

**UNIVERSITA' DI PISA**  
**FACOLTA' DI GIURISPRUDENZA**  
**CORSO DI LAUREA SPECIALISTICA**

**DIRITTO A NON NASCERE?**

Il Candidato

Lidia Puliti

Il relatore

Prof.ssa Elena Malfatti

a.a. 2011/2012



# INDICE

## DIRITTO A NON NASCERE?

**Premessa**..... §6

### **Capitolo Primo.** *Il “diritto a non nascere”.*

*Origini e sviluppi di un tema ancora oggetto di dibattito.*

1. Introduzione..... §10
2. La bioetica e il diritto a non nascere..... §18
3. Analisi storica e contemporanea del concetto di persona.....§26
4. Nascere sano, non sano o non nascere affatto.  
Chi decide cosa?..... §36

### **Capitolo Secondo.** *Il “diritto” di scegliere: la nascita sbagliata per il bambino e per la madre.*

*Analisi, attraverso le parole della Corte di Cassazione, di una “battaglia” irrisolta.*

1. Il Caso Giudiziario .....§43
2. La Donna e l’Autodeterminazione.....§52
3. Figli indesiderati nascono .....§58
4. Vita sbagliata, indesiderata..... §65

**Capitolo Terzo. Limiti ed ammissibilità del risarcimento  
nei casi di WrongfulLife e WrongfulBirth.**

*Quando la vita è considerata un danno.*

1. Un bambino non voluto è un danno risarcibile?...§75
2. I soggetti del risarcimento: Il diritto di entrambi  
i genitori.....§82
3. Il nesso di causalità.....§90
4. La responsabilità medica.....§92

**Capitolo Quarto. Profili di diritto comparato.**

*Dall'Arrêt Perruche ai casi di Medical Malpractice.*

- 1.1. Il caso di *Nicolàs Perruche*.....§98
- 1.2. L'irrisarcibilità de *bebé préjudice*.....§107
2. Il contratto con effetti protettivi in favore di terzi  
nell'ordinamento Tedesco..... §113
3. Le *WrongfulLife and Birth Actions* .....§124

**Conclusioni**.....§138

**Bibliografia**.....§148



## PREMESSA

Questa tesi si prefigge, come scopo, l'analisi della complessa casistica delle azioni c.d. «da nascita indesiderata», con il preciso, seppur modesto, intento di capire se e in quali termini possa riconoscersi l'ipotetico *diritto a non nascere*.

Da decenni, soprattutto nelle società occidentali, si assiste ad una crescente accelerazione del progresso scientifico, favorita da un legame sempre più stretto tra sapere teorico e applicazione pratica. Si è accresciuta non solo la conoscenza scientifica, ma anche la possibilità tecnica e tecnologica di intervenire sulla vita dell'uomo. Tale sviluppo in ambito biomedico, in particolare, dischiude opportunità e rischi che suonano inediti all'uomo di oggi e sui quali riflette, con la sua vocazione interdisciplinare, la bioetica. La “sfida tecnologica” investe anche l'esperienza giuridica, chiamando il giurista a fornire soluzioni a problemi nuovi, attraverso quello che viene ormai comunemente chiamato *biodiritto*<sup>1</sup>. Uno strumento che è stato definito “cieco” in assenza della riflessione bioetica, così come questa rischia di risultare “vuota” senza l'ausilio del diritto. Si parla spesso, a tale proposito, di problematiche del tutto originali e *di frontiera*, ma, a ben guardare, l'era tecnologica pone in forme nuove interrogativi antichi. I dilemmi biogiuridici e bioetici, se esaminati nella loro radice e ragion d'essere ultima,

---

<sup>1</sup> Per una definizione di biodiritto, CASONATO, *Introduzione al biodiritto*, Giappichelli, Torino, 2009; CAREDDA, *Il divieto di diagnosi reimpianto: decisione interlocutoria della Corte Costituzionale*, in *Riv. giur. sarda*, 2007, 1 ss.

propongono domande ricorrenti per la filosofia, e per la filosofia del diritto in special modo.

L'intento è di individuare, sia in ambito giuridico che etico, i confini della sfera individuale dell'uomo, la definizione stessa di persona e la possibilità di inquadrare il concepito, ovvero chi ancora non è persona, ma è suscettibile di diventarlo, sotto una sorta di campana di vetro a tutela della sua stessa identità.

Dare una risposta all'interrogativo iniziale è un compito arduo. Valutare una vita, una qualsiasi vita, è una presunzione che difficilmente può trovare un equilibrio. I valori in gioco vanno bilanciati, tanto quanto si bilanciano gli interessi contrapposti nello "scontro" tra i vari soggetti coinvolti. Madre, padre, figlio.. tanti sono i soggetti, svariate le posizioni e le richieste.

Alla base c'è un filo comune: il desiderio di dare il meglio, di fare tutto il necessario per rendere la vita migliore.

L'analisi concreta di alcuni casi giurisprudenziali che hanno segnato le tappe di questo lungo cammino, tra contraddizioni e consolidate dottrine, cerca di rendere meno arduo il compito di scovare le risposte ai tanti "perché?".

Attraverso le parole delle Corti, dei Tribunali e di illustri dottrine possiamo provare a capire se davvero esiste il diritto di negarci, noi stessi, la vita; se esiste la possibilità che qualcuno faccia valere per noi tale diritto, quando ancora non abbiamo i requisiti fondamentali per farlo noi, in prima persona. L'attualità degli argomenti trattati si lega strettamente a temi che ci toccano più nel profondo: temi

di inizio e fine vita, temi di facoltà di scelta e libertà di disposizione del proprio corpo. Il dibattito, più attuale che mai, è ricco di sfumature che dall'ambito prettamente giuridico si muovono verso orizzonti etici, morali e filosofici<sup>2</sup>. Sicuramente non è la certezza quella che ci aspetta alla fine, ma forse più una parziale conquista, una tappa intermedia. Forse ancora necessiteremo di altre pronunce, di altri dibattiti e di casi per arrivare a tirare le conclusioni di un così complesso *bouquet* di diritti e facoltà<sup>3</sup>.

Dove ci porta questo percorso non lo sappiamo. Avremo bisogno di modificare i canoni dell'autoderminazione e dell'autonomia per arrivare a definire la volontà dell'uomo come unico parametro incontrovertibile di ogni azione<sup>4</sup>.

Senza presunzione, senza alcuna arroganza nel cercare di dare una risposta a tutti i costi, cerchiamo, dunque, di capire i confini di un così delicato argomento.

---

<sup>2</sup> FERRAJOLI, *Teoria del diritto. Principia iuris*, I, *Teoria del diritto e della democrazia* Laterza, Roma-Bari, 352; CASONATO, *Bioetica e pluralismo nello Stato Costituzionale*, in CASONATO, PICIOCCHI, (a cura di), *Biodiritto in catalogo*, Cedam, in corso di pubblicazione; CAMPIGLIO, *Il divieto di fecondazione eterologa all'esame della Corte europea dei diritti umani*, in *Dir. umani e dir. internaz.*, vol. 4, 2010.

<sup>3</sup> BITETTO, *Fecondazione assistita, malformazioni fetali e ristoro del «bébé préjudice»*, in *Foro it.*, 2010, 141 ss.; CAGGIA, *Procreazione assistita, realizzazione esistenziale dei soggetti e funzione del diritto (brevi riflessioni su alcuni problemi di costituzionalità della l. 19 febbraio 2004, n. 40)*, in *Giur. it.*, III, 2004, 2093 ss.

<sup>4</sup> CAVALLA, *Diritto alla vita e diritto sulla vita: sulle origini del problema dell'eutanasia*, in BAX, BERTI, CASSON, *La vita: realtà e valore: studi in onore di mons. Girolamo Bortignon*, Gregoriana Libreria Editrice, Padova, 1990, 169 ss.

*AVito*

# CAPITOLO PRIMO

## *IL “DIRITTO A NON NASCERE”.*

### *ORIGINI E SVILUPPI DI UN TEMA ANCORA OGGETTO DI DIBATTITO.*

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. La bioetica e il diritto a non nascere – 3. Analisi storica e contemporanea del concetto di persona – 4. Diritto alla vita o diritto sulla vita?

*“L’uomo deve agire in modo da considerare l’umanità, sia nella sua persona, sia nella persona di ogni altro, sempre anche come scopo e mai come semplice mezzo.”*

Immanuel Kant<sup>5</sup>

### *1.Introduzione*

*“Mi chiamo Giulia. Ho due anni. Sono nata affetta da Trisomia 21. Ho la sindrome Down.”<sup>6</sup>*

Riferimenti casuali, ma potrebbero essere reali. Giulia forse non sa di essere “diversa”, non è cosciente del fatto che la sua malattia comporta una serie di conseguenze che dal momento della sua nascita, per l’intero arco della sua esistenza, graveranno su di sé e sulla sua famiglia, come

---

<sup>5</sup> KANT, *Critica della ragion pratica*, trad. CAPRA, Laterza, Bari, 1996.

<sup>6</sup> Giulia esiste. È una bambina down. A differenza dei casi di negligenza medica, la diversità di Giulia era stata diagnosticata a seguito di amniocentesi, ma i genitori hanno deciso comunque di portare avanti la gravidanza.

una spada di Damocle dalla quale non si ha scampo. E forse Giulia non sa nemmeno, né mai saprà, che se avessero potuto scegliere, i suoi genitori non avrebbero deciso di farla venire al mondo così. Egoisticamente, forse, avrebbero interrotto una gravidanza che fin dall'inizio evidenziava i sintomi della sua anormalità. Ma se questa possibilità viene negata, se la diversità di Giulia viene celata dalla negligenza, dalla colpa, dall'errore o dalla fortuità stessa della vita, perché a pagarne le conseguenze, non economiche e materiali, bensì vere, esistenziali e crudeli sarà solo lei stessa, inconsapevole, giorno dopo giorno?

*Wrongful birth*, letteralmente nascita sbagliata<sup>7</sup>. La nascita di un bambino, se non programmata, a prescindere da quelle che sono le sue condizioni fisiche e mentali, può, oggi, forse ancor di più che rispetto ai tempi passati, stravolgere la vita dei genitori in senso negativo. Non sempre venire a conoscenza di una gravidanza inattesa genera gioia. L'attuale società è talmente frenetica da incutere timore in chi ancora non ha raggiunto quella sicurezza, magari utopica, tale da permettere di realizzare un futuro quanto più dignitoso per il proprio figlio. A maggior ragione, quando la nascita, non programmata o meno, cela un triste evento: la malformazione, fisica o mentale, del bambino. Già di per sé, diventare genitori è compito arduo; se poi a complicare la situazione sopraggiunge la consapevolezza che per l'intera durata

---

<sup>7</sup> ALPA, *Wrongful life: soluzioni controverse*, in *Nuova giur. civ. comm.*, I, 2006, 65 ss.; FACCI, *Diritti del nascituro*, in *Resp. Civ.*, 2006, 850 ss.; CARUSI, *Nota a Cass. Civ.*, III, 8 luglio 1994, n. 6464, in *Rass. Dir. civ.*, 1996, 432 ss.

della vita il proprio figlio resterà affetto da una malattia incurabile che lo renderà “diverso” agli occhi di tutti, la scelta di un eventuale “non vita” diventa comprensibile.<sup>8</sup> Il problema principale che emerge in casi come questi, consiste nella possibilità che la nascita dipenda da un eventuale errore medico. Se nel corso della gravidanza analisi ed esami, che il progresso scientifico in campo medico ha reso sempre più comuni e meno invasivi, diagnosticano la presenza di anomalie nel feto, il diritto della madre all’autodeterminazione, piuttosto che la sua facoltà di scegliere, giustificano la possibilità di ricorrere all’aborto (ovviamente nel rispetto dei limiti della l.194/1978, la quale, sia chiaro, non ammette che nel II trimestre un aborto possa essere praticato per ragioni meramente eugenetiche<sup>9</sup>); ma se qualcosa nel rapporto tra medico e paziente va storto, se la diagnosi risulta errata a causa della negligenza del personale sanitario, o ancora, se un’eventuale intervento abortivo, sterilizzativo o quant’altro, fallisce e la gestante ne resta all’oscuro, la responsabilità di una nascita che non era più in programma dipende da una terza persona. Da un problema prettamente risarcitorio, dove il punto focale risulta essere la pretesa risarcitoria dei genitori, ed eventualmente del figlio, nei confronti del medico negligente quale causa diretta della disabilità, scaturiscono le più disparate questioni che ruotano attorno al fantomatico dilemma: esiste un diritto a nascere sani o a non nascere se non sani?

---

<sup>8</sup> BADESCHI, “*Il concepito e i suoi diritti. Punto esclamativo o punto interrogativo..*”, in *Bioetica, Il diritto di (non) nascere*, [www.personaedanno.it](http://www.personaedanno.it), 2011.

<sup>9</sup> Vedi artt. 4, 6 e 7 della l. 194/1978

Nel dibattito odierno, dove lo scontro tra etica, morale, legalità e progresso è attuale e costante, ci si chiede se sia veramente giusto riconoscere in capo al concepito un diritto di scelta, un diritto *a non nascere*. Difficile dare una risposta. Anni di lavoro tra giurisprudenza e dottrina hanno spesso portato a risultati contrastanti, ma una luce sembra intravedersi alla fine del tunnel. Per quanto istintivamente portata a dare risposta affermativa, non posso non schierarmi con la linea di pensiero, prevalente, di chi sostiene l'impossibilità di riconoscere un simile diritto.

La vita è del bambino, vero. Ma quando ancora si parla di feto, l'attenzione deve spostarsi su di un altro soggetto. La donna, la madre, colei che porta in grembo il futuro figlio, per il quale, come ognuno di noi per il proprio, spera il meglio. La legge 194<sup>10</sup> ha fatto qualcosa in più che abolire il reato di aborto. Ha cominciato ad associare una temporalità al momento di acquisizione dei diritti. Quando pone il limite dei novanta giorni per poter interrompere la gravidanza, prevedendo motivi tanto generici da permettere alla donna di essere sostanzialmente in piena libertà di scelta, si attua il meccanismo di protezione dei diritti. Ciò equivale a dire che la donna deve essere tutelata nella sua salute, nella sua autodeterminazione, nella sua libertà sessuale (intesa nel senso di possibilità di

---

<sup>10</sup> In Italia la normativa sull'interruzione della gravidanza consente alla donna di non proseguire la gestazione, sia se entro i primi tre mesi si determinano circostanze per cui la prosecuzione della gravidanza comporterebbe un serio pericolo per la sua salute fisica, psichica, anche in relazione alle sue condizioni economiche, sociali o familiari; che, se successivamente ai primi novanta giorni, vengono alla luce gravi pericoli per la sua stessa vita o gravi processi patologici, tra cui anomalie e malformazioni del nascituro, tali da determinare una grave precarietà per la sua stessa salute.

riprodursi) e nella sua dignità personale<sup>11</sup>. Quindi, in un ipotetico scontro tra diritti, nei primi novanta giorni la vincitrice sarebbe la madre. Fondamentale risulta il termine che comincia a decorrere dopo il novantesimo giorno. Da quel momento, i requisiti che permettono l'interruzione devono essere: gravi motivi per la salute della donna oppure malformazioni che interessano il nascituro. La differenza è notevole e molto importante. Quando il legislatore ha dovuto scrivere questa legge, da molti criticata, l'ha fatto sulla scorta di una sentenza della Corte Costituzionale la quale si era espressa sostenendo che l'aborto doveva essere disciplinato e che l'interesse preminente era quella della donna poiché «già persona». Nella scrittura di questa legge si è andati oltre, con lungimiranza non scontata. Con la decisione in parola il giudice delle leggi ha evidenziato che *“l'interesse giuridicamente protetto relativo al concepito può venire in collisione con altri beni che godano pur essi di tutela costituzionale e che, di conseguenza, la legge non può dare al primo una prevalenza totale ed assoluta, negando ai secondi tale protezione”*, riferendosi proprio, oltre al benessere fisico, all'equilibrio psichico della gestante. All'uopo ha aggiunto, che *“non esiste equivalenza tra il diritto non solo alla vita, ma anche alla salute di chi è già persona, come la madre, e la salvaguardia dell'embrione che persona deve ancora diventare”*. Senza commentare oltre questa asserzione che può risultare, per certi versi,

---

<sup>11</sup> CARUSI, *Fallito intervento d'interruzione di gravidanza e responsabilità medica per omessa informazione: il «danno da procreazione» nella giurisprudenza della Cassazione italiana e nelle esperienze straniere*, in *Rass. Dir. Civ.*, II. 1996, 342 ss.

controversa, è bene comunque sottolineare che nell'occasione la Corte ha correlato la possibilità di ricorrere all'IVG esclusivamente al pregiudizio della salute della madre, tutelata dall'art. 32 Cost., senza in alcun modo far rientrare nel c.d. bilanciamento di valori le condizioni di salute del concepito. Questo non significa schierarsi palesemente in favore di una posizione a scapito dell'altra. Significa invece prendere atto del fatto che, per quanto entrambi meritevoli di tutela, la salute della madre rappresenta, quello, fra gli interessi in gioco, in grado di comportare il sacrificio dell'altro, il quale, anche dalla stessa Corte, è stato riconosciuto degno delle stesse garanzie<sup>12</sup>. È vero che la donna deve essere libera di scegliere, però tuttavia, ad un certo punto della gravidanza, anche l'altra vita ha bisogno di essere tutelata. Per tale ragione questa legge è riuscita a porre un punto di equilibrio tra interessi differenti e per certi versi contrastanti permettendo, dunque, di rileggere in una chiave diversa e più personalistica la tutela della maternità e dell'infanzia di cui l'articolo 31 Cost. La maternità, poiché diritto, deve essere tutelata in tutte le sue possibili versioni. Non solo la maternità che si ha intenzione di portare avanti, ma anche quella che, laddove ricorrano i requisiti, voglia essere conclusa. Per questo dopo i novanta giorni il medico, in caso di aborto praticato, deve fare tutto ciò che è possibile, senza accanimento terapeutico, per

---

<sup>12</sup> DI BLASI, *I limiti della tutela del concepito tra Corte di Cassazione e Corte Costituzionale*, in [www.costituzionalismo.it/articoli/164](http://www.costituzionalismo.it/articoli/164), 25 marzo 2005; RUOTOLO, *Aborto e bilanciamento tra valori: giudizio sull'ammissibilità del referendum o giudizio (anticipato) di legittimità costituzionale?*, in *Giur. It.* 1997, I, 348 ss.

salvare la possibile vita autonoma del concepito. Ecco che il diritto di non diventare mamma, quale esplicitazione della tutela di diritti e libertà costituzionali, diventa paritario al diritto alla vita di chi, anche se non ancora nato, è stato concepito.<sup>13</sup> Appurato questo, la considerazione di immediata deduzione è che, qualora una donna venisse informata delle condizioni anormali di suo figlio, opterebbe, salvo casi di profonde e coraggiose convinzioni personali e religiose, per l'interruzione della gravidanza. Ma se questa possibilità, garantita costituzionalmente, sul cui punto approfondirò più avanti, le viene negata; se non è lasciata libera di autodeterminarsi perché una svista o la superficialità di una diagnosi, non le permettono di venire a conoscenza della gravità delle condizioni fisiche di suo figlio, come deve comportarsi quando la realtà nuda e cruda le si presenta davanti<sup>14</sup>? Certo, in termini di risarcimento la tutela che le spetta è piena. Ma agendo in nome di suo figlio può vantare un diritto di quest'ultimo a non voler nascere? Se così fosse, la situazione diverrebbe paradossalmente irrealistica. Il concepito non è un uomo, o meglio non lo è ancora. L'ordinamento tutela il suo diritto alla vita, nel senso che tutto il possibile deve esser fatto per garantire al feto la nascita. Ma non può vantare a suo

---

<sup>13</sup> Cass. Civ., sez. III, 14 luglio 2006, n. 16123, con commento di LUBELLI, *Brevi note sul diritto a non nascere*, in *Giur. it.*, 8-9, 2007, 1921-1927; App. Roma, sez. III, 23 maggio-12 luglio 2005, n. 3136, con commento di MADEO, *L'inesatta informazione del medico non costituisce di per sé un illecito*, in *Guida al dir.*, 35, 2005, 75 ss.

<sup>14</sup> ZATTI, *La tutela della vita prenatale: i limiti del diritto*, in *Nuova giur. Civ. comm.*, II, 2001, 149 ss.; Cass. Civ., sez. III, 29 luglio 2004, n. 14488, con commento di FEOLA, *Essere o non essere: la Corte di Cassazione e il danno prenatale*, in *Danno e resp.*, I, 2005, 379 ss; BELTRAME, «*Wrongful birth*» – *Il danno da nascita indesiderata nella giurisprudenza italiana*, in *Studium iuris*, 2010, 1089 ss.

favore dei diritti, o meglio, non ancora. Essendo il suo acquisto della capacità giuridica, *ergo* dell'idoneità ad essere titolare di diritti, subordinato, ai sensi dell'art. 1 c.c., all'evento nascita (così come lo sono anche le fattispecie delineate dagli artt. 426 c.c e 784 c.c.); fintanto che non nasce, non è titolare di alcun diritto, né di natura patrimoniale né di natura personale, ma semmai di una mera «aspettativa» destinata a diventare realtà una volta venuto alla luce.

Nascere, ma non nascere sano. Spesso la giurisprudenza ha ribadito il concetto per cui la vita è un dono, un bene supremo, sempre. Nessuno può dolersi del solo fatto di essere al mondo. L'eventuale esistenza di un tale diritto in capo al concepito porterebbe al paragone tra vita, vita sbagliata e non vita; ma l'antitesi della vita è la morte. E se la madre scegliesse comunque di portare a termine una gravidanza di cui ha la perfetta consapevolezza delle conseguenze, il figlio potrebbe farle per questo causa? Le ipotesi sono talmente reali da far paura. La diversità spaventa. L'idea di mettere al mondo un bambino malato, anormale o malformato in questa società è terrificante. Non c'è spazio per loro, non siamo così altruisti da capire che diverso non necessariamente è dannoso. Ma non possiamo, noi, decidere se sia giusto o meno vivere una vita, qualsiasi vita. Ammettere il diritto a non nascere significherebbe influenzare la decisione di una donna, che già di per se disperata, sa di dover decidere anche per suo figlio, il quale

una volta nato potrebbe rinfacciarle la sua stessa vita. No. Il diritto di chi già è uomo, prima<sup>15</sup>.

## ***2. La bioetica e il diritto a non nascere***

Attorno agli anni sessanta, il notevole sviluppo tecnologico e scientifico in campo medico, coincise con un altrettanto notevole cambiamento di natura culturale e giuridica. Ancora prima di utilizzare il termine *bioetica*<sup>16</sup>, in uno scenario nel quale si resero disponibili le prime macchine per la dialisi, i trapianti d'organo, o il moltiplicarsi dei reparti di terapia intensiva; dove il continuo perfezionarsi dell'ingegneria genetica rese più precise le diagnosi prenatali e aprì le porte alle tecniche di interruzione della gravidanza; in altre parole, quando una medicina capace di interventi sempre più massicci e propriamente decisivi della sorte dell'uomo, si pose come nuovo traguardo da realizzare, si sentì la necessità di riflettere sul significato dei concetti stessi di "vita" e "morte" ed in particolare su concetti di sacralità della vita, poteri/doveri del medico, ruolo della volontà del paziente e riconoscimento della sua autodeterminazione. Siamo negli anni delle contestazioni, della lotte per l'affermazione dei propri diritti: Stati Uniti,

---

<sup>15</sup> AA.VV., *"Un bambino non voluto è un danno risarcibile?"*, a cura di D'ANGELO, in *l'Alambicco del Comparatista*, Milano, 1999; Cass. Civ., sez. III, 1° dicembre 1998, n. 12195, con commento di FILOGRANA, *"Se avessi potuto scegliere ..."* *La diagnosi prenatale e il diritto all'autodeterminazione*, in *Danno e Resp.*, I, 1999, 522 ss.

