza per il fatto di aver dimostrato – al di là di tentennamenti iniziali – di comprendere con chiarezza quali siano i reali termini del problema, come, cioè, la questione non riguardi la qualificazione di un figlio in termini di danno e, quindi, il valore morale da attribuirsi alla nascita di un uomo, bensì, molto più semplicemente, la regola da applicare in ordine alle conseguenze pratiche cui viene incontro un genitore quando venga al mondo un figlio in origine non voluto.

Va osservato in via preliminare che, in genere, la giurisprudenza italiana, che siano oppure no condivisibili le conclusioni cui perviene, ha un approccio metodologicamente più rispettoso delle norme di diritto quando affronta il problema se, in caso di nascita non voluta, spetti il risarcimento. Si afferma, infatti, da parte di un attento autore¹¹ come la stessa giurisprudenza si sia, in questa particolare materia ed in assenza di indicazioni normative adeguate, fatta essa stessa dottrina, dimostrando una notevole propensione ad applicare i principi generali scaturi da implicazioni attinenti alla sociologia, all'etica ed alla morale.

E' utile, in proposito, ripercorrere l'*iter* giurisprudenziale, muovendo dalla prima pronuncia in tema di errata interruzione di gravidanza con conseguente filiazione indesiderata, emessa dal Tribunale di Padova il 09.08.1985, rispetto la quale la dottrina avvertì subito che <<volendo (...) avanzare qualche previsione

¹⁰ Cfr. sul punto, FERRERO, *Nascita indesiderata – Nascita sana ma non voluta: i danni risarcibili in caso di omesso intervento di sterilizzazione*, in *Giur. it.*, 2017, 7, 1598, nota a Trib. Reggio Emilia Sez. II, 07.10.2015, dove appunto si rileva come <<secondo la giurisprudenza più risalente il danno patrimoniale doveva ritenersi irrisarcibile, in considerazione del fatto che configurare il mantenimento del figlio come una perdita equivale a considerare in termini strettamente economici la vita umana, con la precisazione che l'onere di mantenimento dovrebbe in ogni caso essere compensato dai vantaggi morali e materiali che il figlio potrà apportare nella vita dei genitori>>.

¹¹ BUSNELLI, *Verso una giurisprudenza che si fa dottrina. Considerazioni in margine al revirement della Cassazione sul danno da cd <<nascita malformata>>*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, n. 6, p. 1519 e ss.

sullo sviluppo della giurisprudenza in materia, l'impressione è che l'elemento di maggiore incertezza, più che dall'*an*, sarà costituito dal *quantum*>>¹².

Il Tribunale patavino statuì che <<non pare accettabile rapportare il danno al gravoso onere del mantenimento del figlio (...) perché l'onere del mantenimento è compensato da diritti che sorgono in capo ai genitori nel rapporto con il figlio>>, e <<la nascita del bambino non può significare una sterile equiparazione tra la colpa professionale ed onere di mantenimento>>, in quanto vi sono <<valenze positive (...) sentimenti ed aspetti che sfuggono alla valutazione civilistica ma costituiscono un patrimonio morale di estrema importanza>>; ne consegue che il <<danno va circoscritto (...) ai disagi affrontati dai genitori per la nascita avvenuta in un momento di difficoltà, agli ostacoli che tali nuovi doveri possono avere portato nella realizzazione anche economica di una giovane coppia>>.

In commento proprio a questa decisione, autorevole dottrina, pur salutando con favore il fatto che il Tribunale non era incorso nell'equivoco di confondere l'idea della nascita con le conseguenze da questa derivanti in relazione al rapporto con i genitori, ha proposto - sulla scia evidente di quanto accade in partenella giurisprudenza tedesca e francese - di collegare il danno risarcibile alla *ratio* della legge 22.05. 1978, n. 194, da identificarsi nell'esigenza di tutela della salute della donna¹³. Tale tesi, quindi, individua, quale oggetto di tutela, proprio l'incolumità della madre, unico soggetto effettivamente leso dalla negligente attività medica, bene di per sé rilevante e tutelato dalla predetta legge (art.1, 4, 6 e 7) nonché dalla Costituzione e da molteplici Convenzioni internazionali.

Proprio questa impostazione, in riforma delle pronunzie di primo e secondo grado, sembra essere alla base della decisione della Corte di Cassazione, 8 luglio

¹² ZENO-ZENCOVICH, *Responsabilità e risarcimento per mancata interruzione della gravidanza*, in *Foro it.*, 1986, c. 2001.

¹³ ZATTI, *Nota di commento*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1986; I, c. 120, ove si specifica come <<la valutazione del rapporto tra la l'evento della nascita e la persona del genitore>> può far riguardare la nascita come evento dal significato non univoco - portatore per un verso di <<doni>>. Per l'altro di difficoltà, tra le quali non è scandalo, in materia risarcitoria, includere l'adempimento dei doveri verso i figli - o addirittura come evento di significato univocamente negativo - si pensi, per averne la più incontestabile evidenza, al caso di violenza su donna inferma di mente>>.

1994, n. 6464, ove si afferma che «nel caso di responsabilità del sanitario per la mancata interruzione della gravidanza nei casi previsti dalla L. 22.05.1978, n. 194, il danno risarcibile è solo quello dipendente dal pregiudizio alla salute fisio-psichica della donna specificamente tutelata dalla predetta legge, e non quello più genericamente dipendente da ogni pregiudizievole conseguenza patrimoniale dell'inadempimento del sanitario, quale il costo della nascita del figlio indesiderato o del suo allevamento, che di per sé non sono considerati un fatto ingiustamente dannoso neppure in presenza di precarie condizioni economiche della madre, le quali sono assunte come condizione giustificatrice della interruzione della gravidanza solo per la loro possibile influenza sulle condizioni fisio-psichiche della donna».

Queste le linee tracciate dalla prima decisione della Suprema Corte che ha affrontato *ex professo* la tematica in esame; linee interpretative, tuttavia, poco soddisfacenti sul piano dei principi generali, dove non si ravvede alcuna disposizione che vincoli il danno risarcibile alla *ratio* e cioè al tipo di bene tutelato dalla norma prescrittiva violata.

Questo spiega come mai la giurisprudenza ha sostanzialmente ritenuto, a volte in modo esplicito, altre seguendo vie più tortuose, di andare di diverso avviso.

Significativo, in questo senso, Trib. Cagliari, 23 febbraio 1995¹⁴, ove si legge che i giudici ritengono di «dover dissentire dalle argomentazioni di cui alla recente sentenza della Corte di Cass. n. 6464/94».

¹⁴ Poi riformata da App. Cagliari, 12.11.1998, che, invece, fece applicazione del principio di Cass. 08.07.1994, n. 6464, affermando che « caso di mancata interruzione della gravidanza ex art. 4 l. n. 194 del 1978, a seguito dell'imperizia o negligenza del medico, la struttura sanitaria da cui dipende il medico che ha eseguito materialmente l'intervento è tenuta al risarcimento dei danni a favore della donna, non per il solo fatto dell'inadempimento, ma solo se, alla luce dell'interesse protetto dall'art. 4 l. n. 194 del 1978, risulti provato il danno alla salute di questa, o anche il serio pericolo di danno. Pertanto, l'entità del risarcimento va determinata in quella somma necessaria a rimuovere le difficoltà economiche idonee ad incidere negativamente sulla salute della donna, ovvero a risarcire i danni alla salute in concreto subiti. Nulla invece è dovuto in ordine alle spese che la donna dovrà affrontare per il mantenimento del nuovo nato».