<sup>16</sup> Il termine *bioethics* pare essere stato utilizzato per la prima volta nel 1970 da *Van Rensselaer Potter* e *André Hellegers*. Una, però, delle originarie definizioni di bioetica è quella data da *Warren T. Reich*: *"the sistematic study of human conduct in the area of the life sciences and health care, insofar as this conduct is examined in the light of moral values and principles"*.

il movimento *civil rights* rivendica diritti e possibilità per gli afro-americani; prende piede il femminismo con le battaglie per il riconoscimento della volontà della donna anche in materia sessuale e riproduttiva. Cultura, politica e diritto vengono ad occuparsi con maggior attenzione e profondità dei temi dell'uguaglianza e dell'antidiscriminazione. In generale si assiste all'affermazione di una serie di movimenti tesi a riconoscere ad ogni soggetto, a prescindere da diversità di genere e di origine, un tendenziale diritto di scelta sulla propria vita, ed anche sul proprio corpo e sulla propria salute.

Vita e morte. Storicamente, il dibattito sul fine-vita ha sempre anticipato quello sull'accertamento dell'inizio-vita. Mentre la precisazione del momento della morte, infatti, ha da sempre avuto un formidabile impatto nel diritto penale e nel diritto privato, l'inizio-vita ha catalizzato il dibattito politico e culturale soltanto più recentemente <sup>17</sup>. Mantenendo ben salda la connessione con le dottrine costituzionali, senza troppo dilungarsi in ambito filosofico, la prima preoccupazione è quella di rinvenire il momento in cui, con solida certezza, scocca la scintilla della vita e un nuovo organismo viene ad esistenza. Il fatto che sull'individuazione di tale momento permangano opinioni

---

<sup>17</sup> Il riferimento è al caso *Roe vs. Wade*. Con questa sentenza del 1973 la Corte Suprema degli Stati Uniti d'America rovesciò tutte le leggi statali o federali che punivano o restringevano, ad alcuni casi di particolare gravità, la possibilità di abortire. Secondo la sentenza la maggior parte delle leggi contro l'aborto negli Stati Uniti violava il diritto alla *privacy*, intesa in senso ampio come autonomia decisionale della persona, garantito dal XIV emendamento della Costituzione. La sentenza ha dato il via a un dibattito che si ripresenta ogni qualvolta la politica o la società affrontano il tema sull'aborto.

diverse, dimostra come variabili di carattere scientifico-tecnologico e ideologico-culturale si intreccino ed influiscano in maniera decisiva sulla soluzione del quesito, la quale pare assumere i contorni di una scelta discrezionale più che di un accertamento oggettivo. Il diritto non sembra dover definire quando inizi (da un punto di vista cellulare, biologico ecc..) la vita, potendosi limitare ad indicare il momento a partire dal quale il soggetto diviene persona, acquistando la capacità giuridica, o viene comunque ritenuto titolare di interessi meritevoli di tutela<sup>18</sup>.

Tra le questioni bioetiche afferenti il momento iniziale della vita umana, accanto e in potenziale collegamento con quelle sollevate dalle tecniche di procreazione medicalmente assistita, spicca la tematica del cd. danno da procreazione<sup>19</sup>. In particolare, le fattispecie più problematiche riguardano il caso in cui la patologia che colpisce il nato non è direttamente causata dalla condotta del medico, ma è dovuta a tare genetiche non diagnosticate, se non alla nascita. Finora le vicende che maggiormente hanno alimentato la riflessione di giuristi e bioeticisti hanno riguardato danni da procreazione naturale, ma, con il diffondersi e l'aumentare delle tecniche di procreazione medicalmente assistita non è da escludersi che il tema si arricchisca di nuovi scenari<sup>20</sup>. La questione

---

<sup>18</sup>CASONATO, *Introduzione al biodiritto*, Giappichelli, Torino, 2006, cap. I, 5-64

<sup>19</sup>RESCIGNO, *Danno da procreazione e altri scritti tra etica e diritto*, Giuffrè, Milano, 2006; AA.VV. *Un bambino non voluto è un danno risarcibile?* a cura di D'ANGELO, op. cit.

<sup>20</sup>BILÒ, *Il danno nella procreazione: nascite mancate e indesiderate*, a cura di SESTA, *La responsabilità nelle relazioni familiari*, Utet, Torino, 2008, 464-530

del cd. diritto a non nascere se non sano, con la conseguente risarcibilità del danno da “vita ingiusta” non interessa solo gli studiosi di diritto positivo: essa inevitabilmente sottende una scelta di carattere morale, e ben consente di annoverare il tema fra i punti più caldi della problematica dei rapporti fra diritto ed etica. Già Francesco Carnelutti, criticando una sentenza datata 1950 che aveva giudicato fondata l’azione risarcitoria di una figlia eroduletica contro i genitori, rilevava che la questione sottoposta al Tribunale involgeva “*il problema del valore della vita*” e che la vita è un bene, anche se malata, “*mentre la non vita non vale nulla*”<sup>21</sup>. Il danno che subirebbe il minore nato con malformazione o malato, infatti, andrebbe paragonato con la non vita, ossia con la radicale alternativa del non essere affatto nato e, quindi, con la impossibilità di divenire soggetto e di accedere a una qualunque tutela giuridica<sup>22</sup>. È probabile, e oltremodo comprensibile, che i genitori che chiedono un risarcimento da *wrongful life* per il minore lo facciano solo per ottenere denaro utile ad accudire una persona che presenta maggiori difficoltà di quelle di un individuo sano, senza l’intenzione di negare valore alla vita del figlio. Tuttavia, ciò non toglie che sia opportuno interrogarsi sulla concezione antropologica comunque sottesa al diritto a non nascere, e ai suoi presupposti culturali. Spostandosi quindi sul piano

---

<sup>21</sup>CARNELUTTI, *Postilla*, in *Foro it.*, I, 1951, 989-990

<sup>22</sup> In senso conforme alle osservazioni dell’illustre giurista, nel 2004 la Cassazione italiana ha affermato che se è configurabile, almeno in astratto, un diritto a nascere sani, non è altrettanto logicamente plausibile un diritto a non nascere, dato che il suo soddisfacimento negherebbe la stessa soggettività di chi lo aziona; vedi Cass. Civ., sez. III, sent. 29.7.2004, n. 14488, in *Giur. civ. comm.*, I, 2005, 418-433, con nota di PALMERINI, *La vita come danno? No, sì, dipende.*, 433-444

della riflessione meta-giuridica, si può notare come la pretesa di risarcimento della “vita sbagliata” poggi sull’idea per la quale l’inesistenza sia un male minore rispetto ad una vita gravemente malata. In tale ottica, la vita stessa sarebbe “veramente degna d’esser vissuta” solo in presenza dei requisiti che appunto *degn*a la rendono. Una vita “infelice” contrasterebbe proprio con quel *right of pursuit of happiness*, proprio della tradizione giuridica nordamericana, sul quale si ancorano gli orientamenti della bioetica *pro-choice*, tesa a salvaguardare l’autonomia del singolo e il potere individuale di scelta<sup>23</sup>. Quale referente culturale di questa impostazione, John Stuart Mill, teorizza il principio della libertà e del diritto al libero sviluppo di sé. Secondo il filosofo britannico, ciascuno deve essere lasciato libero di perseguire la propria felicità come meglio crede, e di sviluppare al meglio le proprie potenzialità, al patto di non danneggiare gli altri<sup>24</sup>. Ma se la *qualità* viene assunta a vero e proprio *discrimen* della *dignità* stessa? Seguendo questo pensiero, lo stagiarsi della vita qualitativamente buona non si limita a sottolineare quali elementi caratterizzano la vita umana nella sua pienezza, bensì ha la funzione di tracciare una linea di confine al di sotto della quale la tutela della vita non è più né indiscutibile né assicurata. Si verifica uno slittamento di significato per il quale la *dignità* passa da *oggetto* a

---

<sup>23</sup> Per un chiarimento sulla contrapposizione fra bioetica cd. laica o *pro-choice*, a favore della qualità della vita, e bioetica cd. cattolica o *pro-life*, a favore della ‘sacralità della vita’ vedi FORNERO, *Bioetica cattolica e bioetica laica*, Mondadori, Milano, 2009

<sup>24</sup> MILL, *Saggio sulla libertà*, (1859), prefazione GIORELLO, MONDADORI, ed. Il Saggiatore, Milano, 1981

*condizione* della tutela<sup>25</sup>. Se il criterio della sacralità della vita, pur tacciabile di “riduzionismo biologico”, garantisce tutela al soggetto in base alla sola appartenenza alla specie umana, l’argomento della qualità viene a tracciare una soglia di efficienza psico-fisica al di sotto della quale la vita perde il carattere della indisponibilità, restringendo il novero degli individui degni di tutela<sup>26</sup>. Normale, normalità. Questo stesso concetto costituisce un problema etico e giuridico se serve a disconoscere l’uguaglianza degli esseri umani e a compiere atti discriminatori<sup>27</sup>. Non a caso, proprio in una sentenza in tema di diritto a non nascere, richiamandosi al divieto costituzionale di ogni forma di discriminazione, la Corte di Giustizia Federale tedesca ricorda il pericoloso sfruttamento, in senso eugenetico, delle idee di *perfezione e imperfezione, normalità e anormalità* compiuto dal nazismo<sup>28</sup>.

Di fronte a tematiche quali quelle trattate c’è il pericolo che la riflessione etica e giuridica non riesca a sementarsi naturalmente attorno ad alcuni valori universalmente riconosciuti e condivisi. La velocità dei progressi

---

<sup>25</sup>REGGIO, *La vita come danno. Alcune note in margine ad una recente sentenza in tema di “diritto a non nascere”*, in ZANUSO, a cura di, *Il filo delle Parche. Opinioni comuni e valori condivisi nel dibattito biogiuridico*, ed. Franco Angeli, Milano, 2009, 155-174;167

<sup>26</sup> Si vedano le conseguenze in termini di annullamento della tutela nei confronti dei soggetti deboli nelle concezioni di due esponenti della bioetica *pro choice*, Peter Singer e Tristram Engelhardt. Per questi Autori solo il possesso di certe caratteristiche (come, ad esempio, l’essere coscienti e in grado di autodeterminarsi, la capacità di avvertire piacere e dolore, la capacità di interazione fisica, sociale e mentale con altri esseri) garantisce all’individuo il riconoscimento del suo essere *persona* e, con ciò, l’accesso ad una piena tutela giuridica (SINGER, *Ripensare la vita. La vecchia morale non serve più*, (1996), trad. RINI, ed. Il Saggiatore, Milano, 2000; ENGELHARDT JR., *Manuale di Bioetica*, trad. RINI, ed. Il Saggiatore, Milano, 1999)

<sup>27</sup> D’AGOSTINO, *Parole di Bioetica*, Giappichelli, Torino, 2004, p. 62

<sup>28</sup> Corte di Giustizia Federale, decisione n. 204/1986

scientifici e tecnologici legati alla biomedicina potrebbe imporre una marcia a tappe forzate in cui potrebbe essere difficile trovare il tempo per riprendere fiato. Di fronte alle enormi potenzialità in negativo e in positivo che potranno dischiudersi; di fronte ai bilanciamenti di interesse che andranno pure in qualche modo orientati, sarà d'altro canto necessario trovare una qualche disciplina che possa costruirsi più che mai attorno ad un confronto rispettoso fra la componente giuridica, quella etica, quella deontologica, fino a riscoprire il ruolo fondamentale della responsabilità individuale del singolo – medico, paziente, genitore, figlio. L'obbligatorietà del diritto dovrebbe rendersi compatibile con la persuasione dell'argomento etico e con l'autonomia della professione, in una sorta di *governance* in bioetica in cui le differenti componenti agiscono su più livelli secondo i principi di garanzia e di efficienza, se si vuole, di sussidiarietà. Ma per far questo pare necessario avviare un percorso di evoluzione culturale che riesca a non farsi staccare troppo da quella scientifica<sup>29</sup>.

Per concludere, per quanto il dibattito resti più attuale e aperto che mai, interrogarsi sulla liceità degli interventi tecno-scientifici dell'uomo sulla vita, significa interrogarsi sul senso della stessa vita umana e sul fondamento del suo valore, sui limiti della disponibilità e indisponibilità dell'uomo rispetto alla vita propria (e altrui), sui confini della libertà e della responsabilità dell'uomo nei confronti

---

<sup>29</sup> CASONATO, *Diritto, diritti ed eugenetica: prime considerazioni su un discorso giuridico altamente problematico*, in *Humanitas*, 4, 2004, 841-856

degli altri. Il rapporto tra l'uomo e la sua sfera biologica si delinea in epoca moderna seguendo i campi dell'oggettivismo, del razionalismo e del volontarismo: l'individuo può dirsi libero se dominante il mondo che lo circonda, compresa la sua stessa corporeità, e se incondizionato nel suo volere. Si tratta di una visione antropologica e di un patrimonio concettuale che si sono depositati pressoché inalterati nelle legislazioni contemporanee <sup>30</sup>. Tuttavia, tale presupposto individualistico dell'uomo "padrone di se stesso" non evita, anzi alimenta, grazie alla sua connaturata ambiguità, la discussione su chi debba essere il titolare dei diritti umani (se il singolo o la comunità) e a quali limiti (sempreché si considerino necessari) debba essere sottoposto il loro esercizio. Il problema è che alla fine si resta fedeli ai presupposti dell'antropologia moderna: "*non si può fondare un criterio univoco che imponga di reprimere la volontà del singolo che non tenda più alla conservazione della vita*" e della salute; "*non si riesce più ad affermare, in effetti, che la libertà individuale pretende l'intangibilità della vita per la natura intrinseca di tale bene giacché si è indotti a ritenere piuttosto che la vita è inviolabile perché (e dunque, finché) il soggetto lo vuole*"<sup>31</sup>. L'autonomia, oggi pur tanto indagata e perseguita come baluardo della dignità umana, rischia di sciogliersi

---

<sup>30</sup> Osserva Heidegger: "*l'uomo decide in proprio del modo in cui deve situarsi rispetto all'ente ridotto ad oggetto. Ha così inizio quel modo di esser uomo che consiste nel prender possesso della sfera dei poteri umani come luogo di misura e di dominio dell'ente nel suo insieme*" (HEIDEGGER, *Sentieri interrotti*, (1950), trad. CHIODI, ed. La Nuova Italia, Firenze, 1999, 93);

<sup>31</sup>GENTILE, *Intelligenza politica e ragion di stato*, Giuffrè, Milano, 1983, pp. 223-229

nella inconsapevole delega ad altri del potere di prendere decisioni sulla propria vita e salute. Come scrisse Foucault: “*Si potrebbe dire che al vecchio diritto di far morire o di lasciar vivere si è sostituito un potere di far vivere o di respingere dalla morte.*”<sup>32</sup>”

### ***3. Analisi storica e contemporanea del concetto di persona***

Nel contesto appena descritto riveste un ruolo centrale un concetto, sia giuridico che filosofico, che tutt’oggi ci lascia degli interrogativi aperti: “Tutti gli uomini sono persone?”. Il chiarimento del concetto di persona appare a un tempo un crocevia imprescindibile per avviare a soluzione molti problemi con cui la bioetica si confronta. Se da un lato l’idea che si debba rispettare la persona risulta quasi universalmente accettata (è una sorta di valore ecumenico), occorre ammettere che non di rado si è d’accordo solo a parole. Non è infrequente che nella ricerca sulla identificazione della persona, particolarmente complessa nei casi di confine, vengano ritagliati concetti di persona *ad hoc* tra loro distanti. Un tale evento si verifica in ambito bioetico, dove quella identificazione è messa alla prova in modo diretto. Le scienze biologiche non sanno alcunché della persona: con la riflessione su di essa ci si colloca al di fuori della biologia, si accede alla sfera del sapere filosofico. Volgendosi verso le cose stesse, il

---

<sup>32</sup>FOUCAULT, *La nascita della biopolitica*, (corso al Collège de France, anni 1978-1979), a cura di EWALD, FONTANA e SENELLART, trad. BERTANI, ZINI, Feltrinelli, Milano, 2005; dello stesso autore, *La volontà di sapere*, trad. PASQUINO, PROCACCI, Feltrinelli, 1978

metodo della filosofia cerca, contrariamente alla scienza che opera un esteso processo di “*disontologizzazione*” (legittimo, sul suo piano), l’ordine, il valore e per così dire il “sapore” dell’essere. Nel progetto scientifico moderno l’uomo è visto come sdoppiato in un livello in cui è considerato soggetto inalienabile (la persona, interpretata soprattutto come titolare di diritti), e in un altro in cui è oggetto, ossia parte della natura fisico-biologica, su cui sovrintende la mano della scienza. A buon diritto, Heidegger ha messo in guardia contro la possibilità che l’uomo comprenda la propria essenza a partire da quella della tecnica. Poiché al soggetto si riconosce una funzione operativa, non una sostanzialità d’essere o ontologica, questi sperimenta con angoscia di poter esser oggettivabile e manipolabile. Che cosa è persona, dunque, e chi è persona?<sup>33</sup>

Da sempre terreno di scontro tra dottrine di stampo religioso e non, la domanda diventa prettamente attuale quando tocchiamo argomenti quali procreazione e aborto. Il fulcro della questione è se la qualifica di “persona” possa accostarsi anche all’embrione (e quindi al concepito) o se sia una prerogativa dell’uomo formato, nato. Nell’antico diritto romano, i giuristi dissociavano le realtà naturali dagli artifici giuridici; a testimonianza di questo distacco tra oggetti conoscibili del mondo reale e figure risultanti dalle procedure di qualificazione, vi è la distinzione tra l’essere umano concreto e la sua persona, ovvero il ruolo

---

<sup>33</sup> POSSENTI, *Identità della persone e dibattito sull’embrione*, in [www.portaledibioetica.it/documenti](http://www.portaledibioetica.it/documenti), 2012; GALLUZZO, *Tutela dell’embrione*, in *Fam., pers. e succ.*, 2007, 667 ss.

che esso riveste sulla scena del diritto. Questo strumento all'inizio così strettamente giuridico, si è caricato nel corso del tempo, attraverso la teologia cristiana e l'umanesimo, di valori incompatibili con l'esiguità della sua funzione originaria. Il primissimo significato di "persona" era quell'artificio tecnico, quel doppio del soggetto reale, che permetteva di conferire a quest'ultimo, a prescindere dalle sue particolarità soggettive e sociali, un'identità in qualche modo univoca e stabile, opponibile ad altri sulla scena del diritto.<sup>34</sup> Le persone erano quindi considerate in relazione alla posizione che occupavano nella scala dei poteri giuridici. Siamo ancora lontani dal riconoscimento di ogni individuo come persona giuridica, ma negli ultimi decenni della tarda antichità si affermò espressamente l'idea che la "persona", al di là del soggetto, fosse titolare di una capacità ad agire giuridicamente. Quest'interpretazione si fissa soprattutto nel vocabolario giurisdizionale dei glossatori medioevali per cui una persona era essenzialmente designata come tale dalla sua attitudine a stare in giudizio. Partendo dalle categorie del diritto romano, il diritto canonico specifica ulteriormente : dal primo senso di persona si accentua l'attenzione sulla capacità di tutti coloro che, per la loro attitudine generale a

---

<sup>34</sup> Per meglio spiegare: gli atti giuridici e i diritti si imputano non al soggetto quale si riconosce lui stesso, ma al personaggio che rappresenta su questa scena. Persona era quindi il creditore, il debitore, il proprietario, l'attore, il convenuto ecc. Uno stesso individuo poteva moltiplicarsi in diverse *personae* simultaneamente (es. la sua e quella di tutore di altri) oppure una stessa persona poteva essere attribuita a diversi individui per contitolarità di ruolo (es. la persona del padrone poteva dividersi tra i diversi schiavi). Al di là di questi ruoli specificamente legati a rapporti giuridici determinati, il concetto di persona si applicava anche a categorie funzionali stabili: gli uomini, nelle *Istituzioni* di Gaio, erano considerati in quanto *personae* (liberi, schiavi, pater familia ecc.).

rivestire un ruolo procedurale, hanno la qualità, non più occasionale bensì permanente (salvo privazione) di persone. Da questo punto di vista la persona, secondo il diritto era ( e continua ad essere) l'unità propriamente giuridica di un soggetto. A partire dal XVI secolo, i giuristi hanno iniziato a considerare esplicitamente gli esseri umani in rapporto a un'entità giuridica distinta da quello che erano in realtà e natura.

Mettendo da parte il ruolo giuridico, l'inerenza del corpo alla persona affonda le sue radici, in realtà, nelle speculazioni giuridiche medievali, che a partire da premesse teologiche, denaturarono il senso puramente funzionale della persona nel diritto romano. Discostandosi dal ruolo giuridico i teologi vedevano nella persona umana l'unità indivisa, irriducibilmente singolare e perfettamente incomunicabile di due sostanze: il corpo generato dall'uomo e l'anima generata da Dio al momento stesso del concepimento. Persona ed essere umano coesistevano. I commentatori medioevali fecero dell'unione del corpo e dell'anima l'unico criterio di una personalità definita ormai "vera", facendo passare la persona ad un regime pienamente esistenziale. L'esigenza, manifestatasi più tardi, dei diritti della personalità contribuì ad una ulteriore naturalizzazione della persona, la quale veniva ora considerata sotto due aspetti complementari: come soggetto e come oggetto di un diritto denominato "potere", potere su se stesso. Così, se le persone puramente giuridiche erano effettivamente immaginarie, senza corpo né anima, le "persone vere", al contrario, formavano una

mescolanza di realtà e finzione tale, che i giuristi del tardo Medioevo, subordinando il significato giuridico alla realtà della loro esistenza, avevano finito con il considerarle naturali; allo stesso tempo, attribuendo alle entità lo stesso significato degli esseri umani, avevano forgiato i mezzi per isolare la loro natura civile, ripristinando un soggetto doppio alla maniera del diritto romano<sup>35</sup>.

Per quanto riguarda l'aspetto filosofico, molti sono gli autori che hanno analizzato, nel corso dei secoli, il concetto di "persona": se Platone con il mito della "biga alata" creava una concezione dualistica dell'uomo diviso tra anima e corpo, Aristotele riteneva invece che, l'uomo, come la realtà, avesse in sé una forma della sostanza che determinava l'essenza di tutte le cose appartenenti a quella categoria. Uomo come colui la cui essenza era rappresentata da quella parte dell'anima dotata di ragione.

Nella tradizione filosofica sono state avanzate determinazioni del concetto di persona, tra loro affini, che per la loro coerenza razionale si pongono come imprescindibili termini di confronto. La più nota e antica è la determinazione formulata dal filosofo latino Boezio, vissuto tra il V e il VI secolo, secondo cui persona è "*rationalis naturae individua substantia*".<sup>36</sup> Esse non escludono il livello corporeo-biologico-genetico, nel senso che la sostanza individuale umana è anche corporea. Non c'è perciò contraddizione nel sostenere che un individuo può essere allo stesso tempo persona in atto e personalità

---

<sup>35</sup>CAYLA, THOMAS, *Il diritto di non nascere. A proposito del caso Perruche*, trad. COLOMBO, Giuffrè, Milano, 2004, 114-115.

<sup>36</sup>BOETHIUS, *De Consolatione philosophiae*, libro I e VI, trad. MARESCHINI, Utet, collana Classici del Pensiero, 2006.

in potenza. Mentre il divenire persona come possesso del suo proprio statuto ontologico radicale non è un processo, ma un evento o atto istantaneo, per cui si è stabiliti nell'esser persona una volta per tutte, la personalità è qualcosa che si acquista processualmente, attraverso l'effettuazione di atti personali (secondi). Ne consegue che dalla identica posizione d'essere (essenza) scaturisce l'ugual valore di ogni persona, in modo indipendente dal possesso attuale di certe proprietà e/o funzioni. Con l'anteriorità e la distinzione dell'atto primo della sostanza rispetto alle sue operazioni si afferma invece l'antecedenza e il maggior valore della persona nei confronti delle sue operazioni; in ciò si fonda anche l'identità del soggetto, che altrimenti rischierebbe di esser dissolta nella molteplicità, anche contraddittoria, degli atti che si succedono nel tempo.

La distinzione aristotelica tra uomo-essere sensibile e uomo-essere ragione, venne ripresa e perfezionata dalla tradizione cristiana, nel dualismo anima-corpo. La persona diventò il segno tangibile della bontà divina.

Intorno al XVII secolo, il declino dell'influenza teologica sul pensiero favorì la prevalenza dell'aspetto razionale dell'essere umano. Spiccano pensatori quali Grozio, Hobbes, e Pufendorf, ma colui che con maggior interesse si dedicò al tema della persona, influenzato dal movimento illuministico, fu Immanuel Kant.

Cos'è la "persona" per Kant? È l'uomo come razionalità.<sup>37</sup>

La persona diventa immutabilmente l'organo della ragione e finisce con il coincidervi. Di diversa impostazione John Locke, che suggerì una nozione di "persona" propria dei linguaggi, come il diritto e l'etica, che se ne servono per attribuirle ad esseri esplicitamente tutelati<sup>38</sup>.

La differente corrente dell'idealismo spostò il centro d'interesse dal singolo individuo allo Stato, attribuendo all'uomo non più la titolarità di diritti imprescrittibili, ma semplicemente il riconoscimento dell'essere qualcosa di esistente nel mondo, dove solo lo Stato ha personalità e soggettività. Il suo massimo esponente, Hegel, concepì lo Stato Etico, che in quanto sintesi di etica e diritto, era in grado di garantire alla collettività protezione dal rischio degli arbitrii dei singoli e delle tirannie.

È in questo contesto che trova fondamento lo Stato di diritto, basato sui moderni valori costituzionali che riconoscono al soggetto autonomia ma anche garanzia degli organi di potere. Da qui trovano spunto le critiche al pensiero kantiano, come quelle mosse da Fichte, per cui la persona non è realtà di fatto, ma attività pensante. Senza strumentalizzazioni, la persona dovrebbe crearsi da sé, attraverso il rapporto con gli altri, forgiando la propria personalità.

---

<sup>37</sup> In una chiara esposizione del problema, KANT, *La Metafisica dei costumi*, (1970), trad. VIDARI, Laterza, Bari, , 227-230, specifica che "l'uomo considerato come persona, vale a dire come soggetto di una ragione moralmente pratica, è elevato al di sopra di ogni prezzo, perché come tale egli deve essere riguardato non come mezzo per raggiungere i fini degli altri e nemmeno i suoi propri, ma come un fine in sé".

<sup>38</sup> LOCKE, *Saggio sull'intelletto umano*, (1690), a cura di D'AMICO; trad. CICERO, Bompiani, 2004, Torino, 387 ss.

Nel XX secolo, le teorie personaliste, sostenuta dalle correnti spiritualistico-cristiane, vedono nella persona una realtà ontologicamente superiore.

Le teorie, fin qui brevemente elencate, mostrano come nel concetto di “persona” siano insite innumerevoli contraddizioni, che nemmeno le filosofie contemporanee sono riuscite a spiegare. In alcune correnti della bioetica contemporanea a sfondo riduzionistico viene rifiutato il concetto stesso di persona, e tutto è ricondotto a forme compiute di utilitarismo etico e di “sensismo”: hanno diritti solo gli esseri senzienti capaci di provare piacere o dolore. Di conseguenza, saranno titolari di diritti gli animali adulti, perché capaci di godere e di soffrire, ma non gli embrioni umani privi del sistema nervoso. Dal punto di vista ontologico questo sensismo estremo, che appiattisce ogni rango dell’essere riducendo tutto a materia animata capace di provare sensazioni, si potrebbe definire un “animalismo trascendentale”

Tra queste, la corrente *funzionalistico-attualistica*, che determina la persona sulla scorta della coscienza/autocoscienza, asserisce la possibile esistenza di individui umani non ancora/non più persone. È noto che alcuni autori (tra cui ad esempio il filosofo americano e studioso di bioetica Hugo Trisrtam Engelhardt) definiscono la persona attraverso i caratteri dell’autocoscienza, dell’autonomia, della razionalità, del possesso del senso morale; negando l'equivalenza dei termini "essere umano" e "persona", concludono che "*non tutti gli esseri umani sono persone... I feti, gli infanti, i*

*ritardati mentali gravi e coloro che sono in coma senza speranza costituiscono esempi di non-persone umane. Tali entità sono membri della specie umana*"<sup>39</sup>. Tuttavia la definizione di persona come un ente dotato di coscienza o di autocoscienza o di stati psichici non stringe adeguatamente il problema, perché non costituisce una definizione pienamente reale della persona; ne coglie solo un aspetto o un attributo che non è in senso proprio essenziale, cioè relativo ai caratteri essenziali: ciò che rende tale la persona è l'essere un individuo di natura spirituale (la qual cosa o c'è o non c'è), non il maggior o minor grado di coscienza; così i caratteri e le funzioni che possono crescere, diminuire, mancare, sono per ciò stesso non essenziali. In particolare la privazione di una qualità (es. la vista, la parola, la coscienza) ammette gradi, mentre ciò non accade con le proprietà essenziali. Si può arrivare sino alla privazione completa di una certa qualità non essenziale, senza che muti la natura ontologica di un oggetto: una persona umana non è meno persona se è cieca.

Anche a livello istituzionale la situazione non sembra trovare soluzioni pacifiche. Nello scenario europeo, ad esempio, ci si rifiuta di definire il concetto di "persona" ai fini dell'applicazione del diritto alla vita: la Corte europea dei diritti dell'uomo afferma di non poterlo fare perché

---

<sup>39</sup> ENGELHARDT JR., *Manuale di bioetica*, trad. RINI, Milano, Il Saggiatore, 1999, 126.

mancano le basi scientifiche e di non volerlo fare perché le opinioni sono troppo discordanti.<sup>40</sup>

“Persona” è dunque un vocabolo del linguaggio giuridico e del linguaggio morale, e non certo del linguaggio biologico, conseguentemente possiamo asserire che l’attribuzione all’embrione di tale status non trova conferma alcuna; ciò che è osservabile e senza dubbio vero è la potenziale vitalità dell’embrione stesso, ma null’altro. Niente ci fa dedurre che esso sia una “persona”, ma semmai che lo sarà (in futuro).

Concludendo con le parole di Ferrajoli, che danno risposta all’interrogativo iniziale : *“dire che l’embrione è una persona non è un’asserzione, ma una prescrizione; non un giudizio di fatto ma un giudizio di valore, come tale né vero né falso ma rimesso alla valutazione morale e alla libertà di coscienza di ciascuno. Una sola cosa è certa sul piano empirico: perché l’embrione diventi indiscutibilmente una persona è necessario che nasca, e la sua nascita richiede la gestazione e il parto ad opera di una donna.”*<sup>41</sup>

---

<sup>40</sup> Lo ha evidenziato la Corte europea dei diritti dell’uomo nella sentenza del 4 luglio 2004 n. 53924/00 relativa al caso *Vo c. France*, in cui doveva decidere se fosse imputabile di omicidio il medico che, per un errore, avesse determinato la morte del feto di ventuno settimane. Dopo una rassegna della normativa europea, la Corte conclude : *“It’s not only legally difficult to seek harmonisation of national laws at Community level, but because of lack of consensus, it would be inappropriate to impose one exclusive moral code”*.

<sup>41</sup> FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, Laterza, 2007, vol.I, 7.3, 353.

***4. Nascere sano, non sano o non nascere affatto. Chi decide cosa?***

Diritto alla vita. Diritto di tutti, è cosa certa. Ma quando per vita non s'intende quella di un essere già vivente, formato, compiuto; bensì quella di un'entità che ancora non gode di autonoma capacità di sopravvivenza perché vincolato al grembo materno, allora la differenza merita di essere sottolineata. In effetti, oggi nessuno contesta l'esistenza del diritto alla vita e del diritto alla salute, di cui ogni uomo, in quanto uomo, ne è titolare. La sola consapevolezza delle premesse culturali di tale convinzione può svelare come nell'era del progresso e della scienza si intenda realmente il rapporto fra individuo e vita, e con quali conseguenze. L'urgenza di trovare soluzioni ai dilemmi morali suscitati dal progredire di tecnologie miranti a un integrale potere di disposizione sulla vita, ha il suo peso nell'indirizzare verso elaborazioni precipitose. In questo quadro assume valore emblematico il tema dell'embrione umano, in cui si combinano la sua "inapparenza", ossia il suo ridursi a qualcosa di quantitativamente e dimensionalmente minimo, e il costituire un crocevia imprescindibile, perché in esso ne va della comprensione dell'uomo e della vita. Nei suoi confronti va reso operante il principio di rispetto, che scopre nell'infinitamente piccolo una promessa, meritevole di tutela e di non violenza in una misura pari a quella che si rivolge ai già nati; che tenta di percepire, istruito dai dati che la scienza mette a disposizione, i molteplici livelli di realtà compresenti nella vita. Sebbene si parli abitualmente

di diritto *alla* vita e *alla* salute, si può notare come questi vengano spesso pensati come se si trattasse di diritti *sulla* vita e *sulla* salute: corpo, salute, vita sono considerati beni a disposizione del soggetto titolare, ad esclusione di altri soggetti, come avviene nella relazione giuridica della proprietà<sup>42</sup>. La cultura giuridica contemporanea si dimostra in questo frangente fortemente tributaria del pensiero della modernità. In particolare, è la moderna Scuola del Diritto Naturale a creare quel contesto unitario che finisce col concepire la titolarità del singolo di un naturale diritto *sulla* vita. Il giusnaturalismo, che vede nella legge naturale un sistema di valori di riferimento, oggettivo e conoscibile, ha dell'uomo una visione razionalistica e individualistica: l'essere umano è pensato in grado di conoscere la verità, tramite la ragione, e di raggiungere ciò che è bene per sé, tramite la volizione<sup>43</sup>. La libertà, intesa come assenza di vincoli esterni al volere, garantisce l'autonomia del soggetto, che può essere legittimamente compressa solo ove sia lesiva della libertà e dell'autonomia altrui. Premesso questo, risulta insindacabile ogni decisione del singolo che non danneggi gli altri, anche quando tale decisione riguardi la sua stessa vita o la sua salute. Quando però, nello specifico, il diritto *alla* vita di un soggetto compiuto, la madre, si incontra e scontra con il diritto *alla* vita di un essere, sì soggetto, ma ancora incompiuto, il

---

<sup>42</sup>CAVALLA, *Diritto alla vita e diritto sulla vita: sulle origini del problema dell'eutanasia*, in BAX, BERTI, CASSON, *La vita: realtà e valore: studi in onore di mons. Girolamo Bortignon*, Gregoriana Libreria Editrice, Padova, 1990, pp. 169-192

<sup>43</sup> Per una panoramica sulle origini e i temi del pensiero giusnaturalista, cfr. TODESCAN, *Etiamsi daremus. Studi sinfonici sul diritto naturale*, Cedam, Padova, 2003.

feto, chi prevale su chi? La donna viene investita della titolarità del diritto *sulla* vita del bambino che porta in grembo o il diritto di quest'ultimo a venire alla luce resta fermo e ben saldo rispetto alla decisione altrui? Una delle voci del coro, la Chiesa, mostra ad esempio in merito all'argomento una posizione alquanto chiusa. Colei che sulla base delle fonti scritturali ed apostoliche ha sempre considerato la vita un dono del Signore, nega la possibilità che sia l'essere umano a dover decidere se dare la vita o dare la morte.<sup>44</sup> Moralmente ed eticamente parlando, a prescindere dalle convinzioni teologiche e politiche, il postulato "la vita è un dono" vale per ogni individuo. Ma se nel dare la vita il rischio è di perdere la propria, la bilancia non è più in equilibrio. Tralasciando la rigidità della convinzioni cattoliche, assolutamente ferme e convinte nella negazione dell'aborto, per le quali nemmeno un legame così stretto tra madre e feto può legittimare la prima a scegliere; non possiamo nemmeno accettare la tesi di chi sostiene l'esistenza, in capo al concepito, di un diritto di scelta nei riguardi della sua futura vita. Qualsiasi discorso mirante a ricostruire la posizione giuridica del nascituro<sup>45</sup> è direttamente collegato alla possibilità di riconoscere a questi una sua propria soggettività distinta da quella della gestante. Il dato normativo da cui occorre partire è sicuramente la presenza nel nostro ordinamento di

---

<sup>44</sup> LENER, *Il diritto all'aborto negato dalla commissione europea per i diritti dell'uomo*, in *Civiltà Cattolica*, IV, 1978, 154 ss.

<sup>4545</sup> Sul punto: BUSNELLI, *Lo statuto del concepito*, in *Democr. e dir.*, 1988, II, 216; ID, *L'inizio della vita umana*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, I, 533; ZATTI, *La tutela della vita prenatale: i limiti del diritto*, in *Nuova giur. comm.*, 2001, II, 154.

disposizioni che si riferiscono al concepito<sup>46</sup>, quale loro diretto destinatario. Il riconoscimento della garanzia costituzionale degli interessi del concepito ha costituito una pietra miliare nel cammino che ha portato alla definitiva ammissione del risarcimento dei danni per le lesioni da questi subite nella fase di vita prenatale, in quanto ha permesso di superare il problema della formale mancanza di capacità giuridica. Il riferimento agli articoli 2, 31 e 32 Cost. ha tuttavia generato una serie di false convinzioni in merito all'effettiva titolarità del concepito di diritti propri. A ben guardare, infatti, il vero ostacolo in questo senso è rappresentato dal suo essere materialmente al di là di una soglia – il corpo materno – che il diritto non può violare con misure coercitive<sup>47</sup>. Si ritiene, in altre parole, che la completa e totale equiparazione del nascituro al nato non sia possibile perché ciò equivarrebbe ad affermare la superiorità del primo sul corpo della donna che, invece, in qualità di persona già esistente, merita maggior peso nel già menzionato bilanciamento di valori<sup>48</sup>. Più in chiaro, laddove si volesse ritenere la protezione

---

<sup>46</sup> Vedi 578 c.p. che assicura la protezione del concepito tramite la previsione del reato di infanticidio/feticidio, l'incipit della legge n. 194/19878 sull'interruzione volontaria di gravidanza che mostra l'impegno dello Stato di tutelare "la vita umana fin dal suo inizio", le previsioni agli artt. 17 ss. della legge citata che disciplinano l'aborto clandestino; parimenti importanti la l. n. 405/1975 istitutiva dei consultori e la n. 40/2004 sulla procreazione medicalmente assistita. Tali previsioni vanno accostate alla presenza nel c.c. degli artt. 462 e 784 (capacità di ricevere tramite successione o donazione), 254 (riconoscimento) e 320 (rappresentanza), e ovviamente l'articolo 1, sempre c.c.

<sup>47</sup> ZATTI, *La tutela della vita prenatale: i limiti del diritto*, in *Nuova giur. comm.*, 2011, II, 154

<sup>48</sup> C. Cost., 18 febbraio 1975, n. 27, che individua negli artt. 2 e 31.2, Cost., il fondamento costituzionale della situazione giuridica del concepito, pubblicata in *Foro it.*, 1975, I, 515; COLELLA, *Un'importante pronuncia della Corte europea in tema di bilanciamento tra diritti della donna e tutela del nascituro*, in *Dir. pen. cont.*, 10 gennaio 2011.

accordata al feto come assoluta e perentoria, si dovrebbe di rigore stabilire il divieto di interrompere la gravidanza anche quando il suo proseguimento si riveli compromettente per la vita e la salute psicofisica della gestante. È chiaro, però, che una simile conclusione risulta totalmente anacronistica oltretutto assolutamente non condivisibile alla luce degli stessi valori costituzionali dapprima richiamati<sup>49</sup>. Il necessario bilanciamento di interessi che per ovvie ragioni si presenta ogni qualvolta ci troviamo davanti a situazioni entrambe meritevoli della massima tutela, non può lasciare in secondo piano la salvaguardia di una vita che “vita” lo è già. Qualora realmente fosse possibile per il feto influenzare la scelta della madre si arriverebbe alla paradossale situazione di donne che rischiano la loro stessa vita pur di tutelare quella del nascituro nel rispetto del suo diritto, piuttosto che alla scelta di interrompere una gravidanza a rischio, pur contrariamente alle proprie convinzioni morali, etiche e religiose, nella speranza che questa fosse la volontà di un figlio non ancora nato e che mai nascerà. La tutela della salute della donna prevale. Ad essa la scelta, nemmeno al padre, seppur equiparato nei doveri e nei compiti alla madre, è concesso vantare pretese su una decisione di siffatta portata. Quindi potere *sulla* vita? In senso lato sì. Non abuso, ma potere di decidere.<sup>50</sup> Decisioni difficili che solo l’esperienza diretta può spiegare. La giurisprudenza *in primis* sottolinea come l’unica interpretazione possibile del

---

<sup>49</sup> SIANO, *Medical malpractice e tutela del nascituro*, in *Resp. civ.*, 2009, 814 ss.

<sup>50</sup> AMATO, *Il diritto alla vita e il potere sulla vita*, in *Pesona y Derecho*, 2009, 169-193.

diritto a nascere sia nell'accezione positiva: nascere sano, inteso come divieto per chiunque di cagionare lesioni, intenzionali e non, al prodotto del concepimento<sup>51</sup>. Nascere non sano, purtroppo, non si sceglie. È una condizione che, naturalmente o per colpa di altri, si subisce. Nozione più volte affermata ma non ancora pacificamente riconosciuta data l'apparente confusione che le ultime pronunce della Corte stessa hanno ridestato<sup>52</sup>; il diritto a nascere "sano" sembra l'unica via percorribile per motivare l'inesistenza dell'altro diritto, quello a non nascere "se non sano". Ovviamente uno elimina l'altro: se la tutela che l'ordinamento offre al concepito è esclusivamente in senso positivo, non può ammettersi la scelta contraria, quella di lasciare ad un potenziale essere umano la libertà di scegliere (condizionando così la libertà di scelta di un ulteriore essere umano già compiuto, la madre) se preferire la non vita, il niente, alla vita stessa, seppur malformata. Dall'altro lato abbiamo la posizione della madre, essere umano ad ogni effetto, con le sue posizioni, i suoi diritti e le sue facoltà che meritano d'essere tutelate. Come la Corte Costituzionale sottolineò nella storica sentenza del 1975, n. 27, la legge non può dare una prevalenza assoluta e totale all'interesse costituzionalmente protetto del concepito, poiché questo può venire in collisione con altri beni che godono pur essi di tutela costituzionale; così come nemmeno la madre può decidere, in base ad una sua scelta incondizionata, di annullare definitivamente le speranze di

---

<sup>51</sup> Cass. Civ., sez. III, 29 luglio 2004, n. 14488, in *Danno e Resp.*, I, 2005, 379-401, con commento di FEOLA, *Essere o non essere: la Corte di Cassazione e il danno prenatale*.

<sup>52</sup> Cass. Civ., Sez. III, 3 maggio 2011, n. 9700, in *Guida la diritto*, 2011, 48 ss; e

vita del concepito<sup>53</sup>. Il compito è arduo, il diritto contro il potere, un sottile equilibrio, un ago della bilancia che necessariamente dovrà pendere da un lato, quello etico, del fare la scelta giusta<sup>54</sup>.

---

<sup>53</sup> Corte cost., 18 febbraio 1975, n. 27, in *Foro it.*, 1975, I, 515 ss.

<sup>54</sup>FILOGRANA, "Se avessi potuto scegliere..": *La diagnosi prenatale e il diritto all'autodeterminazione*, in *Danno e responsabilità*, I, 1999, 522 ss.

## CAPITOLO SECONDO

### ***IL “DIRITTO A NON NASCERE” A CONFRONTO CON L’AUTODERMINAZIONE DELLA DONNA.***

#### ***ANALISI, ATTRAVERSO LE PAROLE DELLA CORTE DI CASSAZIONE, DI UNA “BATTAGLIA” IRRISOLTA.***

SOMMARIO: 1. Il caso giudiziario – 2. La donna e l’autodeterminazione – 3. E se ad autodeterminarsi fosse il bambino? – 4. Vita sbagliata, indesiderata

#### ***1. Il caso giudiziario***

L’analisi pratica di una delle più note sentenze in materia di nascita sbagliata illustrerà meglio le varie posizioni create al riguardo. Perché la n. 14488 del 2004? Perché per la prima volta la Suprema Corte prende posizione sul delicato problema della cd. *wrongful life*, ovvero la vita ingiustificata, o presunta tale, di colui il quale, omesso l’accertamento diagnostico circa la malattia fetale da parte del medico, sia nato malformato, e come tale abbia dovuto trascorrere l’intera sua esistenza<sup>55</sup>. Nello specifico, la Corte si pronuncia nei confronti della nascita di una bambina affetta da una grave malattia, la *talassemia major*. L’incidenza statistica della patologia nella nascita non viene resa nota ai genitori dal medico, a cui la madre si

---

<sup>55</sup> CONTINO, *Il diritto alla vita tra Costituzione e giurisprudenza*, in *Riv. di diritto dell’economia, trasporti, ambiente*, 2005.

rivolge ancora in gravidanza: la donna, affetta da *talassemia minor*, si reca da uno specialista, esibendo anche i dati clinici del marito, anch'egli portatore della medesima tara genetica. Il medico non avverte i coniugi del rischio che la nascita risulti con probabilità affetta dalla patologia più grave, e data l'alta percentualità, l'evento si verifica. I genitori, agendo in proprio nome e per conto della figlia minore, convengono in giudizio il professionista per ottenere il risarcimento del danno. A prescindere dalle richieste risarcitorie dei genitori, il punto più controverso concerne il supposto danno da *wrongful life*, ovvero l'autonoma pretesa risarcitoria di quest'ultimi in qualità di rappresentanti legali della bambina. La richiesta è semplice: il risarcimento dei danni per il fatto di essere nata gravemente malata. Il Tribunale di primo grado accoglie le richieste dei genitori, ma rigetta quelle in nome della bambina. Tale decisione viene confermata anche in appello. La Corte di Appello, infatti, riconosce la responsabilità del medico per non aver disposto "*tutti gli accertamenti del caso in modo da poter fornire alla coppia una completa informazione per le future decisioni, ivi compresa quella di un'interruzione della gravidanza*"<sup>56</sup>, impedendo così ai genitori, qualora si fossero comunque risolti per la prosecuzione della gravidanza, di "*prepararsi adeguatamente alla drammatica situazione, con un supporto psicologico e materiale più adeguato*"<sup>57</sup>. I genitori ricorrono in Cassazione appellandosi alle norme

---

<sup>56</sup> Cass. Civ., sez. III, sent. 29.7.2004, n. 14488, in *Nuova giur. civ. comm.*, I, 2005, 418-433:419; GIACOBBE, *Wrongful life e problematiche connesse*, in *Giust. Civ.*, I, 2005, 148 ss.