Opinò, infatti, quel Tribunale che le conseguenze dell'inadempimento della struttura sanitaria, ove era stato praticato senza successo l'intervento interruttivo della gravidanza, devono essere valutate <<alla luce dei principi generali dettati in tema di responsabilità civile>>, dai quali consegue che <<la scorretta esecuzione della prestazione obblighi il responsabile al risarcimento di tutti i danni che in conseguenza del suo operato si siano verificati nel patrimonio del creditore>>.

Ancor più complesso e, spesso, tortuoso il percorso seguito, invece, da Trib. Milano, 20 ottobre 1997¹⁵, chiamato a decidere su un'ipotesi di intervento di vasectomia non correttamente eseguito, e che, pure, ritenne di doversi discostare dal menzionato orientamento di legittimità.

Si legge, infatti, che <<pur ragionando in termini rigorosamente laici, non sembra in alcun modo possibile assimilare una vita alla perdita subita dal creditore di una prestazione rimasta inadempita (ex art. 1223 c.c.)>>, in quanto <<considerare il mantenimento del figlio così venuto ad esistenza al pari di una perdita per il creditore implica, oltre ad una dilatazione del concetto di "conseguenza diretta ed immediata" dell'inadempimento, una considerazione della vita umana in termini esclusivamente economici che appare inaccettabile sotto ogni profilo>>. <<Ancora una volta, non appare necessaria una visione della realtà informata a principi religiosi (che pure fanno parte del modo di sentire di una buona parte della società) per considerare che l'esperienza di un figlio non può essere ridotta ai costi di vario genere che essa implica. (...) ove si volessero "isolare" gli oneri economici, dovrebbero considerarsi anche i vantaggi, le soddisfazioni, gli appagamenti, ed i possibili ritorni patrimoniali futuri che da un figlio possono derivare in una sorta di irrealizzabile (vista la incommensurabilità dei valori in discussione) *compensatio lucri cumdamno*>>.

Prescindendo tanto dalla considerazione che un figlio porti gioie ed arricchisca l'esistenza data l'irrilevanza giuridica della stessa, quanto dalla impossibilità di operare la c.d. *compensatio lucri cum damno* data la eterogeneità della natura dei beni da compensare (economici da un lato, ed esistenziali

¹⁵Trib. Milano 20 ottobre 1997.

dall'altro)¹⁶, tralasciato, inoltre, il richiamo ai <<possibili ritorni patrimoniali futuri che da un figlio possono derivare>>, attesa la forte aleatorietà di questa eventualità; è importante sottolineare che, però, il Tribunale, quando deve liquidare il danno conseguente alla violazione del diritto alla procreazione cosciente e responsabile, afferma che <<sono risarcibili (...) le conseguenze pregiudizievoli costituite, non già dal costo del mantenimento del figlio, ma dall'impossibilità per i genitori di spendere, a proprio esclusivo vantaggio, secondo il modello di vita che si erano prefigurati, parte dei propri redditi>>.

Si ha, insomma, la sensazione di un mero gioco di parole, atteso che, sotto il profilo economico, l'effetto principale della nascita di un figlio è proprio quello che, a causa del suo mantenimento, i genitori dovranno rinunciare ad impiegare parte dei propri redditi a proprio esclusivo vantaggio (essendo questa, sotto il profilo eminentemente patrimoniale, l'essenza dell'obbligo di mantenimento); sicché, arbitraria appare, peraltro, la decisione quando arriva alla determinazione di liquidare non l'intero costo del mantenimento, ma solo una parte dello stesso.

Le posizioni assunte dalla giurisprudenza di merito in contrasto con quanto enunciato dalla Corte di Cassazione n. 6464/94 meritano un approfondimento, al fine di comprenderne le ragioni di fondo.

I criteri enunciati dal giudice di legittimità, in relazione ai danni da risarcire in caso di aborto non riuscito, non appaiono, si è detto, convincenti per diversi motivi.

È, in primo luogo, discutibile la stessa premessa del ragionamento, ovvero la tutela legislativa del bene salute della donna. Pare, infatti, più corretto ritenere che ad essere tutelato sia il diritto-potere della madre di scegliere, cioè di autodeterminarsi¹⁷, in caso di pericolo per la sua salute, in relazione al fatto di

¹⁶ V., in questo senso, Trib. Venezia, 10.09.2002; in dottrina, BARDARO, *Nascita indesiderata per errata prescrizione contraccettiva fra onere probatorio, interesse leso e danno risarcibile*, in *Res. civ. e prev.*, 2014, p. 1265, specificamente dub par. 7 *La compensatio lucri cum damno*, in commento a Trib. Milano 31 marzo 2014, n. 3477.

¹⁷ FRANZONI, *Riflessioni a margine della sentenza sul diritto a nascere sani*, in *Jus Civile*, 2016, 6, p. 436;

portare oppure no a termine la gravidanza: sembra questa la *ratio* reale a qualificare la *ratio* della legge n. 194/78¹⁸.

In materia, cioè, così come in altri campi, attraverso l'assolutizzazione del principio di autodeterminazione, ritenuto altresì diritto fondamentale della persona¹⁹, si deve considerare, quale oggetto di tutela, proprio il diritto da parte della gestante di scegliere liberamente di interrompere il percorso prenatale, interpretando evolutivamente la legge sull'aborto del 1978.

È, poi, ancora più significativo, osservare come il riferimento al presunto oggetto di tutela della norma, contenuto nella sentenza n. 6464/94 della Suprema Corte, al fine di identificare i danni meritevoli di risarcimento, non costituisce il criterio solitamente adoperato dai giudici di legittimità, né dai giudici di merito, quando si applica correttamente la regola generale dell'art. 1223 c.c.

Basti pensare a tutte le ipotesi di responsabilità sanitaria, ove, pur essendo dalle norme tutelata la salute in quanto tale, mai si è dubitato che dovessero risarcirsi tutti i danni, patrimoniali e non, derivanti dalla compromissione del bene della salute del paziente, non rinvenendosi alcun precedente che abbia affermato la risarcibilità del solo danno biologico. Si deve, sul punto, cercare di evitare una ingiustificata disparità di trattamento, non potendosi limitare la posta risarcitoria al solo danno-evento ed alle sole conseguenze pregiudizievoli patrimoniali scaturenti dalla lesione del diritto all'incolumità psico-fisica.

In sintesi, proprio la circostanza che il genitore è sempre inderogabilmente tenuto a prestare il mantenimento induce a dire che diversa è la posizione di chi si trova ad esserne gravato per propria scelta, rispetto a chi, invece, si trova

¹⁸ Cass. 29.07.2004, n. 14488, secondo cui <<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>>. Ed, infatti, al fine di ottenere il risarcimento del danno, coerentemente con questa premessa, Cass. sez. un. 22.12.2015, n. 25767 afferma che << il genitore che agisce per il risarcimento del danno ha l'onere di provare che la madre avrebbe esercitato la facoltà d'interrompere la gravidanza - ricorrendone le condizioni di legge - ove fosse stata tempestivamente informata dell'anomalia fetale>>.

¹⁹ Corte Cost. 23.12.2008 n. 438, in BUSNELLI, *Verso una giurisprudenza che si fa dottrina. Considerazioni in margine al revirement della Cassazione sul danno da cd <<nascita malformata>>*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, p. 1520.

destinatario di tale obbligazione in conseguenza di un fatto illecito del terzo, per giunta tenuto, se del caso ed in presenza di una richiesta in tal senso, proprio ad evitare quella filiazione.

Del resto, tali affermazioni trovano conferma proprio nella giurisprudenza che, in caso di seduzione con promessa di matrimonio seguita dalla nascita di un figlio, non ha esitato a condannare il padre, prescindendo dal riconoscimento del figlio, a risarcire i danni derivanti dal mantenimento²⁰, il tutto con l'approvazione, peraltro, di autorevole dottrina.²¹ In ipotesi siffatta, è lecito presumere che la decisione fosse in linea con il comune sentire, etico e religioso. Ma non è altrettanto lecito domandarsi se le situazioni protette, pur così diverse, siano assimilabili in punto di diritto sul piano della libera scelta, della volontarietà, quindi, delle conseguenze da trarne?