<sup>57</sup> *Ibidem*.

costituzionali relative alla tutela della salute, articolo 32 Cost., e ai diritti inviolabili della persona, articolo 2 Cost., così come alle norme di legge dedicate alla tutela della maternità e alla salute stessa del concepito (l. n. 1204/1970; l. n. 1206/1976; l. n. 9043/1977). A motivazione del loro ricorso l'esistenza del diritto *di non nascere affatto*, quale corollario del diritto a nascere sano. La mancanza di informazione in gravidanza avrebbe consegnato alla figlia una vita ingiusta, alla quale sicuramente sarebbe stata preferibile una *non-vita*. Evento lesivo quindi non la "malattia", bensì la "vita malata".

I genitori dunque percorrono la via dell'esistenza del diritto a non nascere. Perché un bambino più essere considerato un danno per i genitori e/o per se stesso? Può essere giustificata l'eliminazione di un bambino nel suo interesse?

Le azioni di risarcimento a nome del soggetto affetto da malformazione genetica che lamenti il danno della vita derivante del mancato aborto della madre hanno avuto un'enorme risonanza che si è via via trasformata in una tumultuosa battaglia giuridica che vede contrapporsi due schieramenti. Il primo è rappresentato da coloro che sostengono che nel caso di malformazioni fetali congenite, l'unica alternativa concessa dalla sorte allo sfortunato bambino è tra il "nascere malato" e il "non-nascere", posizione quest'ultima che non può trovare alcuna tutela in giudizio<sup>58</sup>; di contrario avviso sono, invece, coloro che

---

<sup>58</sup> In questo senso: OPPO, *L'inizio della vita umana*, in *Riv. dir. civ.*, 1982, 507, il quale sottolinea come "nell'alternativa tra il non nascere e il nascere malato, la seconda eventualità non può essere considerata dall'ordinamento come un fatto

partendo dal presupposto che a monte della nascita del bambino handicappato vi sia comunque un errore professionale (la mancata diagnosi della malformazione congenita), ammettono il risarcimento del danno al nascituro per il peso della vita handicappata, sostanzialmente per ragioni di equità. Sia consentito sottolineare che a voler seguire tale secondo orientamento si rischia di non tenere in debito conto né la rilevanza del nesso causale tra condotta ed evento dannoso in tutti i casi di responsabilità, né la difficoltà di delineare una specifica ipotesi di danno (notoriamente inteso come perdita o *deminutio* rispetto alla situazione pregressa) quando l'unica alternativa all'handicap fosse la *non-vita*<sup>59</sup>. In effetti, il riconoscimento della tutela giurisdizionale degli interessi del concepito – oltre ad incontrare il limite di inviolabilità del corpo della donna – non può spingersi fino al punto di affermare che l'esistenza “menomata” sia situazione peggiore della non esistenza. Una simile affermazione, infatti, svilirebbe il valore della persona umana e della vita stessa, quale bene supremo garantito dall'ordinamento. Alla medesima conclusione è giunta la nostra giurisprudenza di legittimità che – in definitiva – riconosce il risarcimento dei danni al nascituro soltanto per i casi in cui risulti provato che tra il comportamento del

---

*lesivo*”. Sul punto anche PRINCIGALLI, *Nascere infermo o non nascere: quale tutela per il nuovo nato?*, in *Riv. critica, dir. priv.*, 2001, 675, e CAPOBIANCO, *Nascituro e responsabilità civile*, in *Rass. dir. civ.*, 1997, 65.

<sup>59</sup> Così MONATERI, “*La marque de cain*”, *la vita sbagliata, la vita indesiderata e le reazioni del comparatista al distillato dell'alambicco*, in AA.VV., *Un bambino non voluto è un danno risarcibile?*, cit. 285 ss; PINNA, *Nascere sani o non nascere: la Cassazione nega l'esistenza di un tale diritto*, in *Contratto e impresa*, 2005, 1-49.; PALMIERI. SIMONE, *Nota a Cass. Civ.*, III sez., 10 maggio 2002, n. 6735, in *Foro it.*, III, 2002, 3115

medico e il suo handicap intercorra un comprovato nesso di causalità, tale da giustificare una richiesta di risarcimento a suo nome. Infatti, una cosa è affermare che il medico è responsabile dell'handicap per averlo materialmente provocato non osservando la dovuta diligenza della manovre del parto o non adoperandosi affinché non si verificassero cause patogene, altra è ritenere che questi ne sia ugualmente responsabile per non aver consentito alla madre di abortire, omettendo la corretta diagnosi della malformazione genetica. A ben vedere, l'opposta soluzione di far ricadere il peso dell'handicap sul medico, anche quanto questi non l'abbia direttamente provocato, non appare adeguatamente supportata né dai principi generali in materia di responsabilità, né dall'affermazione del diritto del nascituro a nascere sano che, come messo bene in evidenza dalla nostra S.C., *“può essere interpretato unicamente in termini positivi”*<sup>60</sup>. Alla negazione del diritto a non nascere la Corte giunge attraverso un itinerario piuttosto tortuoso. Ipoteticamente, riconoscendo l'esistenza del diritto a non nascere, si ammetterebbe la possibilità per il soggetto, una volta nato, di agire nei confronti sia del medico inadempiente, che dei genitori, nel caso in cui, pur se correttamente informati, avessero accettato il rischio di trasmettergli la propria tara genetica, o della sola madre per il fatto di non aver deciso di interrompere la

---

<sup>60</sup> Cass., 29 luglio 2004, n. 14488, in *Fam. Dir.*, 2004, 559, con nota di FACCI, *Wrongful life: a chi spetta il risarcimento del danno?*; in *Danno e resp.*, 2004, 379 con nota di FEOLA, *Essere o non essere: la Corte di Cassazione e il danno prenatale*; in *Dir. e giustizia*, 2004, 33, 9, con nota di ROSSETTI, *Danno da nascita indesiderata: la S.C. mette i paletti*.

gravidanza<sup>61</sup>. Diritto a non nascere quale altra faccia del diritto ad essere abortito, cosicché quello che il legislatore della l. n. 194/1978 ha inteso riconoscere quale facoltà della madre, diverrebbe un atto dovuto. Sempre ragionando secondo un ipotetico riconoscimento di tale diritto, la questione diventerebbe ancor più spinosa al momento di decretare la soglia di “invalidità” per cui l’aborto dovrebbe essere un *obbligo* e indiscutibilmente si appaleserebbe un dovere, per quei soggetti portatori di malattie genetiche ereditarie o trasmissibili, di astenersi dalla procreazione naturale, o tutt’al più, di accedere a quella artificiale. Non serve sottolineare quanto sarebbe limitata la sfera della libertà di ciascun individuo<sup>62</sup>. Consapevole delle innaturali e inaccettabili ricadute giuridiche del riconoscimento del diritto a non nascere, la Suprema Corte rigetta la questione, discostandosi dal noto *arrêt Perruche*<sup>63</sup> e da un’avvertita giurisprudenza di merito<sup>64</sup>, che ha giudicato il medico responsabile

---

<sup>61</sup> PINNA, *Nascere sani o non nascere: la Cassazione nega l’esistenza di un tale diritto*, in *Contratto e impresa*, I, 2005, 1-49:32.

<sup>62</sup> Riflette sulla configurazione della libertà dell’atto procreativo all’interno del nostro ordinamento LANDINI, *Responsabilità civile dei genitori e diritto a non esistere*, in *Fam., pers. succ.*, III, 2007, 251-256.

<sup>63</sup> Cass., Ass. plén., 17 novembre 2000, in *Sem. jur.*, 2000, II, *Jur.* 10348, 2309

<sup>64</sup> Trib. Reggio Calabria, sez. II, 31 marzo 2004, in *Resp. Med.*, 2005, 179 ss, secondo cui: “*posto che, in caso di gravi malformazioni del feto, si assume come normale e corrispondente la regolarità causale che la gestante, se informata correttamente e tempestivamente sulla gravità delle patologie cui va incontro il nascituro, interrompa la gravidanza, il difetto d’informazione da parte del ginecologo per erronea od omessa diagnosi prenatale determina la perdita del diritto di scelta d’interruzione della gravidanza. Il medico, che omette di diagnosticare per mezzo di ecografia un grave stato malformativo fetale, impedisce l’esercizio del diritto all’aborto (dettato proprio per i casi in cui siano accertati processi patologici, tra cui quelli relativi a rilevanti anomalie o malformazioni del nascituro, che determinano un grave pericolo per la salute psicofisica della donna) ed è responsabile dei danni, patrimoniali e non, conseguenza immediata e diretta del suo inadempimento. Posto che l’obbligazione, a carico del medico, di effettuare una corretta diagnosi prenatale è finalizzata anche a consentire il ricorso a forme di terapia genica in utero ovvero ad intervenire tempestivamente e più adeguatamente prima (o al*

direttamente nei confronti del neonato dei danni patrimoniale e non conseguiti al suo inadempimento (omissione di diagnosi di una grave malformazione fetale).

Perché?

L'iter motivazionale della sentenza 14488/2004 è scandito dai seguenti passaggi argomentativi: nel bilanciamento tra il valore (e la tutela) della salute della donna e il valore (e la tutela) del concepito, l'ordinamento consente alla madre di autodeterminarsi, ricorrendone le condizioni richieste *ex lege*, a richiedere l'interruzione della gravidanza<sup>65</sup>. La sola esistenza di malformazioni del feto che non incidano sulla salute o sulla vita della donna non permettono alla gestante di praticare l'aborto: il nostro ordinamento non ammette l'aborto eugenetico e non riconosce né alla gestante né al nascituro, una volta nato, il diritto al risarcimento dei danni per il mancato esercizio di tale diritto della madre. Prevale, in seno agli ordinamenti stranieri, la tendenza a rigettare la domanda proposta in proprio dal nato malformato e ad accogliere quella dei genitori relativamente ai danni

---

*momento) della nascita per limitare i danni del nascituro, il medico risponde dei danni conseguenti ad un aggravamento della patologia [...]”; Trib. Roma, sez. XIII, 9 marzo 2004, Resp. Med., 2005, 197 ss., dove si specifica che “Il medico il quale ometta di rilevare gravi malformazioni del feto, impedendo alla donna l’esercizio del diritto all’interruzione della gravidanza, causa alla gestante un danno ingiusto, lesivo di un interesse costituzionalmente protetto, risarcibile anche al di fuori dei limiti imposti dall’art. 2059 c.c. Nel caso di omessa diagnosi di malformazioni del concepito, ed ai fini della prova del nesso causale tra l’errore del medico e la perduta possibilità per la donna di abortire, non spetta a quest’ultima provare che quando è maturato l’inadempimento del medico il feto non era ancora pervenuto alla condizione della possibilità di vita autonoma, ma spetta al medico provare il contrario; in ogni caso, la sussistenza del pericolo per la salute della donna può essere desunta a posteriori dalla circostanza che, dopo la nascita del bimbo malformato, la madre sia ricorsa all’ausilio di uno psicologo”.*

<sup>65</sup> “La legge 194/78 consente invece alla gestante d’interrompere la gravidanza solo quando dalla prosecuzione della gestazione possa derivare, anche in previsione di anomalie o malformazioni del concepito, un reale pericolo per la sua salute fisica o psichica, ovvero per la sua vita”, così dalla motivazione della sentenza 16754/2012, in

[[www.cortedicassazione.it/Documenti/16754\\_10\\_12.pdf](http://www.cortedicassazione.it/Documenti/16754_10_12.pdf)]

patrimoniali e non patrimoniali<sup>66</sup>. L'esistenza del diritto a nascere sani, come diritto a sé stante, non comportante l'obbligo di non far nascere se disabili<sup>67</sup>. Analizzando la struttura del diritto a non nascere, non si può non osservare come sia paradossale chiedere all'ordinamento una tutela per evitare l'acquisto della condizione di soggetto di diritto. Se dal punto di vista normativo la capacità giuridica si acquista con la nascita (articolo 1c.c.) e i diritti già riconosciuti dalla legge al concepito sono comunque a questa subordinati (articoli 462, 687 e 715 c.c.), un ipotetico diritto a non nascere non avrebbe titolare fino al momento della nascita stessa, ma allora, non sarebbe più *de facto* esercitabile: con la nascita detto diritto di non nascere sarebbe definitivamente scomparso<sup>68</sup>.

La sentenza 14488/2004 non è rimasta un caso isolato. Altre ve ne sono state, e in quasi tutti i casi la Corte ha mantenuto ben salda la linea di pensiero testé illustrata. Non sempre, vi sono stati dei cambi di rotta, inconcepibili, o forse semplicemente non comprensibili, ma dopotutto il dibattito non si è mai concluso<sup>69</sup>. Solo pochi anni dopo,

---

<sup>66</sup> Sempre dalla motivazione della sentenza di cui sopra: ad eccezione della Corte di cassazione francese in assemblea plenaria, che nel celebre *Arret Perruche* del 27-11.2001, operando un *revirement* rispetto alla giurisprudenza precedente, affermò che se gli errori sono commessi dal medico in esecuzione del contratto concluso con la madre ed impediscono alla madre l'esercizio del suo potere di scelta di interrompere la gravidanza, al fine di evitare la nascita di un bambino malformato, questi può domandare il risarcimento del danno (il proprio handicap) al medico. Segue tale pronuncia l'immediato intervento del legislatore volto ad escludere qualsivoglia pretesa risarcitoria per il solo fatto della propria nascita. (*Loi Kouchener*, 303/2002).

<sup>67</sup> Per utilizzare le parole stesse della Corte: "Il diritto a nascere sani significa solo che (...)nessuno può provocare al nascituro lesioni o malattie (con comportamento omissivo o commissivo colposo o doloso) (...)non significa invece, come ritengono i ricorrenti, che il feto, che presenti gravi anomalie genetiche, non deve essere lasciato nascere", in

<sup>68</sup> Cass. Civ., sez. III, sent. 29.7.2004, n. 14488, in *Nuova giur. civ. comm.*, n. 1, 2005, 418-433;421-425.

<sup>69</sup> Per una panoramica delle sentenze in materia di *Wrongful Birth*:

con la sentenza 10741/2009<sup>70</sup>, la Corte, nuovamente investita della questione della risarcibilità in proprio del nascituro, sia pure sotto il diverso profilo della rilevanza – in guisa di conseguente danno ingiusto – di un’attività commissiva (oltre che omissiva) del sanitario, dopo aver premesso che il nascituro, o il concepito, deve ritenersi *“dotato di autonoma soggettività giuridica (specifica, speciale, attenuata, provvisoria o parziale che si voglia), perché titolari, sul piano sostanziale, di alcuni interessi personali in via indiretta, quali il diritto alla vita, e quelli alla salute o all’integrità psico-fisica, [...]”* affermò il principio di diritto secondo il quale, stante la soggettività giuridica del concepito, *“al suo diritto a nascere sano corrisponde l’obbligo dei sanitari di risarcirlo (diritto al risarcimento condizionato, quanto alla titolarità, all’evento nascita ex art. 1, comma 2, c.c., ed azionabile dagli esercenti la potestà) per mancata osservanza sia del dovere di una corretta informazione (ai fini del consenso informato) in ordine ai possibili rischi teratogeni conseguenti alla terapia prescritta alla madre [...], sia del dovere di somministrare farmaci non dannosi per il nascituro stesso<sup>71</sup>”*. In guisa di mero *obiter dictum*, il

---

Cass. Civ., Sez. III, 20 luglio 2004, n. 14488, in *Danno e Resp.*, I, 2005, 379-401, con commento di FEOLA, *“Essere o non essere: la Corte di Cassazione e il danno prenatale”*; Cass. Civ., sez. III, 14 luglio 2006, n. 16123, in *Giur. It.*, 8-9, 2007, 1927 e s. con commento di LUBELLI, *“Brevi note sul diritto a non nascere”*; Cass. Civ., Sez. III, 11 maggio 2009, n. 10741, in *Resp. Civ e prev.*, 2009, 2074, con nota di GORGONI, *“Nascituro e responsabilità sanitaria”*; Cass. Civ., Sez. III, 13 luglio 2010, n. 16394, in *Foro It.*, Rep. 2010, voce *Professioni intellettuali*, n. 172; Cass. Civ., Sez. III, 9 febbraio 2010, n. 28747, *Foro it.*, 2010, I, 2113; Cass. Civ., 10 novembre 2010, n. 22837, *Foro it.*, Rep. 2010, voce *cit.*, n. 174.

<sup>70</sup> Cass. Civ., 11 maggio 2009, n. 10741, in

[[http://www.personaedanno.it/attachments/allegati\\_articoli/AA\\_014500\\_resource1\\_orig.pdf](http://www.personaedanno.it/attachments/allegati_articoli/AA_014500_resource1_orig.pdf)]

<sup>71</sup> *Cit.* Cass. civ., sentenza 2 ottobre 2012, n. 16754, in

[[www.cortedicassazione.it/Documenti/16754\\_10\\_12.pdf](http://www.cortedicassazione.it/Documenti/16754_10_12.pdf)]

collegio ebbe cura di precisare che quest'ultimo non avrebbe avuto diritto al risarcimento qualora il consenso informato circa il rischio di malformazioni prenatali fosse stato funzionale soltanto all'interruzione della gravidanza da parte della donna, dando così ulteriore continuità al principio espresso dalla sentenza 14488/2004.

Premesso che una risposta certa all'esistenza del diritto a non nascere, ancora non è stata data, occorre solo forse destare l'attenzione su chi, opinione condivisibile o meno, ha detto che *“la ricerca della felicità non è un diritto inviolabile, ma inalienabile. Spetta all'individuo provvedervi e alle leggi compete il compito di non mortificare la ricerca, non già di surrogare la felicità con il denaro, secondo gli aforismi di B. Shaw o in una rivisitazione dell'uomo ad una dimensione, immaginando che l'averne possa costituire (o sostituire?) l'essere”*<sup>72</sup>.

## ***2.La donna e l'autodeterminazione***

Quando si parla di bilanciamento di interessi, se da un lato il riferimento è alla vita umana fin dal suo inizio, dall'altro sono diverse le posizioni che vengono intaccate. La donna, la madre, la gestante, tanti sostantivi, un solo significato. La possibilità per la donna di decidere se abortire o meno, nei casi e alle condizioni previste dalla legge, ovviamente, è solo uno degli aspetti che sempre deve essere tutelato, a svantaggio del diritto alla vita stessa del feto che porta in

---

<sup>72</sup>COSTANZA, *“Ancora sul danno esistenziale”*, nota a Cass. 11 novembre 2003 n. 16946, e Cass. 19 agosto 2003, n. 12124, *Foro It.*, 2004, I, 434.

grembo. Autodeterminazione. Alla lettera, facoltà di operare scelte autonome. Durante gli anni delle lotte femministe il termine venne coniato per significare il diritto di poter scegliere rispetto alle questioni della sessualità e della riproduzione. Rivendicare la totale autonomia della gestione del proprio corpo fu un punto di partenza, che portò a denunciare, ed in parte risolvere, le mille forme di violenza, coercizione e discriminazione subite dal genere femminile, per le errate norme di diritto del tempo e le dinamiche familiari soggette ad una struttura sociale di tipo patriarcale. Questo è l'aspetto, appunto, che la legge n.194/1978, seppur vetusta, paternalista e forse troppo intrisa di morale cristiana<sup>73</sup>, ma pur sempre legge (se non altro l'unica che abbiamo), si prefigge di tutelare tanto da metterla al primo posto nella scala dei valori da difendere. Si vuol dire cioè che, nei casi in cui all'art. 6 della legge, e cioè dopo i 90 giorni dal concepimento, non si può parlare di un diritto all'autodeterminazione della donna, solo in quanto si intenda con tale espressione designare un incondizionato arbitrio di decidere circa la sorte del feto; ma, per converso, verificatisi i presupposti di cui è parola in quella disposizione sorge - allora sì - un vero diritto perfetto di

---

<sup>73</sup> Sulla critica alla l. n. 194/1978 si veda l'articolo di S. COSTANTINO, sul sito [www.quattrocentoquattro.com](http://www.quattrocentoquattro.com) in cui l'autrice si schiera a favore della legittimità di tale legge, ma argomenta tali sue convinzioni partendo dal fatto che la legge in questione è piena di punti deboli, può essere migliorata dunque. Ma va comunque difesa, difesa dalle recenti strumentalizzazioni che la vedono una legge omicida, difesa perché non retorica, altrimenti il rischio è di tornare a morire di ferri da calza e intossicazioni da prezzemolo; da difendere perché mette al primo posto la salute, l'integrità fisica e psichica della donna; e, soprattutto, cosa a quanto pare non più scontata, riconosce l'autodeterminazione della donna e la considera un essere umano, e non solo un contenitore di feti.

autodeterminarsi rispetto alla prosecuzione della gravidanza, diritto peraltro tutelato attraverso le disposizioni che prevengono l'influenza da parte di chiunque nella decisione. Tale diritto, che una pronuncia di merito non ha esitato a definire *assoluto*, trova il proprio referente nello stesso art. 13 Cost. dove si riconosce la libertà di autodeterminarsi anche in ordine agli atti che coinvolgono il proprio corpo<sup>74</sup>. La salute *in primis*. Senza dilungarsi troppo sulle circostanze che permettono alla madre di scegliere se interrompere la gravidanza non oltrepassando i limiti di ciò che è lecito, basta menzionare come l'articolo 4 di tale legge ammetta tra le condizioni necessarie per ricorrere all'aborto, oltre al già citato pericolo per la salute fisica e psichica della donna, anche motivazioni di carattere economico, sociale o familiare.<sup>75</sup> Una tutela a trecentosessanta gradi dunque. La piena considerazione della donna quale essere umano. Ma c'è dell'altro. La legge ammette l'aborto cd. "terapeutico", posto cioè in essere al fine di salvaguardare la salute della donna, la quale, come già detto, potrebbe ricevere un grave pregiudizio alla sua integrità, sia essa fisica o psichica, ove la gravidanza fosse portata a termine. Questo non significa lasciare alla madre la libertà incondizionata di optare per l'aborto qualora l'unica motivazione a supporto fosse la

---

<sup>74</sup> Testualmente Trib. Milano 20 ottobre 1997, in *Resp. Civ. e prev.*, 1998, 1144 e ss.; Cass. Civ., sez. III, 1° dicembre 1998, n. 12195, in *Danno e resp.*, I, 1999, 522 e ss., con commento di E. FILOGRANA, "Se avessi potuto scegliere..." *La diagnosi prenatale e il diritto all'autodeterminazione*.

<sup>75</sup> Per approfondire FILOGRANA, "Se avessi potuto scegliere...": *La diagnosi prenatale e il diritto all'autodeterminazione*, in *Danno e responsabilità*, I, 1999, 522 ss.; FEOLA, *Essere o non essere: la Corte di Cassazione e il danno prenatale*, in *Danno e responsabilità*, I, 2005, 379 ss., MOCCIA, PENSA, *I profili penalistici dell'aborto*, [www.altalex.com](http://www.altalex.com), 2008.

conoscenza di particolari malformazioni o patologie del feto di gravità tale da ripercuotersi sulla futura vita del nascituro. Il diritto alla vita da una parte, e il diritto alla realizzazione di se stessi dall'altra, garantito dall'art. 13 Cost., per raggiungere quello “*stato di completo benessere fisico, mentale e sociale*” cui diamo il nome di salute.<sup>76</sup> Decisiva appare la considerazione secondo cui, al momento stesso in cui l'ordinamento giuridico riconosce alla madre il diritto di abortire, sia pure nei limiti e nei casi previsti dalla legge, si palesa come incontestabile e irredimibile il sacrificio del “diritto” del feto a venire alla luce, in funzione della tutela non soltanto del diritto alla procreazione cosciente e responsabile (art. 1 della legge n. 194/1978), ma dello stesso diritto alla salute fisica o anche soltanto psichica della madre. Mentre non vi sarebbe alcuno *spatium comparationis* se, a confrontarsi, fossero davvero, in una comprovata dimensione di alterità soggettiva, un (superiore) diritto alla vita e un (“semplice”) diritto alla salute mentale. E' questo l'insegnamento, oltre che del giudice delle leggi, della stessa Corte internazionale di Strasburgo che, con (ancora inedita) sentenza dell'agosto di quest'anno, ha dichiarato la sostanziale incompatibilità di buona parte della legge 40/2004 in tema di fecondazione assistita (che, comunque, consentiva anche nell'originaria formulazione il sacrificio di due dei tre embrioni fecondati in vitro), per illogicità e contraddittorietà, proprio con la legge italiana

---

<sup>76</sup> Quanto alla definizione data dall'OMS e per approfondimenti DURANTE, *Dimensioni della salute: dalla definizione dell'OMS al diritto attuale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, II, 2001, 132 ss.

sull'interruzione della gravidanza, così mettendo in discussione *ab imo* la stessa *ratio* ispiratrice di quella normativa già considerevolmente vulnerata in non poche disposizioni della Corte costituzionale nel 2009. Troppo spesso si dimentica che una norma statutale di rango primario, più volte legittimata dal vaglio della Corte costituzionale, riconosce alla madre il diritto ad interrompere la gravidanza quando questa si trovi “*in circostanze per le quali la prosecuzione della gravidanza, il parto o la maternità comporterebbero un serio pericolo per la sua salute fisica o psichica, in relazione o al suo stato di salute, o alle sue condizioni economiche o sociali o familiari, o alle circostanze in cui è avvenuto il concepimento, o alle previsioni di anomalie o malformazioni del concepito*” (così testualmente l'art. 4 della legge n. 194 del 1978)<sup>77</sup>.

L'accentuazione del valore della persona, della sua irreperibilità, della sua esclusiva intimità con se stessa, viene a contrastare l'esigenza, che si fonda sugli stessi valori, di salvare una vita umana. In qualche modo il conflitto tra protezione della vita e libertà di decidere del proprio corpo diventa un conflitto interno allo stesso valore della persona.<sup>78</sup> Non è retorica, ma l'idea di poter selezionare l'uomo così da renderlo un essere perfetto, che purtroppo rimanda la mente ad ideali nazisti di utopistica follia, non ha portato che conseguenze disastrose. Assistiamo ad una sorta di celata handicap fobia di cui

---

<sup>77</sup> Cit. dalla sentenza 16754/2012 precedentemente citata.

<sup>78</sup> ZATTI, “*La tutela della vita prenatale: i limiti del diritto*”, in *Nuova giur. civ. comm.*, II, 2001, 149 ss.

nessuno parla (perché farlo sarebbe politicamente scorretto!), ma che sembra esistere e c'è chi la riscontra nelle pratiche abortive. O bianco o nero, niente sfumature al centro: o si interpreta la l. n. 194/1978 come volta alla piena tutela della donna alla luce del suo diritto di scelta, autonoma e individuale, o si individua in detta legge il mezzo per evitare l'incombenza di una nascita difficile da gestire. Come se un bambino nato handicappato fosse un prodotto di scarto e senza il minimo rispetto della persona di chi vive con malformazioni o anomalie più o meno gravi e con palese disprezzo della norma costituzionale che vieta ogni discriminazione o "distinzione" sulla base "delle condizioni personali o sociali" (art. 3 Cost.)<sup>79</sup>. Personalmente non ritengo la previsione della possibilità di ricorrere all'aborto una scelta insultante per quanti vivono (prima o dopo la nascita) con anomalie fisiche o psichiche. Nemmeno credo che ove ipoteticamente fosse possibile interpretare il pensiero del concepito, condannerei quanti decidessero per la non vita, ma queste sono ipotesi, niente più<sup>80</sup>. Nella realtà l'essere umano non ha il potere di decidere quale vita sia degna di essere vissuta, così come un uomo in potenza quale il feto, non può scegliere se nascere o meno; non è nemmeno la presunzione femminista di voler portare avanti ad ogni costo e dietro ogni prezzo una battaglia lunga trent'anni e più, ma è

---

<sup>79</sup> Queste le parole di LIVERANI, in *"Diritto a non nascere. No, merci!"*, *Movimento per la vita*, luglio-agosto 2010, 36-38.

<sup>80</sup> FAMELI, *Diritti del nascituro e interruzione della gravidanza in un nuovo sistema informativo elettronico realizzato dal consiglio nazionale delle ricerche*, in *Riv. it. med. leg.*, 2001, 1085 ss; MANGIAMELI, *Autodeterminazione: diritto di spessore costituzionale?*, relazione tenuta su «*La comunità familiare e le scelte di fine vita*», 2009.

semplicemente il riconoscimento per la donna del rispetto dell'inviolabilità e dell'integrità del proprio corpo. In un contesto dove il dibattito attorno alla costituzionalità della legge sull'interruzione della gravidanza è ancora incredibilmente attuale<sup>81</sup>, serve focalizzare l'attenzione sulla tutela che la legge stessa riserva ai diritti fondamentali e alla salvaguardia dell'uomo. La battaglia embrione-uomo ha ancora una volta per il primo esito negativo.

### ***3. Figli indesiderati nascono***

*“Nascere o non nascere, questo è il problema”*. Quando ancora l'idea di poter osservare lo sviluppo del feto nel grembo materno era remota, nessuno lamentava il torto di una nascita *difettosa* o al massimo, quale possibile causa, si invocava la volontà divina. Ma quando la scienza ha reso possibile il monitoraggio dettagliato di ciò che avviene all'interno dell'utero, di come si presenterà il bambino al momento della nascita, se sarà un maschio o altrimenti una femmina e soprattutto se sarà sano oppure no, la tendenza dell'essere umano di trovare un colpevole o

---

<sup>81</sup> Rimando ai numerosi articoli apparsi sui vari quotidiani in ordine al giudizio di costituzionalità sollevato da un giudice di Spoleto quanto la richiesta di interruzione di gravidanza presentata da una ragazza minorenni, per il quale, richiamando una pronuncia della Corte di Giustizia europea per cui l'embrione è “soggetto da tutelarsi in maniera assoluta” chiede la verifica della costituzionalità dell'articolo 4 della legge n. 194/1978 con gli articoli 2 e 32 della Costituzione. La Consulta ha chiuso la vicenda affermando che il giudice non è tenuto ad esprimersi sulle scelte della donna. Citandone alcuni: *“Legge 194, Consulta su aborto: Giudice non può decidere, spetta alla donna”*, in [www.ilfattoquotidiano.it](http://www.ilfattoquotidiano.it), *“Legge 194 è costituzionale. La consulta respinge il ricorso”*, in [www.repubblica.it](http://www.repubblica.it), *“Aborto, all'esame della Corte Costituzionale la legge 194”*, in [www.corriere.it](http://www.corriere.it).

anche solo un capro espiatorio per le sofferenze o ingiustizie da lui subite ha portato allo sviluppo sempre più frequente di azioni e pretese risarcitorie dovute a nascite indesiderate..<sup>82</sup>

Indesiderate non significa necessariamente sbagliate perché non sane. Se un bambino nato con handicap per negligenza medica è utopisticamente autorizzato a chiedere il risarcimento della sua difettosità fisica, allora, ipoteticamente anche il bambino nato a seguito di un fallito intervento di sterilizzazione potrebbe chiedere il risarcimento perché nato senza essere desiderato. Ma il ragionamento ha dell'assurdo. L'esistenza del diritto a nascere sani non comporta l'obbligo di non far nascere se disabili: *“il diritto a nascere sani significa solo che (...) nessuno può procurare al nascituro lesioni o malattie (con comportamento omissivo o commissivo doloso o colposo) (...) non significa invece (...) che il feto, che presenti anomalie genetiche, non deve essere lasciato nascere”*. Il ragionamento citato non fa una grinza, e peraltro sconfessa quello con cui, la stessa Corte, paventava il rischio di future azioni risarcitorie fondate sull'obbligo della madre di abortire; tuttavia, l'obbligo di non far nascere un bambino disabile non esiste, *ergo* non esistendo, non può essere violato. Esiste però l'obbligo di informazione nei confronti della gestante sulle gravi malformazioni e quindi di porla in grado di esercitare la facoltà a lei riservata dalla legge di interrompere la gravidanza. Nessuno dubita delle

---

<sup>82</sup>DIEBOLT, *“L'Arrêt Perruche et ses suites (naissance d'un enfant handicapé)”*, estratto da *Droit pour tous*, 2006, in [www.sos-net.eu.org](http://www.sos-net.eu.org); CAYLA, THOMAS, *“Du droit de ne pas naître. À propos dell'affaire Perruche.”*, Édition Gallimard, Paris, 2002, trad. COLOMBO, Giuffré Editore, Milano, 2004.

difficoltà e penosità del vivere una vita intera affetti da anomalie e patologie irreversibili, che mostrano al mondo intero le nostre diversità fisiche e mentali. Ma la risposta corretta, a parere di chi scrive, sembra essere quella che proviene dalla giurisprudenza anglosassone, la quale, con lo spirito pratico ed empirico che da sempre la contraddistingue ha affermato che *“it is impossibile to measure the damages for being born with defects, because it is impossibile to compare the life of a child born with defects and non-existence as a human being (...) but how can a court being to evacuate non existence, the undiscovered country from whose bourn no traveller return?. No comparison is possibile and therefore no damage can be established which a court could recognise”*<sup>83</sup>. La Corte ha colto l’aspetto fondamentale nel momento in cui ha affermato la non comparabilità tra la vita disabile e la morte, in quanto non è possibile stabilire cosa, in parole semplici, sia meglio fra i due. E questo non solo per la non conoscenza di ciò che ci aspetta nel *“paese inesplorato dalla cui frontiera nessun viaggiatore fa ritorno”*<sup>84</sup>, quanto piuttosto per l’elementare dato che è impossibile stabilire in termini astratti e generali se un soggetto invalido, anche gravemente, consideri la sua vita come un danno o come un dono: il dato empirico ci insegna che esistono casi in cui persone disabili conducono la propria esistenza con una forza d’animo ed una gioia di

---

<sup>83</sup> *Court of Appeal* (England), 19 febbraio 1982, *Mckay and another v. Essex Area Health authority*, [1982] 1 QB 1166 [1982] 2 All ER 771, [1982] 2 WLR 890, come riportata da LIU, *Wrongful life: some of the problems*, in *Journal of medical ethics*, 1987, 13, 69-73

<sup>84</sup> SHAKESPEARE, *Amleto*, atto III, scena I, trad. LODOVICI, Einaudi, 1969

vivere assai più intensa di soggetti privi di alcuna disabilità; mentre invece vi sono indubbiamente altri casi in cui la vita disabile è accompagnata da atroci sofferenze che rendono l'esistenza umana una vera e propria tortura; ciò non dipende soltanto dalla gravità della malformazione, quando anche e *soprattutto* dall'intimo essere del soggetto interessato, ovvero dalla grandiosa, ed insidiosa allo stesso tempo, diversità insita in ognuno di noi<sup>85</sup>.

Pensare di interpretare la volontà di un essere ancora allo stato embrionale è forse presunzione e temo celi un giustificato egoismo di base. Crescere *diversi* è forse più doloroso per chi ci assiste che per noi stessi. Ricordo le parole di un medico nel corso di un dibattito: i bambini affetti da Sindrome di Down hanno un'autostima e un'ammirazione per se stessi molto più marcata di quanto ne abbia un bambino *normale*. Si sentono belli, e nient'affatto diversi. Partendo dal presupposto che questo sia vero (e perché non dovrebbe esserlo, del resto?), come si può credere di poter interpretare correttamente il suo pensiero quando ancora è in grembo alla madre? È qui che allora entrano in gioco altre dinamiche, non per questo meno importanti. Personalmente sono favorevole all'aborto, capisco che molte donne (e uomini), messe di fronte all'aspettativa di un figlio, magari non previsto, non pianificato, possano pensare di non essere pronte, di non essere in grado, per ogni sorta di motivo (economico,

---

<sup>85</sup> GIACOBBE, *Wrongful life e problematiche connesse*, Giust. Civ., n.1, 2005, 136 e ss.; LISERRE, *Ancora in tema di mancata interruzione della gravidanza e danno da procreazione*, in *Corr. giur.*, 2006, 169 ss.

sociale, familiare e ovviamente fisico), a crescere un bambino. Non critico tali decisioni e a maggior ragione capisco chi decide di non andare oltre quando la consapevolezza è di dare alla luce un figlio malato. Senza dubbio un velo di egoismo vi sottende, ma quanto poi è egoistica tale scelta? Se la società in cui viviamo non fosse così frenetica, smodata, se solo fosse pensabile la vera esistenza di uno stato sociale, se essere diversi non comportasse discriminazione e sofferenza fisica; e se le cure per tali malattie non fossero oltremodo costose, forse, ma solo allora, la scelta potrebbe risultare ingiustificata<sup>86</sup>.

Perché un bambino affetto da anomalie dovrebbe scegliere di non nascere qualora potesse?

Trampolino di lancio per le decisioni a seguire fu il celebre *Arrêt Perruche*. In sintesi: la signora Perruche nel 1982 si rivolge al medico con il timore di aver contratto la rosolia dalla figlia di quattro anni. Essendo incinta ed al corrente dei rischi che tale malattia comporta per il feto, si dichiara intenzionata ad abortire qualora l'esito degli esami sia positivo. Ma la diagnosi sembra fugare ogni dubbio, il risultato degli esami è negativo. Nicolàs nasce e fin da subito si manifestano in lui i segni della purtroppo temuta sindrome di Gregg; la diagnosi era inesatta. I coniugi, in nome proprio e in qualità di legali rappresentanti del figlio, decidono di agire in giudizio ravvisando nella malattia la diretta conseguenza della negligenza professionale. L'esistenza sofferente di Nicolàs come prodotto dell'errore

---

<sup>86</sup>PICIOCCHI, "Il diritto a non nascere: verso il riconoscimento delle wrongful life actions nel diritto francese?", in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2001, II, 677; CACACE, *Perruche et alii: un bambino e i suoi danni*, in *Danno e resp.*, II, 2005, 197 ss.

medico. In prima istanza entrambe le domande vengono accolte, in appello viene rigettata quella proposta dal figlio. La Cassazione, chiamata a pronunciarsi proprio su quest'ultimo punto, conferma la posizione del *tribunal d'Évry*. Il ragionamento delle Corti si basa sul principio in virtù del quale la nascita di un figlio sano è da considerarsi un *événement présumé heureux* equiparabile ad un danno solo in presenza di elementi di particolare rilievo (infermità) o altre gravi circostanze (gravidanza a seguito di violenza carnale). Se si afferma che la nascita non accompagnata da elementi di segno negativo rappresenta in ogni caso un beneficio anche quando non desiderata, si dà per presupposta l'intangibilità della vita in tutti i suoi aspetti. Tale visione monistica dell'esistenza determina una correlazione sul piano della tutela giuridica che, preso atto dell'unitarietà del principio, ritiene di poterlo garantire solo affermando l'imprescindibilità d'ogni profilo dello stesso. La tenuta di questa asserzione presuppone la verifica di tale unitarietà in ambito costituzionale, che sola può attestarne l'effettività o al contrario la mancanza di corrispondenza ai principi fondamentali dell'ordinamento, che potrebbe essere presupposta dalle pronunce giudiziali senza un reale riscontro. Tale verifica presuppone la ricerca di discrasie, intese come elementi di segno contrario all'interno dell'ordinamento che, se presenti, porterebbero a considerare la possibile distanza tra le affermazioni delle corti ed un mutuato sentire sociale. Considerazioni queste che valgono sia per la richiesta avanzata dai genitori, che per quella promossa per conto

del figlio. Si assiste per la prima volta all'accoglimento di tale tipo di richiesta da parte della *Cour de cassation* francese. Molti i precedenti di segno contrario, nelle cui motivazioni si leggono gli stessi motivi di perplessità che accompagnano questa sentenza<sup>87</sup>. Riconoscendo una sorta di *droit à ne pas naître* si opererebbe un'equiparazione tra l'esistenza e un danno risarcibile. La decisione ha dell'inverosimile, tanto che a distanza di pochi anni il legislatore francese fa marcia indietro: con l'articolo 1 della legge 4 marzo 2002 statuisce che "*Nul ne peut se prévaloir d'un préjudice de seul fait de sa naissance. [...]*"<sup>88</sup>.

Ecco dunque che le critiche mosse a quanti proclamano il tanto agognato diritto a non nascere confermano quanto finora argomentato. Riconoscere il diritto di scelta in capo al bambino, implica, a rigor di logica, anche il riconoscimento del rispettivo dovere della madre a non metterlo al mondo in analoghe circostanze.

Non sarebbe certo compito facile, in questa prospettiva, stabilire la discriminante tra le patologie disumanizzanti e quelle tutto sommato accettabili. Il rischio di riproporre i

---

<sup>87</sup> Cfr. la rassegna di giurisprudenza cit. in BELLIVER, *Chronologie du contentieux relatif à la naissance d'un enfant handicapé*, in *Du droit de ne pas naître*, *Revue général de droit médical*, 2000, Les Etudes hospitalières Édition, Bordeaux, 2000, 67.

<sup>88</sup> Article 1er, Loi 4 mars 2002, "*Nul ne peut se prévaloir d'un préjudice du seul fait de sa naissance. La personne née avec un handicap dû à un faute médicale peut obtenir la réparation de son préjudice lorsque l'acte fautif a provoqué directement le handicap ou l'a aggravé, ou n'a pas permis de prendre les mesures susceptibles de l'atténuer. Lorsque la responsabilité d'un professionnel ou d'un établissement de santé est engagée vis-à-vis des parents d'un enfant né avec un handicap non décelé pendant la grossesse à la suite d'une faute caractérisée, les parents peuvent demander une indemnité au titre de leur seul préjudice. Ce préjudice ne saurait inclure les charges particulières découlant, tout au long de la vie de l'enfant, de ce handicap. La compensation de ce dernier relève de la solidarité nationale*".

fantasmi eugenetici dell'uomo perfetto, ottenuto con la più drastica delle selezioni (la non nascita) di coloro che si allontanano dal modello prefissato, da chi poi, non ci è dato sapere, è in agguato dietro l'angolo.<sup>89</sup>

#### ***4. Vita sbagliata, indesiderata***

Vita indesiderata, dunque. Tiriamo le fila della questione. Partiamo dal presupposto che la nascita di un bambino, non può, essa sola costituire un danno risarcibile (Cass. Civ. fr. 25 giugno 1991). Questo dato, che emerge con chiarezza dall'esperienza francese, sembra essere comune ai vari sistemi di cultura giuridica affine, e quindi può costituire una base comune di partenza e valutazione. Il bambino non è un danno. La sua nascita può casomai ingenerare *altri* danni. Ma se la nascita non è un danno non è altrettanto vero che questa non possa provocarne nel soggetto che nasce. La questione da analizzare è quella dei diritti del soggetto non ancora nato, rispetto alle lesioni subite prima dal parto, e destinate a riflettersi negativamente sulla sua esistenza successiva. La riflessione ci porta ad analizzare la tutela di un *non* soggetto di diritto, ovvero di un soggetto *sine capite*, stante che la capacità giuridica (art. 1 c.c.) si acquista, appunto, con la nascita. Occorre constatare come si sia qui realizzata una particolare chiusura del pensiero rispetto alle fonti romane, come cioè la modernità abbia qui improntato una

---

<sup>89</sup>CAVINO, "Il diritto a non nascere tra giudici e legislatore: Italia e Francia a confronto", in [www.dirittifondamentali.it](http://www.dirittifondamentali.it), 2012.

*deminutio* dei diritti del nascituro. Infatti per noi, in astratto, si può derogare alla sua incapacità giuridica solo in materia successoria, e solo limitatamente alle disposizioni che lo favoriscano, quando invece, il principio *nasciturus pro nato habetur*, quando sia in gioco un suo interesse positivo era, in epoca classica, assai più lato nella sua portata. A titolo esemplificativo si prenda la regola cui pervenne il Diritto romano, secondo cui il nascituro nasceva libero anche se la madre non lo era più, purché lo fosse stata per qualche tempo durante la gestazione. Regola dettata in tema di *status*, e perciò ben lontana dal mero vantaggio patrimoniale successorio<sup>90</sup>. Accade oggi, invece, che alcuni giudici, pur di Corte d'Appello, abbiano negato al nascituro il risarcimento del danno patito prima della nascita appunto perché privo della capacità giuridica<sup>91</sup>. La questione deve porsi con chiarezza distinguendo ciò che attiene al diritto del feto di nascere sano, e ciò che attiene alla sanzione del comportamento colposo altrui nel provocare malformazioni al nascituro. Tale distinzione pregnante, e giustamente individuata dalla Corte di cassazione tedesca (22 novembre 1983), deve guidarci nell'indagare ciò che accade nella situazione in cui la mancata diagnosi di un contagio non induca la madre ad abortire con conseguente nascita di un bambino malformato o contagiato. Quanto al diritto del feto a nascere sano, proclamare tale diritto significa stabilire, in

---

<sup>90</sup> AA.VV., *Un bambino non voluto è un danno risarcibile?*, a cura di D'ANGELO, in *L'Alambicco del comparatista*, Giuffrè, Milano, 1999, con riferimento a MONATERI, *La vita sbagliata, la vita indesiderata*, 294-298

<sup>91</sup> App. Torino cassato da Cass. 22 novembre 1993, n. 11503, *Giur. It.*, 1993, I, 1, 550 con nota di CARUSI.

qualche modo, che per il soggetto poteva essere preferibile non nascere piuttosto che nascere non sano, asserzione difficile da *ingoiare*. Qualsiasi costruzione dogmatica che produca un diritto di azione con cui il nato realizza la propria pretesa al risarcimento per la propria nascita non sana, si scontra inevitabilmente con tale imbarazzo di fondo e non è, quindi, il caso di considerarla in dettaglio se non si affronta direttamente la questione imbarazzante. Per converso, è chiaro come sia difficile negare che nella specie esista un dovere di protezione del medico nei confronti della madre, e nei confronti della salute del feto<sup>92</sup>. Quale che sia il linguaggio dogmatico adottato è ben difficile che un ordinamento possa tralasciare un tale dovere in capo al medico, od a qualunque terzo che mediante le proprie azioni *sulla* madre possa realizzare un possibile danno alla salute del nascituro. Il punto non è, quindi, cagionare la malformazione o il contagio da parte del terzo, ma la mancata rilevazione del pericolo alla salute, che se fosse stato rilevato avrebbe indotto la madre ad abortire; poiché il danno al figlio non è stato cagionato dal terzo, ma da un'infezione proveniente dalla madre, e tale danno viene visto come comparazione tra una vita normale ed una *non-vita*, si finisce, quasi ineluttabilmente, per concludere che tale comparazione è impossibile, e quindi il danno non liquidabile. I nostri valori vengono nuovamente messi a dura prova. Se conosciamo la ragione che darà luogo ad una vita malformata *prima*, ad esempio,

---

<sup>92</sup> CARBONE, *Un bambino che nasce minorato ha diritto al risarcimento per la nascita indesiderata?*, in *Fam. Diritto*, 2001, 97 ss; FEOLA, *La Cassazione e il diritto del minore a nascere sano*, in *Danno e resp.*, II, 2010, 697 ss.

del terzo mese, ammettiamo che la madre possa preferire la *non-vita* del nascituro, rispetto ad una vita malformata. Poiché, come che sia costruita, la scelta della madre si pone qui come scelta della società, siamo noi stessi che pensiamo come *preferibile* la *non-vita*. Se, però, il nascituro nasce, allora non siamo in grado di formulare la sua *non-vita* come preferibile rispetto alla vita pur malformata. L'evento nascita gioca qui come un discrimine buffamente rilevante: prima la *non-vita* si da come eventualmente preferibile, dopo non è più paragonabile con il "dono" della vita. Lo illustra Lupoi ricordando la sentenza della *District Court* dell'Alabama<sup>93</sup> che *finge* di risarcire un danno ai genitori, onde risarcire in realtà il danno al figlio. *Un comodo sotterfugio?* Può darsi, ma, come molte altre volte, è forse lo strumento pratico migliore, ma non senza un'adeguata riflessione<sup>94</sup>. Il problema centrale consiste proprio nel disegnare una pretesa del nato male, che sia accettabile al nostro modo di indicare le cose una volta che è intervenuta la nascita. Non vi è dubbio che l'omissione negligente del medico rilevi, né che sia interesse della società disincentivare e sanzionare simili negligenze, ma il problema è appunto quello della pretesa risarcitoria del nato. Analizzandola dal punto di vista del danno reclamato in giudizio, ciò che ha dello stupefacente, per così dire, è rinfacciare al nato la sua

---

<sup>93</sup> *Basten v. United States of America*, District Court of Alabama, 21 marzo 1994, in AA.VV., *Un bambino non voluto è un danno risarcibile?* Cit.