Ciò detto, si deve, poi, rimarcare come persistano altre ambiguità interpretative.

Di recente, infatti, Cass. sez.un. 22.12.2015, n. 25767²², hanno ribadito il tradizionale orientamento in tema di oneri probatori e quindi la necessità che la madre fornisca la prova del nesso causale tra la mancata informazione e la nascita indesiderata, gravando, in virtù del principio di vicinanza della prova, sulla stessa l'onere di dimostrare, secondo il criterio del *più probabile che non* – ed, anche a mezzo di presunzioni semplici – che, ove tempestivamente informata, non avrebbe proseguito nella gravidanza.

²⁰Cass., 18.06.1968, n. 2019; affermano il principio della risarcibilità dei costi derivanti dal mantenimento, anche Cass., 9.11.1973, n. 2947; Cass., 24.01.1972, n. 178.

²¹OPPO, *L'inizio della vita umana*, in *Riv. dir. civ.*, 1982, p. 508, ove si afferma che «quando ad esempio la giurisprudenza – su uno o altro presupposto – valuta il danno risarcibile della seduzione seguita dalla nascita di un figlio in termini non solo di aggravio economico ma di disdoro, di difficoltà di una sistemazione professionale e familiare, insomma di «deteriore posizione sociale» non le si può dar torto. (...) Qui non solo si riaffaccia il tema della responsabilità per il concepimento ma può affacciarsi un altro problema, quello della evitabilità della nascita come problema di risarcibilità del danno da nascita non più da parte dell'autore del concepimento ma da parte di chi – dovendo o potendo – non abbia evitato alla madre la nascita».

²²In commento a questa pronunzia, cfr. RUSSO, *Nascita indesiderata e diritto della madre a non procreare*, in *Ilfamiliarista.it*, fasc. 29 marzo 2015; per una disamina dei contrasti in giurisprudenza prima delle menzionate sezioni unite, cfr. BILÒ, *Nascita e vita indesiderate: i contrasti giurisprudenziali all'esame delle sezioni unite*, in *Corr. Giur.*, 2016, 1, 41

Da ultimo, deve però segnalarsi come il giudice di legittimità abbia parzialmente rivisto le sue conclusioni nel senso di riconoscere una potenzialità dannosa all'omessa informazione in quanto tale e quindi differente rispetto al danno derivante dalla nascita indesiderata.

Con la sentenza n. 16892 del 25 giugno 2019, infatti, la Suprema Corte, proprio in un caso di nascita indesiderata, ha cassato la decisione impugnata, poiché il giudice di merito aveva esaminato solo ed esclusivamente l'aspetto relativo alla configurabilità di un danno per nascita indesiderata conseguente ad omessa informazione relativa a malformazioni del feto, senza prendere in considerazione l'omissione in quanto tale. Specificamente, il giudice di legittimità ha rimarcato come la pronunzia del giudice di merito, obliterano l'esame delle conseguenze della violazione del dovere di informazione, aveva impedito di verificare la sussistenza di danni potenzialmente connessi a tale violazione, quali l'impossibilità di prepararsi, come genitori, psicologicamente e materialmente alla nascita di un figlio malformato.

Ciò, del resto, risulta in linea con quell'orientamento che ha, ormai, superato la concezione degli oneri informativi in materia di consenso medico quali obbligazioni accessorio-integrative rispetto alla terapeutico-diagnostica, intesa quale unica obbligazione principale²³. Orientamento, tuttavia, che presenta alcune criticità con riferimento alla configurabilità concreta di pregiudizi siffatti, problematica che, rispetto ai danni non patrimoniali, sempre più sembra piegare la funzione risarcitoria a finalità sanzionatorie e non eminentemente ripristinatorie, apparendo talvolta la riconduzione del pregiudizio non patrimoniale a valori costituzionali una sorta di camuffamento per riconoscere un risarcimento con prevalenti finalità punitive²⁴.

²³ Sulla rilevanza autonoma dell'omessa informazione da parte del sanitario, cfr. Cass. 13.02.2015 n. 2854; nello stesso senso già Cass. 16.05.2013 n. 11950.

²⁴ Sulla funzione anche punitiva che, a certe condizioni, può assumere il risarcimento del danno nell'ordinamento italiano, cfr. Cass. sez. un. 5.07.2017 n. 16601. In ordine alle problematiche esistenti tra rimedi di tutela per la violazione dei diritti fondamentali e ipotesi risarcitorie in forma specifica e/o in forma punitiva, cfr. NAVARRETTA, *Il risarcimento in forma specifica e il dibattito sui danni punitivi tra effettività, prevenzione e deterrenza*, in *Resp. civ. e prev.*, 2019, p. 6 e ss.;

3. *La tutela risarcitoria in favore del padre*

Assumono, infine, particolare rilievo, ai fini della indagine de qua, le questioni circa l'esperibilità delle azioni "*wrongful birth*" da parte del padre e dei fratelli²⁵.

Mentre, infatti, per la gestante, parte di un rapporto qualificato con la struttura sanitaria e con il medico, in caso di nascita indesiderata, si tende a riconoscerle pretese risarcitorie, si discute se è possibile individuare gli altri componenti del nucleo familiare come ulteriori soggetti protetti dall'ordinamento nel caso in cui la madre sia privata del diritto di interrompere la gravidanza.

Si potrebbe risolvere positivamente argomentando dagli articoli 2 e 3 della Costituzione, che nell'affermare i principi di solidarietà sociale ed uguaglianza, rendono, sulla base, altresì, di esigenze di giustizia sociale, gli altri familiari direttamente interessati dalle vicende prenatali, e, quindi danneggiati da una nascita non voluta. Essendo indiscutibile che la famiglia, infatti, appartiene, tradizionalmente a quelle formazioni sociali in cui si esplica la personalità di ciascun individuo.

Contrasta tale soluzione, però l'orientamento che, sulla base della legge sull'interruzione volontaria, ritiene tutelabile soltanto la madre, per privazione del diritto di abortire per effetto di errore dell'operatore sanitario. Ciò perché la legge 22.5.1978, n. 194 individuerrebbe quale unico soggetto i cui interessi vadano salvaguardati la gestante, titolare di quel potere di scelta già menzionato.

In particolare, per quanto riguarda il padre, è possibile trarre in rassegna tre diversi ordini di decisioni che si sono succedute nel tempo.

Secondo un primo e meno recente orientamento giurisprudenziale²⁶, non si riconosceva ai prossimi congiunti alcun risarcimento del danno non patrimoniale per la privazione del diritto di abortire in capo alla gestante. Sul punto, il ragionamento della Cassazione si fondava sia sulla legge del 1978 -che attribuisce il

²⁵ Sul punto PATTI, *Danno da nascita e danno da morte: due sentenze a confronto*, in *Resp. civ. e prev.*, 2014, 3, pag. 777; vedi, altresì, Cass. 01.01.2010, n. 13.

²⁶ Cass. 11.02.1998, n. 1421; nello stesso senso, già Corte Cost. 05.05.1994, n. 171 nell'affermare la legittimità costituzionale della legge n. 194 nella parte in cui non prevedeva l'intervento del padre nella scelta della gestante.

diritto di abortire alla sola madre-, che sugli artt. 1223 e 2056 c.c. che limitano il risarcimento alle sole sofferenze che siano conseguenza immediata e diretta dell'illecito.

Diversamente nello stesso anno²⁷, il giudice di legittimità adottava una soluzione favorevole al risarcimento del danno in favore dei prossimi congiunti, avvalendosi la teoria (di origine francese) dei danni riflessi o di rimbalzo²⁸.