<sup>94</sup> Per l'autore il sotterfugio consiste proprio nello slittamento dal figlio ai genitori del risarcimento, perché non riusciamo a classificare tale danno come danno in sé risarcibile. In MONATERI, "Correct our Watches by the Public Clocks", *L'assenza di fondamento dell'interpretazione del diritto*, in VATTIMO, DERIDDA e BUSSANI, *Diritto, giustizia e interpretazione*, 1998, Bari, 189.

stessa nascita. Che, cioè, così forte giochi qui il *crittotipo* del danno come comparazione con la sua situazione che si sarebbe creata se le cose fossero andate altrimenti<sup>95</sup>.

Il vivere una vita malformata, seguendo il ragionamento di Monateri, è di *per sé* una situazione esistenziale negativa, indipendentemente dalle alternative a disposizione. Ciò che ai fini della presente tesi rileva non è l'ipotesi analizzata dal *Congenital Disabilities Act* del 1976, ad esempio, o da *Gluglielmini c. Usl 9 – Torino*<sup>96</sup>, cioè, del caso in cui la negligenza del terzo cagiona il danno al nascituro, cd. lesione pre-natale, ma il caso in cui il terzo *permette* semplicemente che la nascita accada, cioè, vero e proprio caso di nascita *sbagliata*. La riflessione dovrebbe basarsi non tanto su una valutazione del comportamento professionale, ma del comportamento *umano* di colui che *non* valuta le conseguenze incommensurabili della propria, eventualmente anche lieve, negligenza professionale. Conseguentemente non rilevano qui le scelte individuali della madre di interrompere la gravidanza, ma semplicemente l'ordinamento non può consentire un simile *disregard* verso la soggettività della persona umana in sé considerata. La regola violata dal sanitario è una regola di diritto pubblico generale, che tutela indirettamente la persona concretamente coinvolta nella fattispecie, e perciò non è così errata la formula secondo cui, se pur il nascituro

---

<sup>95</sup> Cfr. MONATERI, *op. cit.*, 298.

<sup>96</sup> Cass. Civ., 22 novembre 1993, n. 11503, in *Giur. It.*, 1993, I, 1, 550 con nota di CARUSI

non ha diritto assoluto a nascere sano, egli ha nondimeno una legittima aspettativa a nascere sano<sup>97</sup>.

Cercando allora veramente di tirare le fila, abbiamo a che fare con una *injuria* nei confronti della personalità del nascituro. Tale offesa alla dignità umana che viene in considerazione deve essere, da parte dell'ordinamento, repressa. Offesa questa, che sussiste anche se il concreto individuo nella specie potrebbe non essere mai nato. Posto che l'offesa sussiste, ove tale persona nascesse, con la nascita si concretizzerebbero i presupposti dell'*actio*, poiché vi sarebbe un soggetto concreto che potrebbe agire per far valere tale ingiustizia obbiettiva e secondo il ragionamento, non sarebbe tutelato, per così dire, *ex art.* 823, comma 1 BGB, ma *ex* 823 comma 2 (ovvero come violazione di una norma di comportamento che ha per scopo *anche* la protezione di una vittima eventuale del comportamento obbiettivamente ascrivibile ad una mancanza colposa del convenuto). Pur tenendo a mente che, contrariamente a quanto avviene nelle costituzioni di altri paesi ed in molti atti di diritto internazionale o sovranazionale, nella Costituzione italiana difetta una definizione del concetto di "dignità umana" ed una sua, per quanto generica, collocazione nell'ordinamento giuridico; ovvero che manca quell'affermazione di ordine generale sul modello di quella contemplata dall'art. 1 della Legge Fondamentale tedesca, il cui § I sottolinea che "*la dignità dell'uomo è intangibile*" e che "*è dovere di ogni potere*

---

<sup>97</sup> *Valentini c. Castaldini*, Trib, Verona, 15 ottobre 1990, *Foro it.*, 1991, I, 261

*statale rispettarla e proteggerla*”<sup>98</sup>; si ritiene comunque che l’offesa alla dignità umana sussiste astrattamente come ingiusta ai sensi dell’art. 2043 c.c. Il venire ad esistenza, si pone come questione puramente fenomenistica, ma se tale soggetto si concretizzasse, allora pure si concretizzerebbe l’*actio*, poiché l’offesa astratta concernerebbe ora un soggetto che potrebbe concretamente assumere la veste di controparte processuale del trasgressore. La sua nascita si porrebbe, quindi, non già come uno degli elementi della fattispecie di responsabilità, ma come un semplice presupposto della proponibilità del rapporto processuale. In quanto realizzazione di un presupposto dell’azione, la nascita non potrebbe assurgere ad elemento di valutazione, mitigazione ed eventualmente denegazione del danno, perché il *danno-evento* lamentato non sarebbe qui il vivere malformato, ma l’offesa quale *injuria* alla dignità, cui resterebbe indifferente il mero fatto della nascita stessa. Rintracciato il danno-evento, ovvero la lesione obiettivamente ingiusta, necessaria per la declaratoria generica di responsabilità, è poi ovvio che dovrebbero calcolarsi, giusta i normali principi, i *danni-conseguenza*, oggetto dell’eventuale separato giudizio sul *quantum*, nei loro vari consueti riflessi: patrimoniali, esistenziali, biologici ed anche morali<sup>99</sup>.

Ma discostandoci da ciò che rimane sul piano dell’ideale per tornare a fattispecie oggettivamente reali occorre

---

<sup>98</sup> BELLOCCI, PASSAGLIA, *La dignità dell’uomo quale principio costituzionale, ne Quaderno predisposto in occasione dell’incontro trilaterale delle Corti costituzionali italiana, spagnola e portoghese*, 2007, Roma

<sup>99</sup> MONATERI, *op. cit.* 293-302; BUSNELLI, *Il diritto alla salute: un’esperienza italiana; un modello per l’Europa?*, in *Resp. civ. prev.*, II, 2000, 858 ss.; dello stesso autore, *L’inizio della vita umana*, in *Riv. crit. dir. priv.*, II, 2004, 533 ss.

sottolineare che anche nella disgrazia e nell'handicap si può trovare una realizzazione alternativa e non è certo una misura indennitaria a poter reintegrare colui che non avrebbe voluto venire al mondo e che quindi non vuole vivere. Essendo il risarcimento del danno finalizzato a reintegrare il lesso delle perdite subite, reintegrazione che avviene per equivalente economico delle utilità perdute, nel caso di una nascita non voluta e di una vita infelice, non è possibile effettuare la comparazione tra un prima e un dopo, tra come si sarebbe voluto essere e come non si è, sicché nel caso di una malformazione genetica non causata da colpa di terzi, il paragone non è possibile perché dovrebbe avvenire tra un'ipotesi di non nascita e quella di una nascita infelice. È infatti impossibile soltanto immaginare come si possa essere, e in che misura, reintegrati per equivalente di una non-vita, prescindendo dal fatto che se l'handicap è solo fisico la sofferenza indotta è percepita e, quindi, apprezzata dal menomato, mentre se l'handicap è anche psichico, tale sofferenza, non essendo percepibile, non consentirebbe il risarcimento del danno non patrimoniale determinando dunque un distinguo tra due soggetti ugualmente colpiti da un natura crudele. L'occasione offrirebbe terreno fertile per un dibattito su una questione che travalica i limiti giuridici, coinvolgendo filosofia, morale e religione, ma l'opzione tra il non nascere e il nascere sani non è proponibile perché esiste

solo il diritto di nascere, in qualsiasi modo si nasca, essendo l'opposto di vivere morire e non il non nascere<sup>100</sup>. Fine, titoli di coda? No. La Corte di cassazione, con una recentissima sentenza (n. 16654, 2 ottobre 2012<sup>101</sup>), motiva, nelle 76 pagine di cui si compone, il riconoscimento del diritto del neonato, soggetto giuridicamente capace, a chiedere il risarcimento del danno per essere nato malformato, segnando così un significativo *revirement* rispetto alle proprie precedenti posizioni<sup>102</sup>. Ancora una volta, dunque, si rimescolano le carte in tavola. Il caso è simile ai tanti che lo precedono: la richiesta di accertamenti da parte della donna incinta, il cui esito negativo vale quale presupposto di prosecuzione della gravidanza, la superficialità del medico che prescrive solo un esame di *routine*, e la nascita di un bambino affetto da sindrome di Down.

Seppur espressamente negato, è indubbio che alla base di questa sentenza risieda un interrogativo: esiste, o non esiste, il diritto a non nascere? Diritto a non nascere che ancora una volta si presenta come corollario al diritto a nascere. Diritto a nascere sani, che viene affermato tra le righe della sentenza, posto che viene risarcito il nato con malformazioni.

*“La Corte non ritiene del tutto appagante, nel dar vita ad un così significativo revirement rispetto alle pronunce del*

---

<sup>100</sup> Cass. Civ., sez. III, 3 maggio 2011, n. 9700, in *Guida al dir.*, 2011, 37, 100 e ss., con commento di BERTI, *L'opzione tra “non nascere” e “venire al mondo sani” può aprire un dibattito che travalica i limiti giuridici*.

<sup>101</sup> Cass. civ., sez. III, 2 ottobre 2012, n. 16754, in [http://www.cortedicassazione.it/Documenti/16754\\_10\\_12.pdf](http://www.cortedicassazione.it/Documenti/16754_10_12.pdf)

<sup>102</sup> Quelle espresse nelle sentenze 14488/2004 e 10741/2009, già menzionate ed analizzate nei precedenti paragrafi.

2004 e del 2009, né l'evocazione di quella sensazione di sotterfugio cui ricorrerebbe la giurisprudenza per riconoscere il risarcimento in via indiretta all'handicappato, né pure la suggestiva considerazione volta a rilevare la contraddizione logica del riconoscere il risarcimento del danno ai genitori e non riconoscerlo al minore nato con la malattia, contraddizione resa ancor più evidente se il risarcimento è riconosciuto non solo alla gestante, poiché è stato leso il suo diritto ad interrompere la gravidanza, ma anche al marito della stessa (che non ha un tale diritto), solo perché è diventato padre di un bambino anormale”<sup>103</sup>. Le motivazioni sono lunghe, questa sentenza sicuramente rappresenterà un *leading case*, ma in questa sede basta, quanto serve, per dimostrare un'evoluzione ancora inconclusa del cammino verso un ipotetico riconoscimento del tanto dibattuto diritto a non nascere.

---

<sup>103</sup> Sentenza citata, 57-58

## CAPITOLO TERZO

### ***LIMITI ED AMMISSIBILITA' AL RISARCIMENTO NEI CASI DI WRONGFUL LIFE E WRONGFUL BIRTH.***

#### ***QUANDO LA VITA È CONSIDERATA UN DANNO.***

SOMMARIO: 1. Un bambino non voluto è un danno risarcibile? – 2. I soggetti del risarcimento: Il diritto di entrambi i genitori – 3. Il nesso di causalità – 4. La responsabilità medica

#### ***1. Un bambino non voluto è un danno risarcibile?***

Parlare in termini economici nei confronti di una vita è, a mio modesto avviso, cinico, senonché al contempo necessario. Se il destino dell'uomo è segnato da tragici accadimenti, il valore monetario non potrà mai sostituirsi alla perdita subita, ma almeno potrà portare sostentamento laddove è venuto a mancare. Nello specifico della questione, nei casi in oggetto, le richieste di risarcimento seguono solitamente un episodio di *malpractice* medica, un errore che porta alla nascita di un bambino non voluto.<sup>104</sup> Possono essere una sterilizzazione o un aborto non riusciti; l'errore nella consulenza genetica o nelle diagnosi prenatali che, non evidenziando i rischi o la presenza attuale di malformazioni del nascituro, rendono possibile il

---

<sup>104</sup> AA.VV., "Un bambino non voluto è un danno risarcibile?", a cura di D'ANGELO, in *l'Alambicco del Comparatista*, Giuffré, Milano, 1999, con riferimento a FERRANDO, "Nascita indesiderata, situazioni protette e danno risarcibile", 209 ss.

concepimento o la nascita di un figlio menomato, nascita che altrimenti si sarebbe potuta evitare. Al riguardo, occorre distinguere le ipotesi di *wrongful birth*<sup>105</sup>, ossia di non riuscita interruzione volontaria della gravidanza<sup>106</sup> (quali l'errata sterilizzazione della donna o l'imprecisa o inidonea vasectomia dell'uomo) in cui il bambino non voluto nasce sano, rispetto alle ipotesi di *wrongful life* (concetto di vita ingiusta elaborato, come vedremo più avanti, dalla dottrina tedesca) in cui il bambino non voluto nasce minorato, ledendo sia le aspettative dei genitori che il "diritto" del bambino a nascere sano (come nell'ipotesi di omessa informazione circa le malformazioni del feto). Il rapido incedere della scienza e della tecnica biomedica ha allargato lo spettro delle tecniche che permettono la conoscenza in fase prenatale delle caratteristiche genetiche del nascituro. Tale ampliamento ha comportato, tra l'altro, una potenziale moltiplicazione degli errori di carattere diagnostico e informativo di vario genere. Su questa linea, in ambito di *common law*, si sono sviluppati i due specifici *torts* di *wrongful birth* e *wrongful life*. Come poc'anzi anticipato, il primo caso descrive una situazione in cui i genitori di un bimbo nato disabile attribuiscono al medico

---

<sup>105</sup> La dottrina statunitense ha definito i casi di mancato aborto o di mancata sterilizzazione o errato uso di contraccettivi come *wrongful birth* o *wrongful pregnancy*. Quanto alla *wrongful life* vi sono diverse teorie al riguardo. Secondo la *blessing theory*, la nascita è considerata come un valore in sé che cancella l'antigiuridicità delle condotte che ne determinano l'evento. Altra teoria è quella che sostiene l'esistenza di un diritto di ogni individuo ad una procreazione cosciente e responsabile (*conscious motherhood*) e quindi a non avere figli causati dall'altrui responsabilità.

<sup>106</sup> In un primo momento l'orientamento espresso dalla giurisprudenza di legittimità e di merito ha valorizzato esclusivamente la lesione del diritto alla salute. La prima pronuncia in materia di nascita indesiderata per fallita IVG è stata emessa dal Tribunale di Padova, 09.08.1985, confermata in appello (App. Venezia, 23.07.1990, in *Riv. It. Med. Leg.*, 1991, 1320).

la responsabilità di non averli sufficientemente informati riguardo alle anomalie del nascituro; anomalie che li avrebbero indotti ad optare per l'aborto o per il non concepimento. Il risarcimento in questo caso si collega tipicamente ai costi aggiuntivi economici o morali legati alla disabilità del bambino. Nel secondo caso, invece, è il bimbo stesso ad accusare i medici o i genitori di avergli permesso di nascere in condizioni menomate. Il risarcimento, qui, si riferisce direttamente al danno subito dal bambino a motivo della costrizione a vivere una vita in condizioni di disabilità. I dubbi di carattere anche etico, che tali categorie giuridiche sollevano, si basano sulla valutazione di un'esistenza che sarebbe stato meglio non vivere.

A favore dell'azione di danno, generalmente, si riconosce il diritto dei genitori o della donna a decidere con pienezza di informazioni riguardo alle proprie scelte procreative; si invoca una effettiva *malpractice* del medico che avrebbe dovuto adempiere al proprio indiscutibile dovere di fornire tutti gli elementi per un consenso informato; si evidenziano i costi aggiuntivi dovuti alla necessità di allevare un bambino in condizioni svantaggiate; si riconosce un danno morale dovuto ad un evento che si era stati indotti a prevedere in termini diversi<sup>107</sup>. I dubbi, d'altro canto, fanno riferimento ad una valutazione che pare oltraggiosa della disabilità con riflessi negativi sui singoli individui disabili e sulla loro dignità; alla difficoltà di configurare

---

<sup>107</sup> Nello specifico SULLIVAN, *Wrongful Birth and Wrongful Conception: A Parent's need for a Cause of Action*, in *Journal of Law and Health*, 15, 2000-2001, 105

una vita, pur menomata, alla stregua di un danno, e di quantificare monetariamente tale danno; alla potenziale quanto problematica configurabilità di un «diritto a non nascere»; al rischio di esporre in particolare i ginecologi, laboratori e consulenti genetici ad oneri di accertamento sempre crescenti, ad una moltiplicazione del numero delle cause legali con un'inevitabile aumento delle spese assicurative. Nel caso del *wrongful life*, inoltre, non si chiede tanto di considerare a fini risarcitori le spese dei genitori per cure mediche aggiuntive o di un'educazione più costosa (come nel *wrongful birth*), ma si intende dare un valore monetario diretto ad una vita menomata come raffrontata ad una condizione di non esistenza. Per quanto poi più da vicino riguarda una complicazione di carattere eugenetico, inoltre, si potrebbe desumere che una generalizzazione del danno da *wrongful life* potrebbe portare, al di là degli inquietanti casi di “falso positivo”, ad un corrispondente dovere di non concepire o di interrompere la gravidanza in ogni caso in cui sussista una probabile disabilità. A fronte di una possibile routine di cause intentate da figli disabili verso i propri genitori, infatti, potrebbe nascere una pratica *self-difensive* di natura strettamente eugenetica che potrebbe portare, se applicata in termini ampi, a selezionare sulla base dei criteri di normalità-anomalia genetica ogni potenziale nascituro<sup>108</sup>. Attorno a queste tematiche il pericolo è che la riflessione

---

<sup>108</sup> C. CASONATO, *Diritto, diritti ed eugenetica: prime considerazioni su un discorso giuridico altamente problematico*, in *Humanitas*, 4, 2004, 841-856; DE MATTEIS, *Colpa omissiva, nesso di causalità e perdita di chances*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1985, 315 ss; BALLARINI, *La Cassazione riconosce la soggettività giuridica del concepito: indagine sui precedenti dottrinali per una lettura “integrata” dell’art. 1 c.c.*, in *Dir. fam.*, 2009, 1180 ss.

etica e giuridica non riesca a sedimentarsi naturalmente attorno ad alcuni valori universalmente riconosciuti e condivisi. La velocità dei progressi scientifici e tecnologici legati alla biomedicina potrebbe imporre una marcia a tappe forzate in cui potrebbe essere difficile trovare il tempo per riprendere fiato. Di fronte alle enormi potenzialità in negativo e in positivo che potranno dischiudersi; di fronte ai bilanciamenti di interesse che andranno pure in qualche modo orientati sarà d'altro canto necessario trovare una qualche disciplina che possa costruirsi più che mai attorno ad un confronto rispettoso fra la componente giuridica, etica e deontologica, fino a riscoprire il ruolo fondamentale della responsabilità individuale del singolo, sia esso medico, paziente, genitore o figlio.

Può, quindi, un figlio essere un danno? No, non dovrebbe. Non dovrebbe esserlo il bambino, né dovrebbe esserlo la nascita in sé. Ma sebbene al condizionale non lo siano, nel presente la situazione è differente. La nascita, quella non voluta, non prevista si identifica con il pregiudizio subito, sia dal punto di vista morale che economico. E il bambino? Costa ammettere che per quanto più volte sia stato affermato il principio della sacralità della vita, spesso anche la sola nascita non programmata o pianificata, seppur sana, costituisce fonte di disagio economico per la famiglia, verso la quale è ammesso il ristoro di tale pregiudizio. La nascita più che danno in sé, diventa il mezzo con cui ingenerare danni agli altri. In primo piano dunque non il figlio, ma la decisione dei genitori di non

averlo. È allora il “desiderio” che chiede giustizia. Affinché un illecito per nascita indesiderata possa iniziare a prendere forma occorre che i “desideri” dei genitori - vale a dire il loro interesse a pianificare le dimensioni e la crescita della famiglia - abbiano qualche possibilità di essere esauditi. Dato il progresso che le conoscenze scientifiche hanno avuto nell’ultimo decennio, la riproduzione non è più regno incontrastato della natura (del caso, o della Provvidenza a seconda dei punti di vista), bensì viene ad essere in larga misura determinata da scelte e comportamenti umani. Siamo lontani dagli anni in cui il codice penale puniva e prevedeva tra gli altri il reato di “procurata impotenza alla procreazione”<sup>109</sup>, tanto tempo è passato e tante sono state le modifiche, le leggi e gli interventi occorsi affinché avvenisse quella completa inversione di rotta a cui abbiamo assistito. Il controllo delle nascite non costituisce più una condotta socialmente riprovata e penalmente sanzionata, ma viene invece riconosciuto come oggetto di una libera scelta della persona e della coppia. Il desiderio, dunque, può realizzare questa libertà, ed è un desiderio non più condannato, ma legittimo, perché corrisponde ad interessi dei singoli non solo meritevoli di tutela, ma effettivamente tutelati dall’ordinamento. E dunque, se il desiderio è legittimo perché l’interesse corrispondente è tutelato, può la sua delusione costituire un danno risarcibile quando sia imputabile ad errore medico? Preliminare ad ogni altra

---

<sup>109</sup> Art. 552 c.p. abr. Ma non solo. L’aborto, 546 c.p. abr., anch’esso considerato reato così come la somministrazione di farmaci anticoncezionali e persino il solo fatto di parlarne era comportamento illecito se potesse essere inteso come “incitamento a pratiche contro la procreazione” (art. 553 c.p. abr.).

considerazione, anche nell'esperienza italiana, vi è la questione se la nascita e la vita stessa siano da considerare come un danno<sup>110</sup>. Senza entrare adesso nello specifico, un rapido sguardo al panorama internazionale mostra come, ad esempio, nell'esperienza anglosassone l'equazione vita = danno viene affrontata in termini di *public policy* per cui ammettere il risarcimento del danno da nascita indesiderata potrebbe apparire in contrasto con alcuni interessi generali quali la tutela del bambino, della famiglia, o con l'esigenza di non incoraggiare il ricorso all'aborto o con l'idea che la vita, qualunque vita, debba essere considerata sempre una benedizione. Altrove, in Germania, la questione si sposta sul piano prettamente costituzionale e si discute così se l'ammissibilità dei genitori al risarcimento contrasti oppure no con la dignità dell'essere umano tutelata dall'art. 1 della legge fondamentale tedesca; mentre, oltralpe, l'idea che la vita non possa essere intesa come danno costituzionale sembra essere il *leitmotiv* della giurisprudenza francese incline ad escludere il risarcimento per nascita indesiderata a meno che non sussista una "*situation particulière*".<sup>111</sup> I giudici italiani raramente prendono posizione espressa sul problema se la vita possa essere considerata o no un danno,

---

<sup>110</sup> LISERRE, *In tema di responsabilità del medico per il danno al nascituro*, in *Corr. giur.*, I, 2010, 360 ss.; NAVARRETTA, *Diritti inviolabili e risarcimento del danno*, Torino, 1996, 80 ss.; ROSSETTI, *Danno da nascita indesiderata: la S.C. mette i paletti*, in *Dir. giust.*, I, 2004, 33 ss.