Sul punto, la posizione più recente²⁹, inaugurata dalla pronuncia di legittimità n. 14488 del 2004 e confermata da una pronuncia del 2005³⁰, superando la teorica dei danni riflessi, individua tra i soggetti protetti dalla relazione qualificata sanitario/gestante anche il padre, così consentendogli di agire, anche autonomamente, contro il medico che abbia privato la moglie del diritto di abortire in caso di nascita indesiderata. E ciò perché <<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 prestazione mancata o inesatta può qualificarsi come inadempimento, con tutte le relative conseguenze sul piano risarcitorio>>.

Si sottolinea, quindi, come la legge n.194 nell'offrire alla sola madre la possibilità, in certe condizioni, di interrompere la gestazione, non esclude che il

²⁷ Cass. 01.12.1998, n. 12195.

²⁸ ARRIGO, *Causalità indiretta e danni riflessi*, in *I fatti illeciti*, III, p.437

²⁹ Cass. 5.02.2018, n. 2675 .

³⁰ Cass. 20.10.2005, n. 20320.

padre possa ricevere danni, patrimoniali e non, dalla impossibilità, per effetto di errore medico, della gestante di abortire; la disciplina speciale al riguardo non opera né come criterio di selezione dei danni risarcibili, né come disciplina volta ad individuare i soggetti danneggiati, regolando soltanto la posizione di colei che gode del potere di scegliere se interrompere o meno la gestazione, in quanto portatrice del feto³¹.

Ricondotto il contratto tra gestante e sanitario tra quelli con effetti protettivi verso i terzi, si giunge, quindi, ad affermare che il padre, a causa dall'inadempimento del sanitario, riceve conseguenze pregiudizievoli dirette ed immediate per la propria sfera giuridica, data la sua particolare posizione di soggetto titolare di doveri, prima ancora che di diritti: si vedano sia quelli attribuiti dalla Costituzione (artt. 29 e 30) che dal codice civile (art 143, 147, 279 e 315 e ss.) attribuiscono; costituendo gli stessi l'essenza della responsabilità genitoriale, così come descritta dal codice civile³².

4.e dei fratelli

Assume, infine, particolare importanza comprendere se, in caso di nascita indesiderata, anche gli altri componenti del nucleo familiare ricevano un danno e, quindi, possano agire per la tutela dei propri diritti in sede giurisdizionale.

Sul tema, pure se sembrano esservi profili di similitudine con quanto già sostenuto in relazione alla posizione del padre, si deve, però, considerare la diversità tanto dei ruoli quanto delle conseguenze economiche.

Il padre, infatti, è coinvolto direttamente nella scelta interruttiva, sicché la privazione del diritto di abortire della madre interferisce immediatamente, e non già in via di riflesso, nella sua sfera giuridico-patrimoniale, posto che il fascio di relazioni, diritti e doveri caratterizzanti una procreazione cosciente e responsabile nasce anche in capo allo stesso, così come in capo alla madre.

³¹ Cass. 10.05.2002 n. 6735.

³² Cass. 5.02.2018, n. 2675.

Sul punto, poi, strettamente patrimoniale, la diversità di posizioni si riscontra nel fatto che soltanto sui genitori gravano quegli obblighi di assistenza e mantenimento nei confronti dei figli, aggravati certamente qualora assumano tale *status* nei confronti di un figlio portatore di problemi di salute, per cui gli altri figli ricevono un danno, da privazione e riduzione delle capacità reddituali familiari, in via solo indiretta ed ipotetica. I fratelli, infatti, dovrebbero quanto meno dimostrare, ai fini del risarcimento, che sarebbero stati i beneficiari di quelle somme destinate al mantenimento del figlio non voluto. Se, poi, si volesse guardare al profilo non patrimoniale anche i fratelli e le sorelle del bimbo sfortunato potrebbero ricevere danni immediati e diretti alla propria sfera giuridica, avendo riguardo a profili quali le mutate relazioni umane ed esistenziali con i genitori, il non più sereno clima familiare dovuto alla nascita di un bimbo con problemi di salute che necessita di maggiori cure ed assistenza.

Inizialmente ai germani era esclusa³³ la proponibilità di qualsivoglia azione risarcitoria in caso di nascita indesiderata, non ritenendosi questi soggetti protetti dall'ordinamento ed estranei al rapporto contrattuale che lega la madre (e, secondo l'impostazione giurisprudenziale sostanzialistica, in via protettiva anche il padre) alla struttura e al medico, il cui inadempimento, frutto di erronea o omessa diagnosi, ovvero di erroneo intervento di sterilizzazione, era per loro irrilevante. Secondo questa impostazione, infatti, i fratelli vengono toccati soltanto in via indiretta dalla nascita di un figlio non voluto ovvero handicappato, sicché ammettere l'esistenza di pretese risarcitorie determinerebbe l'assurda situazione di consentire l'azionabilità, in astratto, delle pretese risarcitorie anche nei confronti degli stessi genitori.

Senonché, tale posizione è stata superata dalla stessa giurisprudenza di legittimità, che, nel ritenere anche i fratelli e le sorelle come soggetti "protetti", ha consentito agli stessi di agire con l'azione risarcitoria in sede giurisdizionale³⁴. Seppur sia la sola madre a poter decidere se interrompere la gravidanza, la colpa

³³ Cass. 14.07.2006, n. 16123.

³⁴ Cass. 02.10.2012, n. 16754.

del medico produce nondimeno effetti nell'ambito dell'intero consorzio familiare, incidendo negativamente sulle relazioni in esso stabilite, così determinando un danno a tutti i componenti del nucleo familiare.

Si supera l'orientamento precedente, che negava la tutela risarcitoria in favore degli altri componenti della famiglia danneggiata, rilevando che le sorelle del nascituro sfortunato soffrirebbero di un danno non patrimoniale, quale conseguenza immediata e diretta dell'inadempimento medico conseguente all'inevitabile «minor disponibilità dei genitori nei loro confronti, in ragione del maggior tempo necessariamente dedicato al figlio affetto da handicap» e dalla «diminuita possibilità di godere di un rapporto parenterale con i genitori stessi costantemente caratterizzato da serenità e distensione». E ciò, quindi, a prescindere dalle esigenze assistenziali ed alle future altamente probabili responsabilità morali nei confronti del fratello sfortunato determinate dalla impossibilità, anch'essa futura, dei genitori di accudire e provvedere alle necessità del figlio handicappato.

L'inadempimento contrattuale del sanitario, ostativo all'esercizio del potere materno di abortire, viene allora individuato come la causa giuridica di effettivi pregiudizi anche nei confronti dei germani. Anche in questo caso si richiama la teoria del contratto con effetti protettivi, derivando dallo stesso in capo al medico obbligazioni nei confronti di tutta la famiglia, diversificandosi soltanto gli specifici danni subiti. Nei confronti dei fratelli in buona sostanza viene riconosciuta meritevolezza risarcitoria alla compromissione delle attività realizzatrici della persona umana derivante nella specie dalla lesione della serenità familiare dovuta allo stravolgimento della già definita programmazione familiare..

Hanno in ogni caso confermato, ancorché indirettamente, tale approccio giurisprudenziale anche le S.U. nel 2015³⁵, laddove negando la tutela risarcitoria per danno da vita indesiderata in favore del nascituro, hanno richiamato gli orientamenti giurisprudenziali favorevoli alla tutela risarcitoria da nascita oltre la volontà dei genitori sia con riguardo al padre che ai fratelli.