<sup>111</sup> L'argomento verrà sviluppato nel prossimo capitolo. AA.VV., "*Un bambino non voluto è un danno risarcibile?*", a cura di D'ANGELO, in *L'Alambicco del Comparatista*, Giuffrè, Milano, 1999, per l'esperienza di Common law il riferimento è a D'ANGELO, *Wrongful birth e wrongful life negli ordinamenti inglese e australiano*, 155 ss. Quanto all'esperienza tedesca D'USSEAU, "*Lo schmerzengeld e il risarcimento del danno patrimoniale per la nascita indesiderata nell'ordinamento tedesco*", 121 ss. Ed infine l'esperienza francese la possiamo rintracciare in DASSIO, "*Il principio di irrisarcibilità della nascita indesiderata nell'ordinamento francese*", 99 ss.

ma non mancano tuttavia sentenze sensibili al principio della sacralità della vita.<sup>112</sup> Nell'individuazione del danno va evitato di esprimere un giudizio assoluto di "valore" sulla nascita di un bambino: per accertare che un evento ha provocato un danno è sufficiente accertare che in un determinato momento e per una determinata persona ha rappresentato un accadimento con conseguenza negativa, e quindi lesiva di un interesse protetto; non serve quindi definire buona o cattiva la nascita di un bambino ma occorre accertare se tale nascita in un determinato momento ha provocato un pregiudizio della donna che poteva, ed intendeva, abortire.<sup>113</sup>

Per concludere questi cenni introduttivi e passare ad una spiegazione più dettagliata, il risarcimento non segue una vita che noi, la società e i nostri parametri, segnano come "diversa", "sbagliata"; ma è la diretta conseguenza della mancata possibilità di scelta che invece dovremmo poter esercitare. Pianificare la vita familiare comporta effettuare determinate scelte che, non so se per fortuna o purtroppo, oggi siamo in grado di prevedere. Non essere messo in condizione di poter decidere del proprio futuro è una privazione che in casi come questi si ripercuote in maniera incisiva sulla propria vita e su quella di chi ancora deve

---

<sup>112</sup> Trib. Roma 13 dicembre 1994, cit., afferma che il riconoscimento di un "diritto a non nascere" è incompatibile con l'attuale ordinamento italiano "che considera il bene della vita come bene supremo e indispensabile". Il principio della santità della vita che vale a fondare, in casi differenti, il riconoscimento di un diritto a nascere e a nascere sano, in questo caso vale ad escludere che al bambino spetto un "diritto di non nascere". Oppure Trib. Milano 10 ottobre 1997.

<sup>113</sup> App. Venezia 23 luglio 1990, in *Riv. it. Medicina legale*, 1991, 1320, poi riformata da Cass. 8 luglio 1994, n. 6464.

nascere. Situazioni delicate, interessi alti. La protezione, seppur intrisa di cinismo, deve essere garantita.<sup>114</sup>

## ***2.I soggetti del risarcimento: il diritto di entrambi i genitori***

Come già specificato il risarcimento nei casi in questione segue ad episodi di *malpractice* medica, caratterizzati da negligenza, imperizia o mancato esercizio dell'obbligo di informazione. Lecito è individuare nella madre il soggetto legittimato al risarcimento, in quanto vittima dell'inadempimento e della lesione del diritto di scegliere l'interruzione della gravidanza. La Corte di cassazione afferma che la situazione giuridica lesa dalla mancata interruzione della gravidanza è esclusivamente il diritto alla salute della donna. È solo questa esigenza di tutela che, a detta della legge 22 maggio 1978, n.194, giustifica il sacrificio del diritto alla vita del concepito, proclamato nell'art. 1 della stessa legge<sup>115</sup>. Nei casi di interruzione della gravidanza a causa dell'omessa diagnosi di malformazioni del feto e conseguente nascita indesiderata, il risarcimento del danno si concreta in quello dipendente

---

<sup>114</sup> CACACE, "Perruche et alii: un bambino e i suoi danni", commento a Trib. Roma 9 marzo 2004, in *Danno e Resp.*, I, 2005, 197 ss.; PALMERINI, *Procreazione assistita e diagnosi genetica: la soluzione della liceità limitata*, in *Nuova giur. civ. comm.*, II, 2008, 249 ss.

<sup>115</sup> L'articolo 4 della legge sull'aborto consente l'interruzione volontaria della gravidanza entro i primi novanta giorni alla donna "che accusi circostanze per le quali la prosecuzione della gravidanza, il parto o la maternità comporterebbero un serio pericolo per la salute, o alle sue condizioni economiche sociali e familiari, o alle circostanze in cui è avvenuto il concepimento, o a previsioni di anomalie o malformazioni del concepito". Come delucidato da FERRANDO, "Nascita indesiderata e danno risarcibile", in AA.VV., "Un bambino non voluto è un danno risarcibile?", a cura di D'ANGELO, in *L'Alambicco del Comparatista*, Giuffrè, Milano, 1999, 225 ss.

dal pregiudizio alla salute fisica o psichica della donna, che trova specifica tutela nella legge 22 maggio 1978, n. 194, ed in quello derivante da un pregiudizio patrimoniale, conseguito dall'inadempimento del medico, nonché del danno biologico in tutte le sue forme. In concreto la legge attribuisce alla donna una scelta fra due mali: l'interruzione di gravidanza o il rischio della propria salute.<sup>116</sup> Il risarcimento del danno per il mancato esercizio del diritto all'interruzione della gravidanza, peraltro, non consegue automaticamente all'inadempimento dell'obbligo d'esatta informazione, che il sanitario è tenuto ad adempiere sulle possibili anomalie o malformazioni del nascituro, ma, secondo la giurisprudenza, necessita anche della prova della sussistenza delle condizioni, previste dagli articoli 6 e 7 della legge 22/1978, in mancanza delle quali, la gravidanza comunque non si sarebbe potuta interrompere. In sostanza, dopo il novantesimo giorno di gravidanza, la gestante può esercitare il diritto all'aborto, ai sensi del combinato disposto degli articoli 6 e 7 della sopracitata legge, solo alla presenza di due condizioni positive concernenti la propria salute (sussistenza di un processo patologico fisico o psichico in atto, pur se indotto da accertate malformazioni del feto e sussistenza del pericolo da accertare con valutazione ex ante, che tale processo patologico degeneri, arrecando un danno grave alla salute della madre), e di una negativa, costituita

---

<sup>116</sup> AA.VV., *"Un bambino non voluto è un danno risarcibile?"*, a cura di D'ANGELO, in *l'Alambicco del Comparatista*, Giuffrè, Milano, 1999, con riferimenti a FERRANDO, *Nascita indesiderata e danno risarcibile*, 229 ss.; VIOLA, *Danni da nascita indesiderata: i presupposti del risarcimento*; in *Altalex*, 12 giugno 2006.

dall'insussistenza di possibilità di vita autonoma del feto, che si concretizza in quel grado di maturità, che consentirebbe al feto, una volta estratto dal grembo della madre, di mantenersi in vita e di completare il suo processo di formazione anche fuori dall'ambiente materno.<sup>117</sup> Si può riassumere sostenendo che la valutazione del benessere psicofisico della madre e l'esistenza di un nesso tra la patologia fetale e il grave pericolo per la donna rappresenta l'aspetto fondamentale della normativa.<sup>118</sup> Legittimato a chiedere il risarcimento, statuisce la Cassazione<sup>119</sup>, è anche il padre, in considerazione del complesso di diritti e doveri che, secondo l'ordinamento, derivano dalla procreazione, non rilevando, in contrario, che sia consentito solo alla madre, e non al padre, la scelta sull'interruzione della gravidanza poiché gli effetti negativi della condotta del medico si riversano anche sul padre, che sopporta l'inadempimento del sanitario e, quindi, le conseguenze della mancata o inesatta prestazione dello stesso dalle quali derivano tutte le relative conseguenze sul piano risarcitorio. A tal proposito è interessante ricordare come noi stessi sentiamo che risarcire un danno ai genitori sia una sorta di

---

<sup>117</sup>ANNUNZIATA, "Il diritto ad una procreazione responsabile tra libertà e limiti", in *lex et jus.net*, 2011; Corte d'App., Roma, sez. III., n. 3136, 2005, con commento di MADEO, "L'inesatta informazione del medico non costituisce di per sé un illecito", in *Guida al Diritto*, 35, 2005, 75 ss.; Cass. Civ., III sez., 29 luglio 2004, n. 14488, con commento di FEOLA, "Essere o non essere: la Corte di Cassazione e il danno patrimoniale", in *Danno e resp.*, I, 2005, 379-401.

<sup>118</sup> Resta esclusa la liceità di qualsiasi forma di aborto eugenetico, mentre è giustificata l'interruzione volontaria della gravidanza dopo il novantesimo giorno, come già specificato, solo nel caso di minaccia grave e comprovata per la salute della donna.

Sulla tutela psicofisica della madre si legga, tra le altre, Cass., 1° dicembre 1998, n. 12195, in *Foro It.*, 1999, 1.

<sup>119</sup> Vedi Cass. Civ., III sez., 10 maggio 2002, n. 6735.

*éscamotage* per risarcire il danno al figlio, danno che consiste nel vivere malformato, onde consideriamo questo un sotterfugio, anche se non riusciamo, nelle nostre categorie a costruire un danno come danno in sé risarcibile. Occorre allora allontanarsi, forse, dalla concezione del danno come paragone con la vita sana, perché appunto questa vita sana non ci sarebbe stata. Ciò che teoricamente viene concepito come danno è l'obiettività del vivere male indipendentemente dalle alternative a disposizione, essendo comunque derivato da un'azione colpevole altrui. La legittimazione del bambino a richiedere il risarcimento sussiste solo qualora le menomazioni o le malattie di cui è portatore dipendano dalla comprovata negligenza medica. Per quanto in Italia non si sia verificato un caso simile, a differenza ad esempio dell'esperienza francese<sup>120</sup>, nessun dubbio viene sollevato se tale situazione la si ipotizza. In ogni caso sono, infatti, la situazione soggettiva della persona, il suo diritto alla salute, ad essere pregiudicati anche se la condotta lesiva è stata posta in essere in epoca anteriore alla sua nascita. Alla stessa conclusione però non si giunge, almeno così sembra, se l'errore medico nelle diagnosi prenatali, o in quelle anteriori al concepimento, consegna alla vita una persona con gravi handicap. Non sempre però la colpa del medico, infatti, consiste nel rapporto diretto tra la sua condotta e l'handicap del

---

<sup>120</sup> Nella fattispecie, l'infruttuoso intervento diretto ad interrompere una gravidanza aveva causato un trauma al feto sviluppatosi in seguito con una gravissima malformazione quale la totale assenza di un arto inferiore. Vedi *Conseil d'Etat* 27 settembre 1989, nel commento di DASSIO, *L'irrisarcibilità nell'ordinamento francese*, in AA.VV., *"Un bambino è un danno risarcibile?"*, a cura di D'ANGELO, in *l'Alambicco del Comparatista*, Giuffré, Milano, 1999, 103 ss.

bambino. Se volgiamo nuovamente lo sguardo al caso *Perruche*, ad esempio, possiamo osservare come la patologia del piccolo Nicolàs non derivi dalla negligenza del professionista nel non mettere al corrente la madre dei rischi derivanti dalla rosolia poiché, a prescindere dall'omissione, la patologia si sarebbe comunque verificata. Il medico è casomai responsabile nei confronti della madre per non averle dato la possibilità di scelta in merito alla possibilità di abortire. Ecco che in questi casi manca quel nesso di causalità che permette al bambino di chiedere il risarcimento al medico per la sua condizione esistenziale.

Primo ostacolo: l'assenza di un nesso di causalità tra condotta del medico e malformazione. Quello che al medico si può imputare non è la malformazione del figlio, bensì la sua nascita. Mentre per i genitori si richiama il diritto all'autodeterminazione nelle scelte personali ed alla procreazione libera e responsabile, come garantiti dall'ordinamento; per il figlio non viene tutelato il suo diritto a non nascere, bensì, tramite il principio della dignità umana, si afferma che ogni vita è degna d'esser vissuta.

Anche senza fare ricorso all'etica, l'autonoma richiesta di risarcimento da parte del bambino difficilmente può essere accolta: vi ostano sia obiezioni di principio sia la più puntuale considerazione della posizione del nascituro in ordine al concepimento e alla nascita. Può un figlio imputare al medico di averlo costretto ad una vita da disabile quando invece avrebbe preferito non nascere

affatto? Non è tutelata l'aspirazione a non nascere, un medico ha sempre l'obbligo di salvare la vita al feto, quando sia capace di sopravvivere in modo autonomo, e questo anche se il feto presenta qualche patologia. Dunque l'impossibilità di identificare in capo al nascituro un interesse meritevole di tutela, che, nella nostra esperienza, depone contro l'ammissibilità di una sua autonoma richiesta di danni per vita indesiderata, con l'aggiunta della difficoltà di determinare l'eventuale danno risultante da una comparazione ovviamente impossibile tra vita normale e non vita.<sup>121</sup> Per quanto potesse sembrare concluso, l'ultima sentenza della Cassazione ha riperto gli orizzonti del risarcimento da nascita indesiderata. Statuisce la Corte, nella motivazione, che: *“[...] superate le suggestioni rappresentate dall'ostacolo «ontologico» - l'impossibilità per un essere vivente di esistere come soggetto prima della sua vita – e convertita in questione giuridica la posizione del soggetto che, attualmente esistente, avanza pretese risarcitorie (ciò che sposterebbe il piano dell'analisi non sul versante della legittimazione soggettiva astratta, ma della titolarità concreta del rapporto controverso), [...] va riconosciuto al neonato/soggetto di diritto/giuridicamente capace (art. 1 c.c.) il diritto a chiedere il risarcimento dal momento in cui è nato. Sul piano giuridico, che non dimentichiamo, è la dimensione meta-reale del pensiero, nella quale le stesse categorie spazio/tempo si annullano si modificano, nulla sembra diversificare la situazione*

---

<sup>121</sup>PRINCIGALLI, *Quando la nascita non è un lieto evento*, in *Riv. Crit. dir. Priv.*, 1984, 833; TARBUCCI, *Il figlio, nato o nascituro, inaestimabilis res, e non soltanto res extra commercium*, in *Riv. dir. civ.*, 1991, 221 ss.

*soggettiva dell'avente diritto al risarcimento conseguente alla nascita malformata da quelle tradizionali pratiche testamentarie di diritto comune attraverso le quali vengono riconosciuti e attribuiti diritti ad una «persona» che ancora deve esistere. Né rileva, ai fini della predicabilità di tale legittimazione soggettiva, la specularità del senso dell'operazione – poiché non di una volontà ascendente che istituisce un soggetto che nascerà si tratta, bensì di un soggetto che, alla sua nascita, istituisce retroattivamente sé stesso, divenendo così titolare di un diritto soggettivo nuovo, il cui esercizio non richiede, peraltro, la finizione di un soggetto di diritto prenatale<sup>122</sup>».* Ed eccoci quindi, a riprendere nuovamente in mano la questione e a rimettere le carte in tavola: madre, padre. Equiparati nel ruolo, equiparati nel risarcimento. Analizzata in termini privatistici non fa una piega: una condotta , sia essa intenzionale o solo frutto di “disattenzione” genera un evento che cagiona ad altri un danno. E dall'altra parte, un bambino...la realtà è più cruda della parole, e in una società dove non c'è spazio per i deboli, quantificare una vita, per quanto sbagliata essa sia, in termini monetari, è forse solo il male minore.<sup>123</sup>

---

<sup>122</sup> Cit. dalla sentenza 16754/2012 precedentemente citata.

<sup>123</sup> LUBELLI, *Brevi note sul diritto a non nascere*, in *Giur. It.*, 8-9, 2007, 1927 ss.; MADEO, *L'inesatta informazione del medico non costituisce di per sé un illecito*, in *Guida al diritto*, 35, 2005, 75 ss.; VIOLA, *Il nascituro ha il diritto di nascere sano, ma non quello di non nascere*, in *Resp. civ.*, 2009, 706 ss.

### ***3. Il nesso di causalità***

La questione del nesso di causalità tra condotta (colpevole) del medico ed evento dannoso cela al suo interno un'altra realtà, più specifica: i veri problemi riguardano infatti l'evento dannoso e il danno risarcibile.

Prendendo ad esempio il caso delle errate diagnosi prenatali, confrontando le sentenze del Tribunale di Roma 13 dicembre 1994 <sup>124</sup> e del Tribunale di Bergamo 2 novembre 1995 <sup>125</sup>, esse sembrano giungere ad opposte conclusioni circa l'esistenza o meno del nesso causale tra condotta ed evento, perché la prima ne esclude, mentre la seconda ne conferma l'esistenza. Perché questo? Non perché l'una e l'altra seguano distinte teorie sulla causalità, ma perché la prima ritiene che il danno su cui appuntare la causalità siano le malformazioni del figlio, la seconda invece ravvisa il danno nella lesione della libertà di scelta della madre e perciò nella nascita indesiderata. Ecco allora che la causalità c'è o non c'è a seconda di che bersaglio si mira. Se l'errore del medico scaturisce dall'erronea lettura della diagnosi prenatale il terreno si fa più irto. Affermare che l'errore del medico è causa della nascita indesiderata implicherebbe dimostrare che, nota la malformazione, la donna avrebbe sicuramente abortito. Ma qui la certezza si fa evanescente. Siamo nel campo della  *fictio iuris*: condizionale, il se ipotetico resta contornato da sfumature

---

<sup>124</sup> È il caso del piccolo Jod, dove rileva in particolar modo il dovere di informazione, discusso in primo grado dal Trib. Padova, 9 agosto 1985, in *Nuova giur. Civ. comm.*, 1986, I, 115 e concluso in Cass. Civ., sez III, 8 luglio 1994, n. 6464, in *Rass. Dir. Civ.*, 1996, 342, nota (CARUSI)

<sup>125</sup> Trib. Bergamo, 2 novembre 1995, in *Danno e responsabilità*, 1996, 249, nota (PALOMBO) sempre sulla mancata informazione circa le condizioni del nascituro.

di incertezza. Caso per caso, sta ai giudici valutare.<sup>126</sup> In questi e altri esempi simili, dove la sicurezza del nesso causale non può essere raggiunta, la giurisprudenza si accontenta solitamente di un giudizio di sufficiente probabilità o di regolarità statistica<sup>127</sup>. Nel nostro caso, alla mancanza di certezze sul ricorso futuro all'interruzione della gravidanza, può supplirsi con un giudizio di ragionevolezza che consideri le circostanze del caso di specie in relazione ad indici statistici di ricorso all'aborto in presenza di patologie consimili. Il giudizio sul nesso di causalità non va d'altra parte svolto in modo isolato, ma piuttosto rapportato agli altri elementi dell'illecito ed in particolare alla colpa, finendo talvolta la gravità di questa per supplire alle deficienze del nesso causale, in una sorta di rapporto inversamente proporzionale tra l'uno e l'altra<sup>128</sup>. Le sentenze relative a casi di errore nelle diagnosi prenatali non mettono chiaramente a fuoco questi profili di incertezza sul nesso causale tra condotta negligente del medico e nascita indesiderata, ma implicitamente li superano quando sottolineano che *“la mancanza di informazione ha escluso in radice la possibilità della madre di interrompere la gravidanza”*, o che in tal modo *“è stata elisa l'astratta possibilità”* di ricorrere alla legge n. 194/1978, essendosi privata la donna della possibilità di *“esercitare responsabilmente la*

---

<sup>126</sup>A titolo d'esempio, la Corte di Cassazione tedesca, nella sentenza 7 luglio 1987, richiede in un caso dai contorni simili alla fattispecie qui riportata la prova effettiva del nesso di causalità.

<sup>127</sup>Cass. Civ., 13 gennaio 1992, n. 317, in *Corr. Giur.*, 1992, 534; App. Genova 10 marzo 1997, in *Danno e resp.*, 1997, 470 con nota di DE MATTEIS.

<sup>128</sup>DE MATTEIS, *Colpa omissiva, nesso di causalità e perdita di chances*, in *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 1985, 315.

*scelta*”<sup>129</sup>. Quindi, dovere di informazione *in primis*. La sua violazione deve ritenersi circostanza idonea a porsi in rapporto di causalità con il mancato esercizio, da parte della donna, della facoltà di interrompere la gravidanza, in quanto si presume corrispondere ad un criterio di regolarità causale la scelta della donna, allorquando tempestivamente informata della presenza di una malformazione nel feto, atta ad incidere sulla estrinsecazione della personalità del nascituro, di scegliere di non portare a termine la gravidanza<sup>130</sup>.