³⁵ Cass sez. un. 22.12.2015 n. 25767

Nella specie il giudice nomofilattico analizza anche la componente di danno nonché gli oneri probatori, sia dei fatti oggettivi che psichici, gravanti sui germani del nascituro, rilevandone altresì maggiore facilitazione rispetto ai genitori, perché i fratelli, sotto il profilo oggettivo, risultano «esenti dall'onere di provare lo stesso pericolo per la propria salute contemplato dall'art 6 l.cit.»; sul versante soggettivo non sono «onerati della omologa prova della loro condivisione dell'opzione abortiva». Sotto il profilo dei danni risarcibili, poi, diversamente dal nato che richieda i danni per la nascita in sé, per i germani è possibile operare quella analisi comparatistica tra un prima e un dopo e cioè tra «la qualità della vita prima e dopo la nascita del bambino handicappato».

Sul punto, però, alcune perplessità sono state sollevate dalla dottrina³⁶.

In primo luogo, sulla qualifica di soggetti protetti anche dei fratelli, i quali godono soltanto di una posizione «qualificata» rispetto alla prestazione ed al comportamento pregiudizievole. Essi sono meri parenti del, o dei, soggetti effettivamente danneggiati, ovvero meri parenti di coloro in capo ai quali maturano obblighi di protezione. Qualificare come legittima la pretesa risarcitoria di tali soggetti comporterebbe, cioè, il rischio di estendere le tutele all'infinito, tutelando soggetti per il sol fatto di appartenere al medesimo nucleo familiare.

Ma, secondo questa corrente di pensiero, a ben vedere, soltanto i genitori, ferma restando la scelta ultima in capo alla gestante sono titolari di quel potere decisorio, di solito frutto di soluzione concertativa ex art 144 c.c., circa l'interruzione della gravidanza; pertanto, oltre la madre, esclusivamente il padre potrebbe essere ricondotto alla categoria dei soggetti da proteggere, in quanto unico abilitato ad incidere sulla decisione materna. Ed, inoltre l'ordinamento attribuisce ai soli genitori poteri-doveri di natura patrimoniale e non nei confronti dei figli, sicché soltanto i primi dovrebbero essere tutelati dallo stesso ove l'inadempimento medico interessi le vicende prenatali.

Sotto altro profilo, da ultimo si assiste ad un'eccessiva estensione della responsabilità per inadempimento a discapito della responsabilità aquiliana, che in

³⁶CACACE, *Il giudice rottamatore e l'enfant prejudice*, in *Danno e resp.*, 2013, 2, p.139;

questo caso sembrerebbe, invece, essere la disciplina più idonea a tutelare i germani danneggiati, ricevendo questi un danno da soggetto diverso dal debitore ed in assenza di un rapporto giuridico da cui derivano obbligazioni e qualificato dall'ordinamento.

5. *Nascita indesiderata e concepimento frutto di inganno*

Si discute, infine, della sussistenza di un danno da nascita indesiderata qualora il concepimento sia stato indotto dall'inganno; con tale termine si intende tanto la realizzazione di artifici quanto di raggiri volti a sviare l'altrui attenzione e tali da carpire il consenso ovvero da indurre un determinato comportamento.

Nella specie, la questione affrontata dalla giurisprudenza³⁷ riguarda l'ipotizzata responsabilità della madre nei confronti del padre nei casi di nascita di un figlio, da quest'ultimo non voluto ma nondimeno concepito, avendo la donna dichiarato, prima di un rapporto sessuale, un presunto stato di infertilità ovvero, l'assunzione di farmaci contraccettivi poi non effettivamente assunti; pertanto, certo dell'impossibilità di un concepimento, l'uomo intrattiene rapporti sessuali senza utilizzare alcuna precauzione. In tal caso, dunque, se il rapporto è certamente voluto, ed altresì legittimo, ciò che è indesiderato è il frutto dello stesso, ovvero la nascita di un figlio; in altre parole il padre voleva avere il rapporto, ma non desiderava divenire genitore.

Come già anticipato, sono evidenti le differenze rispetto ai casi esaminati di responsabilità professionale medica.

Ed, infatti, non viene in questo caso contestata una colposamente omessa informazione da parte di un professionista, ma si è in presenza di una dolosa errata informazione fornita da parte di chi, tuttavia, non riveste alcuna qualifica specifica; non ci si trova, cioè, nell'ambito di un'attuazione di un rapporto obbligatorio, bensì nell'ambito di una relazione d'amore o comunque sessuale.

³⁷ Cass. 05.05.2017, n. 10906. Cass. ord. 22.06.2017, n. 15544, che però non è entrata nel merito della problematica, dichiarando inammissibile il ricorso.

Sul punto il *thema decidendum*, portato all'attenzione della giurisprudenza³⁸, è ravvisato nel riferire, in capo al padre, un danno da nascita non voluta.

Ed, invero, ancorché il rapporto generativo della prole sia voluto, è proprio la sussistenza del nato a creare un pregiudizio al padre, tanto sul versante patrimoniale, ciò comportando la nascita di obblighi di mantenimento, che non patrimoniale, in termini esistenziali³⁹, determinando notoriamente la nascita di un figlio uno stravolgimento dell'esistenza e delle future scelte relative ad essa.

Ci si deve, quindi, chiedere se al padre spetti il risarcimento del danno da nascita indesiderata, facendo leva sulle pronunce in materia di responsabilità medica da nascita non voluta, nonché su una rinnovata concezione della famiglia, intesa non più come un'isola <<che il mare del diritto può lambire>>⁴⁰, ma come un ambito del diritto privato ricondotto ai meccanismi della responsabilità civile (si veda la teorizzazione del cd illecito endofamiliare sul punto)⁴¹.

La giurisprudenza⁴² ha negato, in tale ipotesi, tutela risarcitoria al padre, escludendo la configurabilità di un fatto illecito, mentre in dottrina si riscontrano diverse sfumature.

³⁹ Per un riferimento, in questa ipotesi di nascita indesiderata, alla discussa figura del cd danno esistenziale, cfr. PARTISANI, *Il danno esistenziale del padre da nascita indesiderata*, in *Res. civ.*, 2010, 8-9.

⁴⁰ JEMOLO, *La famiglia e il diritto*, in *Annali del seminario giuridico dell'Università di Catania*, VII, Napoli, 1949, p. 57; nonché *Il matrimonio*, in *Tratt. Vassalli*, Torino, 1961, p.36;

⁴¹ Sul punto già RESCIGNO, *Immunità e privilegio*, in *Riv. dir. civ.*, 1961, I, pag. 1940; ulteriormente DOGLIOTTI, *La famiglia e "l'altro diritto": responsabilità civile, danno biologico, danno esistenziale*, in *Fam. e dir.*, 2001, pag. 170; in termini ancor più chiari, Cass.10.05.2005 n. 9801, secondo cui nell'ambito della famiglia i singoli componenti conservano le loro essenziali connotazioni e ricevono riconoscimento e tutela, prima ancora che come coniugi come persone, in adesione al disposto dell'art. 2 Cost.; NICOLUSSI, in *Obblighi familiari di protezione e responsabilità*, in *Eur. e dir. priv.*, 2008, 4, p.929; PATTI, *Famiglia e responsabilità civile*, Milano, 1984; PARADISO, *Famiglia e responsabilità civile endofamiliare*, in *Fam. pers. e succ.*, 2011, 1, p.14; CARAPEZZA FIGLIA, *Violacion de los deberes conyugales y responsabilidad civil: la experiencia italiana*, in *Actualidad Juridica Iberoamerica*, 2016, n. 4 ter, p. 261;

⁴²Cass. 5.05.2017, n. 10906. Anche App. Ancona, 1.10.2013, n. 600 (oggetto, tale pronuncia di gravame, dell'impugnazione dichiarata inammissibile dalla citata Cass. ord. n. 22.06.2017, n. 15544) aveva nel merito rigettato la richiesta di risarcimento del padre, che lamentava il fatto che la *partner* in un determinato giorno gli aveva assicurato di non essere fertile. La Corte territoriale ha osservato che, per un verso, l'appellante aveva accettato il rischio di una fecondazione avendo deciso di avere rapporti sessuali senza contraccettivi; per altro verso, sempre l'appellante aveva <<ammesso di avere avuto una pluralità di rapporti non protetti

In particolare, Cass. 5.05.2017, n.10906, confermando le pronunzie di primo e secondo grado, ha rigettato le pretese risarcitorie avanzate dal padre per il figlio non voluto, analizzando, tra le altre, le seguenti rilevanti questioni giuridiche e cioè:

- se un rapporto sessuale – al di fuori dell'attività di prostituzione - possa essere assimilato a una fattispecie contrattuale con conseguente estensione dei doveri di buona fede e correttezza ai sensi degli artt. 1175 e 1375 c.c.;
- se la fattispecie in esame possa configurare un illecito penalmente rilevante e quindi rilevare anche ai sensi degli artt. 2043 e 2059 c.c.;
- soprattutto, in una prospettiva di responsabilità aquiliana, se possa ritenersi sorgere un dovere di informazione in ordine alla propria fertilità e una conseguente aspettativa da tutelare nella controparte oppure se invece debba prevalere il diritto alla riservatezza della persona.

La problematica, ovviamente, va ben oltre il caso specifico e di certo non può dirsi riguardare solo la falsa informazione fornita dalla donna in ordine alla propria infertilità, ma *ictu oculi* anche il *partner* maschile, il quale parimenti può rappresentare falsamente una propria sterilità inesistente.

Né appare rilevante, ai nostri fini, quella dottrina che non manca di sottolineare che diversa dalla posizione del padre è quella della madre, vero e proprio arbitro⁴³ della situazione, perché dotata di quell'effettivo potere di scelta, che le consente, tanto di portare avanti la gravidanza, quanto di interromperla. Diversità di trattamento ove si rifletta sulla disciplina che, nella prospettiva di matrice sociale di evitare l'abbandono dei neonati, consente alla madre di partorire nell'anonimato⁴⁴ (determinando, peraltro, così un sistema che, rispetto alla posizione del padre, secondo alcuni autori sarebbe caratterizzato da manifesta irragionevolezza⁴⁵). Ed, infatti, ciò non toglie che il quesito è un altro e cioè se sia

siché, ove anche fosse stato vero che la B. gli aveva mentito sulla sua non fertilità in un certo dato giorno non poteva dirsi che il concepimento fosse avvenuto proprio in quell'occasione>>.

⁴³ GAZZARA, *Inganno e nascita indesiderata*, in *Resp. civ. e prev.*, 2019, 1, p.27;

⁴⁴ Art. 30, d.p.r. 3.11.2000

⁴⁵ GAUDINO, *Paternità, obblighi, responsabilità: il risarcimento del danno per lesione del diritto al rapporto parentale*, in *Resp. Civ. e prev.*, 2018, 607, afferma dunque che oggi l'incertezza potrebbe

risarcibile o meno il concepimento di un figlio frutto dell'altrui inganno circa la propria incapacità a procreare. E di certo, nella prospettiva della madre che vesta la qualifica del *deceptus*, non può dirsi che la sua situazione sia meno gravosa in ragione del fatto che può scegliere di interrompere o meno la gravidanza o di ricorrere alla possibilità dell'anonimato: ed, invero, al di là della considerazione che per abortire devono ricorrere precisi presupposti, non v'è chi non veda come sia l'interruzione di gravidanza che la scelta dell'abbandono del nato e dell'anonimato rappresentino scelte intrinsecamente drammatiche e dagli elevati costi morali e personali.

Per quanto attiene alla sussumibilità del rapporto sessuale in una fattispecie contrattuale e la configurabilità di ipotesi di reato, del tutto condivisibilmente i giudici di legittimità forniscono risposta negativa ad entrambi i quesiti.

Non si vede, infatti, come possa qualificarsi in termini contrattuali un rapporto privo di ogni patrimonialità, come quello sessuale, fondato sulla reciproca attrazione e non già su un accordo fondato sullo scambio di utilità a fronte della prestazione sessuale. E neppure pare possibile ricondurre la reticenza o il mendacio ad un inadempimento integrato dall'inosservanza di quei doveri di protezione nati nell'ambito di un rapporto socialmente rilevante e qualificato dall'ordinamento quale fonte di obbligazioni⁴⁶. Ed, invero, in siffatta ipotesi non si è in presenza di contatto sociale giuridicamente qualificato da un determinato *status* professionale da cui solo può derivare quella asimmetria informativa che giustifica l'altrui affidamento nelle informazioni ricevute⁴⁷.

riguardare eventualmente la madre, protetta dallo schermo dell'anonimato, mentre al contrario «*pater semper certus est*». Per apprezzare il radicale rovesciamento di prospettiva rispetto ad una millenaria tradizione, cfr. TRABUCCHI, *La procreazione e il concetto giuridico di paternità e maternità*, in *Riv. dir. civ.*, 1982, I, 607 ss;

⁴⁶ Si rievoca sul punto la teorica di matrice tedesca del contatto sociale qualificato: CASTRONOVO, *L'obbligazione senza prestazione. Ai confini tra contratto e torto*, in *Scritti in onore di L. Mengoni*, I, Milano, 1995; ROSSI, *Contatto sociale (fonte di obbligazioni)*, in *Dig. disc. priv., sez. civ., Agg.*, Torino, 2010, 346 ss.; VENOSTA, *Prestazioni non dovute, "contatto sociale" e doveri di protezione "autonomi"*, in *Eur.dir. priv.*, 2014, 109 ss.; ZACCARIA, *"Contatto sociale" e affidamento, attori protagonisti di una moderna commedia degli equivoci*, in *Jus civile*, 2017, 185 ss.

⁴⁷ In questo senso, cfr. IULIANI, *op. cit.*, sub par. *Il ruolo del legittimo affidamento nel giudizio di responsabilità*.

Parimenti, deve escludersi che ricorrano ipotesi di reati di violenza privata, violenza sessuale o truffa.

Ed, invero, il consenso al rapporto se pure può dirsi frutto di inganno, di certo non è stato determinato da violenza, elemento necessario per integrare il delitto *ex art. 610 c.p.*; mentre l'ipotesi di raggiro qui esaminata non coincide con quella prevista dall'*art. 609 bis, 2° comma, n. 2), c.p.*, che incrimina una sola specifica ipotesi di inganno e cioè quando, traendo in inganno la persona offesa, il colpevole si sia sostituito ad altra persona.

Più complessa, invece, la questione in ordine alla configurabilità di un delitto di truffa, escluso dalla Corte sul rilievo che <<l'articolo 640 c.p., è reato contro il patrimonio: ma l'acquisizione di una paternità indesiderata non è riconducibile alla fattispecie di cui all'art. 640 c.p., dato che questo prevede come conseguenza dell'inganno il fatto che chi delinque procura a sé o ad altri un ingiusto profitto con altrui danno>>.

La questione appare, però, più controversa, posto che è problematica classica del delitto di truffa quella relativa alla nozione di profitto. Ci si chiede, infatti, se tale elemento costitutivo della fattispecie si debba indentificare necessariamente in un incremento economico oppure se esso ricomprenda anche utilità non materiali e meramente spirituali e/o psicologiche.

Ove si concordasse, infatti, con l'opinione che affranca la nozione di profitto da quella di incremento di tipo economico⁴⁸, il problema della configurabilità del delitto di truffa si porrebbe con evidenza, sembrando sussistere gli elementi costitutivi: il raggiro sarebbe integrato dalla dolosa falsa informazione circa la propria fertilità o sterilità, che induce in errore il *deceptus*; il danno dagli obblighi di mantenimento derivanti dalla paternità e/o maternità; il profitto dal soddisfacimento del bisogno spirituale o psicologico di avere un figlio. E va da sé

⁴⁸ In tale senso, cfr., ad esempio, DE MARSICO, *Delitti contro il patrimonio*, 1951, Novene, p. 145, secondo cui il profitto può anche consistere nel solo desiderio di volere fare dispetto. In giurisprudenza, cfr. Cass. pen. 03.04.1986, n. 7730, secondo cui <<in tema di truffa, il profitto, a differenza del danno che deve avere sempre natura patrimoniale, può non avere carattere economico, potendo consistere anche nel soddisfacimento di qualsiasi interesse, sia pure soltanto psicologico o morale>>.

che l'integrazione dell'illecito penale rileverebbe, a questo punto, anche ai fini civilistici con le conseguenze risarcitorie connesse.

La prevalente dottrina, tuttavia, è nel senso di escludere tale ampliamento della nozione di profitto, per ricondurre tale requisito, pur con diverse sfumature, ad una dimensione eminentemente patrimonialistica⁴⁹, e ciò sulla base di numerose e condivisibili ragioni di tipo storico, sistematico e letterale; in particolare, per quanto qui specificamente rileva, vale menzionare l'osservazione di chi rileva come <<depatrimonializzare>> la nozione di profitto <<serve, più che a evitare vuoti di tutela, (...)>>⁵⁰ ad estendere la rilevanza penale <<a fatti non meritevoli di sanzione penale>>⁵¹: e deve dirsi che mai come nel caso in esame tale preoccupazione manifesti tutta la sua fondatezza.

L'aspetto, tuttavia, più delicato affrontato dalla pronuncia è quello relativo all'individuazione o meno di un dovere di informazione sulla propria condizione di infertilità/sterilità nell'ambito di situazioni sentimentali o meramente sessuali. Come è stato correttamente osservato in dottrina, si pone, cioè, il problema di <<verificare se le relazioni affettive, ma non giuridicizzate, siano un contesto idoneo a far sorgere tale responsabilità>>⁵².

Questione, in rapporto alla fattispecie qui esame, quanto mai complessa, atteso che si discorre di vicende nelle quali vengono coinvolti aspetti di rilevante intimità delle persone, quali quelli relativi alla sessualità e alle relazioni affettive e familiari⁵³.

⁴⁹ Per una disamina esaustiva di tale problematica, si rinvia a MANTOVANI, *Diritto penale – Delitti contro il patrimonio*, Padova, 2002, p. 42 e ss. Cfr., anche, MARINI, *Truffa*, in *Dig. pen.*, 1999. In giurisprudenza, v. Cass. pen. 15.01.2013, n. 18762, secondo cui, a differenza del danno, nel delitto di truffa <<il requisito del profitto ingiusto può comprendere in sé qualsiasi utilità, incremento o vantaggio patrimoniale, anche a carattere non strettamente economico>>.

⁵⁰ MANTOVANI, *op. cit.*, p. 43.

⁵¹ MANTOVANI, *op. cit.*, p. 44.

⁵² IULIANI, *op. cit.*, sub par. *Il ruolo del legittimo affidamento nel giudizio di responsabilità*.

⁵³ Sulla problematica in generale dei confini esistenti tra la rilevanza e l'indifferenza giuridica nei rapporti d'amore, ci si permette di rinviare a LEPRE, *Il diritto all'indifferenza giuridica delle relazioni di amore: illecito endomatrimoniale, unionale, convivenziale*, in *Dirittifondamentali.it*, febbraio 2020.

Sul punto parte della dottrina, pur ritenendo difficile fornire la prova dell'avvenuto inganno, ritiene che sia configurabile un illecito civile ai sensi dell'art. 2043 c.c.

In particolare, questa opinione condivisibilmente distingue l'ipotesi della dolosa errata informazione dall'altra distinta problematica circa la sussistenza o meno di un dovere di informazione gravante sulla donna circa il proprio stato di fertilità al momento del rapporto sessuale.

Esclusa la configurabilità di un siffatto dovere di informazione, ove tuttavia si sia in presenza di un comportamento volutamente ingannevole si conclude affermando che «pare invece indubitabile (...) l'illiceità di una informazione consapevolmente e dolosamente falsa fornita allo scopo di evitare ogni precauzione contraccettiva e realizzare un concepimento non condiviso, nonché la sua astratta attitudine ad essere fonte di una pretesa risarcitoria», pur pragmaticamente osservandosi che il «vero ostacolo resta di ordine squisitamente probatorio; è infatti perlomeno rara la circostanza che ad una conversazione su argomenti così intimi e privati assistano terze persone ed è ancora più improbabile che in una conversazione non strettamente riservata vengano fornite intenzionalmente informazioni false, che un soggetto terzo, estraneo alla coppia, possa poi riferire in giudizio. Né ovviamente è ipotizzabile in *subiecta* materia il ricorso a presunzioni per non dire della assai dubbia efficacia del deferimento del giuramento»⁵⁴.

Altra parte della dottrina, invece, esclude che nell'ambito di una relazione sessuale possa configurarsi un dovere di informazione in capo ai protagonisti dello stesso, rilevando che «la gratuità o la cortesia dell'informazione non crea legittimo affidamento e quindi, alternativamente, o non impone obblighi sicché il danno non può dirsi frutto di inadempimento, ovvero non integra ingiustizia del danno: in entrambi i casi, il principio dell'affidamento trova un contrappunto in

⁵⁴ GAZZARA, *op. cit.*, p.29. Cfr. anche ⁵⁴ FAROLFI, *Responsabilità per il fatto della procreazione tra verità ed interesse del minore*, nota a Cass.25.09.013, n. 21882, in *Fam. e dir.*, 2014, 10, sub par. 4 *Paternità, dovere di assistenza morale e profili risarcitori*, secondo cui «l'inganno sulla paternità assume tutt'altro rilievo nel caso in cui la donna induca in errore il proprio compagno sull'effettiva paternità del nato, tacendo una precedente relazione con un altro partner. In tale caso appare percorribile la via del risarcimento del danno in base al concetto di illecito endofamiliare».

quello di autoresponsabilità: l'uno esclude l'altro. Dalle considerazioni appena svolte risulta evidente che, l'informazione resa da un partner all'altro nell'imminenza di un rapporto sessuale, circa lo stato di non fertilità, non può ingenerare affidamento giuridicamente rilevante, opponendovisi il principio di autoresponsabilità che si traduce nell'obbligo di adottare tutte le misure idonee ad evitare il danno»⁵⁵.

Sul punto si può osservare che non appare del tutto convincente, quanto meno nella sua assolutezza, l'affermazione della riportata dottrina secondo cui non sarebbe configurabile un dovere di informazione in presenza di un'informazione gratuita o frutto di cortesia.

Ed, invero, a ben vedere altro è il concetto di gratuità da quello di cortesia, atteso che il primo evoca comunque una vicenda contrattuale e quindi patrimoniale anche se priva di controprestazione: la presenza quindi di un contratto ancorché gratuito determina il sorgere dei tradizionali doveri di informazione. E per quanto attiene, invece, ai rapporti di cortesia deve dirsi che in dottrina non è affatto pacifico che in tali casi non sorga un dovere di informazione, discorrendosi piuttosto se debba invece optarsi per una valutazione meno rigorosa della prova della colpa. Anzi, può dirsi che sia data quasi per scontata la ricorrenza di un illecito in caso di errata informazione, ritenendo di applicare analogicamente alla responsabilità aquiliana le disposizioni in materia contrattuale che prevedono, in caso di rapporti gratuiti, profili attenuativi della stessa con riguardo all'elemento psicologico⁵⁶.

Ma, soprattutto, non vanno sovrapposti piani che sembrano molto differenti tra loro, pur se accomunati tutti dall'assenza di un rapporto precontrattuale o contrattuale e cioè:

⁵⁵ IULIANI, *OP. CIT.*, sub il paragrafo *Il ruolo del legittimo affidamento nel giudizio di responsabilità*.

⁵⁶ BUSNELLI, *Itinerari europei nella <<terra di nessuno tra contratto e fatto illecito>>: la responsabilità da informazioni inesatte*, *CeI*, 1991,, p. 567 e ss., secondo cui << La valutazione con minor rigore della responsabilità per colpa riguarda le informazioni prestate a titolo di mera cortesia e quelle implicanti la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà. Nella prima direzione si suole argomentare dagli artt. 1710, 1° co., e 1768, 2° co., la cui previsione sarebbe estensibile a tutti i contratti gratuiti e applicabile analogicamente al campo extracontrattuale; nella seconda direzione è esplicita la disposizione dell'art. 2236>>.

- il piano della colposa omessa informazione: sul punto, in dottrina si discute già circa la configurabilità di un dovere di informazione ai sensi dell'art. 2043 c.c.⁵⁷, presentandosi anche la giurisprudenza come non troppo propensa a riconoscere siffatto dovere se non in presenza di un obbligo di agire, che tuttavia deve pur sempre fondarsi su una specifica situazione che imponga una un'attività di tutela del diritto altrui⁵⁸;
- il piano della colposa errata informazione, che a sua volta può essere determinata da una comunicazione resa spontaneamente oppure derivare da una specifica richiesta di informazioni;
- il piano della dolosa errata informazione, che pure può derivare da una decisione spontanea oppure essere indotta dal destinatario della comunicazione informativa.

Ebbene, pare non agevole negare che tale ultima fattispecie si presenti come profondamente diversa rispetto alle fattispecie colpose, atteso che si è in presenza di una condotta attiva volutamente volta a formare nel destinatario un'errata convinzione e conseguentemente un'errata rappresentazione della realtà oggetto dell'informazione.

In siffatta situazione, pare essenziale la rigorosa analisi del caso concreto, posto che in tutta evidenza una cosa è un incontro occasionale, altro una relazione superficiale, altro ancora una consolidata relazione sentimentale o sessuale che sia.

E la difficoltà nell'esaminare la pronunzia della suprema Corte⁵⁹, a parere di chi scrive, risente proprio di una carenza informativa rigorosa e dettagliata circa fattispecie concreta, rispetto alla quale ogni sfumatura di fatto è tale in realtà solo in apparenza.

Ad ogni modo, i giudici di legittimità hanno fornito una risposta negativamente negativa, sulla base di due considerazioni.

⁵⁷ Per un'analisi della problematica, v. GIGLIOTTI, *Illeciti da informazione e responsabilità omissiva*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, 6, p. 10911 e ss.

⁵⁸ Cass. 25.09.1998, n. 9590; Cass. 01.12.2004, n. 22588

⁵⁹ Ci si riferisce sempre a Cass. 05.05.2017, n. 10906.

In una prospettiva eminentemente pragmatica di soluzione del caso specifico portato alla sua attenzione, la suprema Corte ritiene corretto il ragionamento del giudice di merito secondo cui, anche in presenza di inganno, determinato dall'assenza di adeguate informazioni, l'uomo, nell'accingersi ad avere rapporti sessuali, senza utilizzare alcun tipo di protezione, agisce liberamente e comunque accettando il rischio di un esito diverso da quello prefigurato e voluto. Rischio anche collegato, deve ritenersi, alla reticenza ed al mendacio della *partner* e di cui una persona di ordinaria diligenza deve essere consapevole. Si spiega, così, perché la Corte afferma che «a tacer d'altro, in concreto nulla ne può derivare in termini risarcitori, per il combinato disposto dell'art. 1227 cpv e dell'art. 2056 cc, comma 1: una persona che è in grado di svolgere un atto sessuale completo, infatti, non può - alla luce del notorio - ignorare l'esistenza di mezzi contraccettivi, il cui reperimento e utilizzo sono di tale agevolezza che non possono non essere ascritti alla "ordinaria diligenza" per chi, appunto, in quel determinato caso intende esclusivamente soddisfare un suo desiderio sessuale e non vuole invece avvalersi delle sue potenzialità generative».

Il richiamo alla disposizione dell'art. 1227 cod. civ. potrebbe, tuttavia, essere fuorviante, posto che l'istituto ivi regolato presuppone che vi sia stato un illecito civile tanto che incide sulla determinazione del *quantum* piuttosto che sull'*an* della violazione. Si spiega, quindi, la ragione per la quale, quella della Corte, sul punto sembra essere in buona sostanza una sorta di motivazione *ad abundantiam*.

Più interessante, sotto il profilo della configurabilità di un illecito civile aquiliano, è quando la medesima pronuncia sottolinea come l'infertilità o meno della persona rientri nel suo diritto alla riservatezza, non potendosi quindi configurare in capo alla donna un dovere di informazione su tale sua condizione.

Pare, a ben vedere, questo l'argomento più convincente, in quanto in linea di massima è da condividere l'idea che tra il diritto fondamentale alla riservatezza e il desiderio di avere un rapporto sessuale non protetto debba prevalere il primo. Non si ha cioè un diritto ad ottenere un'informazione sull'altrui stato di fertilità, se non

per soddisfare un diritto di pari natura e che, in una certa situazione, deve ritenersi destinato a prevalere secondo gli ordinari criteri del bilanciamento dei valori.

Ma è anche vero, tuttavia, che tale affermazione sembra di per sé astratta e priva di reale significato se non rapportata al caso specifico di volta in volta considerato.

Ed, infatti, come già osservato, altro è mentire di propria iniziativa, altro è dire il falso in seguito ad una domanda sgradita; una cosa è dire il falso, altra cosa è dire il falso al fine di indurre l'altra persona a fare qualcosa che, senza l'artefatta rappresentazione della realtà, non avrebbe fatto. Altra situazione, infine, è il rapporto sessuale occasionale da quello posto in essere da chi è da tempo legato da una consolidata relazione sentimentale, che, in quanto tale, potrebbe legittimare la fiducia posta nell'altrui informazione.

Ciò che allora appare emergere è che, a ben vedere, escludere l'esistenza di un illecito civile in danno del padre ingannato pare rispondere non tanto a un rigoroso ragionamento giuridico-formale, quanto piuttosto ad una sorta di convinzione pregiudica che reputa del tutto sproporzionato il ricorso agli strumenti giuridici di tutela in situazioni così peculiari.

Non può non sottacersi, cioè, che, in siffatti argomenti, come sottolineato ad inizio di questo lavoro, non si sfugge alla sensazione di decisioni forse condizionate anche da visioni valoriali metagiuridiche. Ed, invero, in una fase storica in cui il diritto vivente ha dato pieno ingresso al cd. illecito endofamiliare e che vede ampliarsi sempre più (e non senza eccessi) la sfera del giuridicamente rilevante anche nell'ambito delle relazioni sentimentali⁶⁰, sembra stridere rispetto a tale impostazione di fondo quest'ultima giurisprudenza più restrittiva e che nega il risarcimento del danno in capo al padre "ingannato".

La verità, forse, è che tale peculiare fattispecie evidenzia come, nell'ambito delle relazioni intime ancora prima che familiari, sarebbe forse opportuno un momento di riflessione e di maggiore prudenza nell'evocare la piena operatività della responsabilità civile, che fatalmente rischia di aprire la porta a decisioni

⁶⁰ Sul punto vedi nota n. 17

giurisprudenziali differenziate non tanto in virtù di solidi argomenti giuridici, quanto in virtù, appunto, di approvazione o disapprovazione valoriale della pretesa risarcitoria di volta in volta portata in giudizio.

dirittifondamentali.it