#### ***4. La responsabilità medica***

L'errore medico può essere fonte del risarcimento del danno consistente nel dover sostenere oneri per il mantenimento di un figlio non desiderato? Sotto il profilo etico ammettere che la nascita di una vita umana venga considerata come un pregiudizio è una realtà difficile da accettare. Tuttavia è inevitabile che “vivere”, ai nostri giorni, abbia un costo non indifferente, con implicazioni che anche la morale più conservatrice non può sottrarsi dal valutare. Sotto un altro profilo, prettamente economico, la scelta di parte della giurisprudenza di ritenere che da una “nascita indesiderata” scaturisca un danno risarcibile (*sic et simpliciter*) costituito anche dal costo del mantenimento del figlio non desiderato appare pericoloso e

---

<sup>129</sup> Trib. Bergamo 2 novembre 1995

<sup>130</sup> ANNUNZIATA, *Il diritto ad una procreazione responsabile tra libertà e limiti*, in *Lex et jus.net*, 2011

potenzialmente molto onerosa. In tal modo il rischio è di creare una situazione in cui i medici, o i loro assicuratori, verrebbero condannati automaticamente al pagamento di ingiustificate somme di denaro, quasi a significare che un figlio non voluto sia solo un danno e un costo.<sup>131</sup> A questo proposito rileva la decisione del tribunale di Genova<sup>132</sup> che, nell'intento di ricercare una soluzione a quel complesso riguardante la possibilità di individuare e quantificare un danno derivante dall'errore del medico durante l'esecuzione di un intervento abortivo, ovvero da una non corretta o sufficiente informazione, che ha portato alla nascita di un figlio non desiderato, pur affermando la configurabilità di un pregiudizio, rifiuta di stabilire a priori quali possano essere le conseguenze dannose risarcibili. Ritene infatti il giudice, che ogni situazione, essendo animata da vita propria, non possa essere, di volta in volta, valutata ugualmente alle altre. In quest'ottica, si ritiene necessario, nell'accertamento del danno, adottare criteri detti di "adattamento a ventaglio" tali da permettere di liquidare quell'esclusivo pregiudizio che, nel caso specifico, può dirsi collegato casualmente al comportamento del medico. Per individuare l'effettivo pregiudizio patito dalla donna torniamo alla sentenza citata (che, nell'ottica del panorama giurisprudenziale italiano, si pone come precedente giudiziale importante nella tematica

---

<sup>131</sup> AA.VV., *"Un bambino non voluto è un danno risarcibile?"*, a cura di D'ANGELO, in *L'Alambicco del Comparatista*, Milano, 1999, cfr, in particolare DE MATTEIS, *Un nuovo itinerario per il danno biologico*, 245 ss.; FERRANDO, *Nascita indesiderata, situazioni protette e danno risarcibile*, 213 ss.; MONATERI, "La Marque de Cain", *La vita sbagliata, la vita indesiderata, le relazioni del comparatista al distillato dell'alambicco*, 285 ss.

<sup>132</sup> Trib. Genova, 10 ottobre 2002, in *Ragiusan* 2004, n. 243/244, 264

del “danno da nascita indesiderata”). Questa si sottopone, nei limiti della l. 194/1978, ad intervento abortivo che risulterà poi fallito. Il giudice accerta l’esistenza di un errore commesso dal sanitario e, più correttamente ancora, accertato l’inadempimento ex 1218 c.c. di quest’ultimo per non aver adempiuto all’obbligazione assunta con la paziente, pone la sua attenzione all’individuazione di quali possano essere i tipi di danno risarcibili e di quale sia, fra questi, l’effettivo pregiudizio (sufficientemente provato dall’attrice) sofferto dalla donna . Lo schema base dettato dal legislatore prevede che il debitore incorra in responsabilità verso il creditore unicamente quando dall’inadempimento consegua un danno. Il codice civile pone, infatti, un limite alla responsabilità contrattuale per danni: in base agli artt. 1223, 1225 c.c., il risarcimento è dovuto solo in riferimento alle conseguenze immediate, dirette e prevedibili derivanti dall’inadempimento.<sup>133</sup> Pertanto solo queste ultime dovranno essere valutate ai fini dell’individuazione del “danno risarcibile”. Nel campo della responsabilità extracontrattuale, occorre dimostrare la ricorrenza di un “danno ingiusto” nell’accezione di lesione ad un interesse giuridicamente tutelato dall’ordinamento.<sup>134</sup> È dunque di grande importanza la ricognizione, per il giudice, degli interessi da tutelare e sarà suo compito preliminare andare ad individuare quale sia l’effettivo interesse leso (il cd. danno evento, elemento oggettivo del fatto illecito) e solo

---

<sup>133</sup> VISINTINI, *Trattato breve della responsabilità civile*, Padova, 1999, cit. 589 ss.

<sup>134</sup> VISINTINI, voce “*Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*”, in *Enc. Giur. Treccani*, XXVI, Roma, 1991.

in un secondo momento, accertata la ricorrenza dell'ingiustizia del danno, potrà rivolgere la sua attenzione all'individuazione del danno risarcibile (il cd. danno conseguenza).<sup>135</sup> Questo è lo schema. Applicarlo nei casi di *wrongful birth* non risulta affatto semplice e immediato. Quali possono essere le conseguenze risarcibili derivanti da una nascita indesiderata? Possiamo realmente affermare che un bambino non voluto è un danno risarcibile o che da una nascita indesiderata consegue un danno risarcibile consistente nel mantenimento del figlio non voluto?

Escluso da dottrina e giurisprudenza che la nascita in sé possa costituire un danno ingiusto<sup>136</sup>, l'errore medico potrà comportare unicamente, quale lesione di una situazione protetta dall'ordinamento, la frustrazione del diritto di scegliere liberamente ed autodeterminarsi, diritti garantiti entrambi dalla l. 194/1978 e dai principi costituzionali. Individuati illecito ed inadempimento non resta che determinare quale sia il conseguente danno risarcibile.

In via esemplificativa, esiste la "nascita indesiderata" derivante dalla scorretta esecuzione di un procedimento abortivo in cui il figlio non voluto è sano e nato in un periodo occasionalmente non felice per la donna. In tal contesto si esclude il danno da mantenimento. L'unico pregiudizio risarcibile sarà, piuttosto, la lesione della libertà di autodeterminazione della donna rispetto al decorso della gravidanza, sia la lesione dell'integrità fisica

---

<sup>135</sup> GORLA, *Sulla cd. causalità giuridica: "fatto dannoso e conseguenze"*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1951, I, 405.

<sup>136</sup> "La vita è un bene supremo e indisponibile e pertanto non potrà mai essere considerata come un danno", Trib. Roma, 13 dicembre 1994, in *Riv. It. Medicina legale* 1998, 162; cfr. FERRANDO, "La vita come dono supremo", in *l'Alambicco del Comparatista*, cit. 214 ss.

e psichica se adeguatamente provata.<sup>137</sup> Lungi dal considerare il bambino un fattore comportante perdite, in questo caso, diventa, *“per la madre, nel gioco della vita, la carta degli imprevisti che fa recuperare il filo dell’esistenza o che fa ritrovare nuovi spunti per un suo reale arricchimento. Insomma è tutto meno che una semplice perdita o una tassa in perpetuo.”*<sup>138</sup>

Quando invece a nascere è un bambino handicappato, la cui patologia, negligenzemente, non è stata diagnosticata per tempo dal ginecologo, “nascita indesiderata” acquista tutt’altro significato e conseguenze diverse rispetto a quelle testé analizzate. In detta ipotesi la donna, se correttamente informata, avrebbe potuto decidere per l’interruzione della gravidanza. Se nell’ipotesi di nascita sana, la conseguenza avrebbe potuto essere una esperienza genitoriale normale, intensa e ricca seppur non voluta, diventa in questo caso gravosa e anormale, passibile d’esser vista come condizione dalla quale conseguiranno solo meri costi e sofferenze.

Gli esempi non si fermerebbero qui, ma senza entrare troppo nello specifico, a mio parere sono sufficientemente esplicativi, quelli citati, per evidenziare e motivare l’impossibilità di trovare una soluzione unitaria. Sarà compito del giudice cercare caso per caso quella che più si adatta al contesto. Resti ben fermo il punto per cui per quanto il medico possa aver colpa, o tutto sia dipeso da un fortuito caso, un bambino, sano, non sano o non voluto che

---

<sup>137</sup> DE MATTEIS, *Danno biologico e patrimonialità della lesione: due sentenze a confronto.*, in *Giur. It.*, 1995, I, 1, 1081.

<sup>138</sup> Cit. Trib Genova, nota n. 65.

esso sia, non può essere sminuito a tal punto da diventare solo e soltanto quantificazione monetaria.

Risarcire sì, ma non cercare nella colpa altrui il mantenimento perpetuo di un figlio “sbagliato”. È talmente riprovevole da divenire una soluzione quasi scontata.<sup>139</sup>

---

<sup>139</sup> CARASSALE, *Nascita indesiderata e danni risarcibili*, *Ragiusan*, 245-247, XXI-3, 2004, 241 ss.

## CAPITOLO QUARTO

### ***PROFILI DI DIRITTO COMPARATO.***

#### ***DALL'ARRÊT PERRUCHE AI CASI DI MEDICAL MALPRACTICE.***

SOMMARIO: 1.1. Il caso di *Nicolàs Perruche* – 1.2. L'irrisarcibilità del *bebé préjudice* – 2. Il contratto con effetti protettivi in favore di terzi nell'ordinamento tedesco – 3. Le *Wrongful Life and Birth Actions*

#### ***1.1 Il caso di Nicolàs Perruche***

Quando l'Assemblea plenaria della Corte di Cassazione francese decise che la responsabilità civile del medico, nei casi in cui il bambino nasce affetto da handicap congenito inevitabile a causa di un errore diagnostico prenatale, risiede in questo errore e impegna il professionista sia verso i genitori che verso il bambino stesso, fece sorgere molte domande. Il contributo della giurisprudenza francese al tema in questione è decisivo perché da questa emerge con forza, quale valore primario ed irrinunciabile, il diritto alla vita intesa come bene supremo di ciascun individuo, che si traduce nella fattispecie, in un vero e proprio principio generale dell'ordinamento, secondo il quale la nascita di un bambino in sé considerata non può costituire pregiudizio risarcibile<sup>140</sup>. La decisione in questione fu il frutto di un procedimento giurisdizionale assai travagliato: alla sentenza di primo grado del tribunale di Evry

---

<sup>140</sup> DAYEZ, *Le mauvais droit*, in [www.lalibre.be](http://www.lalibre.be), 15 febbraio 2001.

(13.01.1992) seguirono le decisioni della corte d'Appello di Parigi (17.12.1993); della stessa Cassazione, che cassò la precedente con rinvio alla corte d'Appello d'Orléans; e infine di quest'ultima, la quale, in un "*arrêt del ribéllion*" (5.2.1999), si discostò dal principio affermato in sede di legittimità, per riprendere la soluzione proposta dalla sentenza già riformata. A distanza di quasi dieci anni, inaspettatamente, la Cassazione stravolse le attese di quanti fino a quel momento credevano in un'ormai quasi consolidata impostazione. Con un'inspiegabile marcia indietro dettò per la prima volta le basi del *bebé préjudice*, dando adito a non pochi dubbi<sup>141</sup>.

Ma veniamo brevemente ai fatti: rivoltasi, su consiglio del medico curante, ad un laboratorio di analisi mediche per la ricerca degli anticorpi della rosolia, Madame *Perruche*, in quel momento incinta e determinata a interrompere la gravidanza in caso di esito negativo dei test, venne rassicurata, a torto, di essere immunizzata contro la malattia. Poco dopo la nascita, il figlio manifestò fin da subito disturbi neurologici gravi, aggiunti a sordità, cardiopatia, ritardo mentale e retinopatia, l'origine dei quali venne attribuita al contagio della madre durante la gravidanza. Riconosciuta la responsabilità del medico curante per non aver adoperato la necessaria diligenza scrupolosa, e del laboratorio presso il quale erano state effettuate le analisi, venne accolta la richiesta di risarcimento dei genitori del bambino. Ma se le Corti

---

<sup>141</sup> Caso *Perruche*, Cass., Ass. plén., 17 novembre 2000, n. 99.13701, in *JCP*, 2000, 2293 ss, con rapporto di SARGOS, conclusioni di SAINTE-ROSE

riconobbero la legittimazione dei genitori, non altrettanto fecero con la domanda presentata direttamente da Nicolàs: sia la Corte di Appello di Parigi che quella di Orléans, rigettarono infatti la domanda del bambino diretta ad ottenere la riparazione di un pregiudizio derivante dal grave handicap cui era afflitto<sup>142</sup>. La “ribellione” dei giudici di secondo grado induce la Cassazione, nuovamente investita della questione, a pronunciarsi il 17 novembre 2000, con la decisione n. 99-13701, a camere riunite, e a decretare per la prima volta, con le parole che seguono, il diritto del bambino nato handicappato di essere indennizzato del suo stesso pregiudizio: “ [...] *lors qe les fautes commises par le médecin et le laboratoire dans l’exécution des contrats formés avec Mme Perruche avient empêché celle-ci d’exercer son choix d’interrompre sa grossesse et ce afin d’éviter la naissance d’un enfant atteint d’un handicap et casué par les fautes retenues*”. La risposta a quella che prepotentemente sembrava essere l’implicita ammissione di preferire la *non-vita* all’esistenza “infelice” di quanti nascono affetti da menomazioni e malattie genetiche incurabili, fu ovviamente accesa e indignata. Fazioni contrapposte divisero un’opinione pubblica scossa e dubbiosa.

Come spiegare, dunque, il *dietrofront* della Cassazione? Singolare, innanzitutto, il ricorso imperioso all’*auctoritas*. Come se *l’Assemblée plenière* avesse voluto “punire” e ricondurre all’obbedienza le Corti di merito che con

---

<sup>142</sup> PALMERINI, *Il diritto a non nascere sani e il rovescio della medaglia: esiste un diritto a non nascere affatto?*, nota di commento a *Cour de Cassation*, 17 novembre 2000, ne *Nuova Giur. Civ. Comm.*, I, 2001, 210 ss.

motivazioni quanto meno plausibili avevano negato reiteratamente il risarcimento al bambino nato con gravi menomazioni derivanti dalla rosolia contratta dalla madre in gravidanza<sup>143</sup>. La Cassazione doveva inoltre fare i conti con un precedente del Consiglio di Stato pronunciato a breve distanza dalla sentenza del 26 marzo 1996 della *Prémière chambre civile*, e di segno opposto. Il giudice amministrativo (14 febbraio 1997, *Centre hospitalier de Nice c. Quarez*) aveva infatti deciso di rigettare il ricorso presentato da una madre in nome del figlio affetto da trisomia 21 nei confronti dell'ospedale che non aveva correttamente diagnosticato la malattia in occasione dell'amniocentesi. Il Consiglio di Stato aveva argomentato la sua decisione sulla base dell'assenza del nesso causale, riconoscendo però al contempo il diritto dei genitori al risarcimento delle spese sostenute per le cure della disabilità del figlio. La contrarietà della decisione della Cassazione, rispetto al nesso di causalità, stravolse completamente tale impostazione. La Corte ritenne, infatti, di non aver ragioni per escludere l'inadempimento dei medici nei confronti della madre quale elemento determinante del danno patito dal figlio<sup>144</sup>. Cercando di spiegare, o meglio interpretare, il ragionamento della Corte, possiamo scinderlo in tre tempi. Prima di tutto vi è stato un errore, poi un pregiudizio ed infine un legame di causalità tra l'errore e il pregiudizio. Posti i dati, il ragionamento segue diretto: esiste per il bambino un

---

<sup>143</sup> BUSNELLI, Postilla a *Cour de Cassation*, 17 novembre 2000, ne *Nuova Giur. Civ. Comm.*, I, 2001, 215 ss.

<sup>144</sup> CAVINO, *Il diritto a non nascere tra giudici e legislatore: Italia e Francia a confronto*, in [www.dirittifondamentali.it](http://www.dirittifondamentali.it).

fondamento legittimo per denunciare un errore suscettibile di riparazione che gli apre il diritto al risarcimento e per questo il giudice non ha dunque ragione di rifiutargli tale diritto. Il punto merita una considerazione.

Nel caso descritto, la nascita del bambino, indubbiamente, era dai genitori desiderata, ma solo nella misura in cui il nascituro potesse nascere sano, poiché la madre aveva esplicitamente manifestato l'intenzione di non portare a termine la gravidanza in caso contrario. Stando a questi presupposti, se per un caso fortuito il bambino fosse nato in perfetto stato di salute, naturalmente non avrebbe avuto luogo alcun giudizio. Questo anche qualora fosse sussistito ugualmente l'atteggiamento colposo dei convenuti, ipotesi poi non così assurda, poiché è stato scientificamente provato che la diminuzione della percentuale dei casi in cui la rosolia provoca infezioni fetali, se contratta posteriormente alla 16a settimana, cala al di sotto del 10% <sup>145</sup>. Dato centrale della questione diventa la circostanza che la signora Perruche aveva esplicitamente deciso, e ne aveva chiaramente messo al corrente il medico, di interrompere la gravidanza nel caso avesse contratto la malattia. Ipotizzando di prendere sul serio questa volontà, l'errore medico allora sicuramente aveva impedito la possibilità di scelta. Ma andiamo avanti. Singolare risulta anche l'affermazione, immotivata e viziata da una contraddizione nell'attributo, di un nesso di causalità tra le “*fautes retenues*” e il “*préjudice résultant*”

---

<sup>145</sup> CACACE, *Perruche et alii, un bambino e i suoi danni*, commento a Trib. Roma, 9 marzo 2004, in *Danno e resp.*, I, 2005, 197 ss.

*de ce handicap*”<sup>146</sup>. La carenza di motivazione, d’altro canto, non consentì di decifrare subito il vero intento perseguito dai giudici di legittimità. L’unico dato certo sembrò essere quello di escludere che la *Cour de Cassation* intendesse collegare eziologicamente la colpa dei medici alla nascita indesiderata. Quale principio consolidato nell’ordinamento francese, la *wrongful birth*, in quanto tale, non costituisce pregiudizio risarcibile né per il nato né per i genitori, a meno che non esistano (in questo secondo caso) *des circonstances ou une situation particulière*<sup>147</sup>. Per quanto laconica, all’interno della motivazione risiedono riflessioni articolate e contrapposte. Il rapporto del consigliere *Sargos*, da un lato, ammetteva l’estensione al figlio del diritto al risarcimento per inadempimento contrattuale nei confronti della madre<sup>148</sup>, ritenendo che il nesso di causalità fosse stato ravvisato tra la colpa dei medici e la circostanza, riferibile al bambino, di essere nato malformato, mentre – proprio in ragione della sua menomazione – poteva non nascere affatto. Le conclusioni dell’*Avocat Général Sainte-Rose* si mostrarono, invece, di segno opposto. Nello specifico,

---

<sup>146</sup> Così BUSNELLI, *Op. Cit.*, 216.

<sup>147</sup> Tale affermazione la si trova in una sentenza di quasi dieci anni prima (Cass. 25.6.1991) che confermava sul punto una ancor più remota decisione del *Conseil d’Etat* del 2 luglio 1982. Nella fattispecie una donna si era sottoposta ad un intervento diretto ad interrompere la propria gravidanza, apparentemente riuscito, ma che in seguito si era rivelato errato, per cui decorso ormai il tempo per ripetere l’intervento, la donna aveva messo al mondo un bambino perfettamente sano. Alla richiesta di risarcimento, rigettata, i giudici motivarono che la nascita di un bambino non costituisce pregiudizio, salvo circostanze o situazioni particolari. Le relative schede sono rintracciabili in *Un bambino non voluto è un danno risarcibile*, cit. 361 ss.

<sup>148</sup> Dal Rapporto di *Sargos*: “[...] *il nous semble donc possible de conclure que l’appréciation du droit qu’à un enfant de demander la réparation du préjudice consécutif à un handicap d’origine endogène ne peut se faire sur le terrain simpliste sinon srroné, du lien de causalité envisagé biologiquement*”.

negando la responsabilità dei medici e la loro diretta implicazione nella menomazione del figlio, dipendente questa *in toto* dalla contrazione della rosolia durante la gestazione<sup>149</sup>, disconosceva l'esistenza del nesso causale. Sotto il profilo strettamente giuridico, la causalità si interromperebbe in virtù della libertà inalienabile della donna di decidere, in presenza dei presupposti stabiliti dalla legge, se interrompere o meno la gravidanza. Per ristabilire tale nesso, occorrerebbe "*transformer la faculté d'avortement reconnue à la mère en obligation*". Il rischio, eticamente, sarebbe stato di marchiare implicitamente come "negativa" la vita di un disabile, così da favorire la *tentation de l'eugénisme*. Ma è la Corte stessa a sventarlo, ammettendo nelle sue motivazioni che il risarcimento veniva concesso al bambino nell'intento unico e precipuo di "*indemniser un enfant né handicapé en vue de lui permettre de mener une vie décente*". L'intento della Corte sembrerebbe dunque genuino, ma la strada del nesso di causalità dà comunque il via ad inconvenienti difficilmente tollerabili. Per citarne uno, l'obiettivo di equità perseguito nell'accordare un indennizzo ai bambini nati menomati dalla rosolia non diagnosticata dalla madre, ingenera senza dubbio vistose aree di iniquità nei confronti di quanti nascano con menomazioni aventi altra origine ma comportanti analoga gravità. In fin dei conti, la responsabilità civile non è un concetto alla deriva in balia del capriccioso dispotismo della Corte...<sup>150</sup>

---

<sup>149</sup> CACACE, *Perruche et alii: un bambino e i suoi danni*, commento a Trib. Roma, sez. III, 9 marzo 2004, in *Danno e resp.*, I, 2005, 197 ss.

<sup>150</sup> Sempre BUSNELLI, Op. Cit.

Ma torniamo ad interpretare, ove possibile, l'atteggiamento della Cassazione, la quale su alcuni aspetti, immotivatamente tace. Quali sono i pregiudizi risarcibili? Sono collegati o meno alla lesione di un particolare interesse giuridicamente tutelato in capo al nascituro? Se nessun dubbio viene mosso quanto all'affermazione autorevolmente formulata secondo la quale *“una delle funzioni tra le più disattese della responsabilità civile consiste non soltanto nell'assicurare il rispetto dei diritti soggettivi già consacrati ma anche nel farne emergere altri che ancora non sono riconosciuti e formulati”*<sup>151</sup>, diviene allora imprescindibile individuare qui il diritto, o comunque l'interesse giuridicamente tutelato, che sarebbe stato leso. Che non si possa far leva a tal riguardo, su un diritto *“a nascere o a non nascere, a vivere o a non vivere”*, è pacificamente riconosciuto.<sup>152</sup> Si dovrebbe allora configurare un interesse, più che un diritto, a *preferire* di non venire al mondo piuttosto che sopportare per l'intera durata dell'esistenza una grave menomazione.

Poiché, anche se nonostante tutto, c'è chi si è chiesto se presenti maggiori inconvenienti il vivere menomati fisicamente e/o psichicamente rispetto al non vivere affatto, l'affermazione di tale controverso principio porta al sorgere di drammatici interrogativi: a partire da quale soglia la gravità dell'handicap renderebbe intollerabile la

---

<sup>151</sup> Cit. VINEY. *Brèves remarques à propos d'un arrêt qui affecte l'image de la justice dans l'opinion*, in *JPC*, 2001, I, 65 ss.

<sup>152</sup> Sia dagli avvocati dei ricorrenti, alle cui conclusioni si riferisce il brano sopra citato, le cui conclusioni ne *JPC*, 2000, II, 10438; che da SARGOS, che categoricamente ribadisce, confermando l'indirizzo costante della *Cour de Cassation*, che *“non è certo la nascita o la vita stessa del bambino che costituiscono il pregiudizio di cui viene chiesto il risarcimento”*, ne il *Rapport*, in calce alla sentenza della Corte.

vita? E questa, purché *disgraziata*, non è pur sempre preferibile al nulla? Riconoscendo una sorta di *droit à ne pas naître* si opererebbe un'equiparazione tra l'esistenza ed un danno risarcibile. Merita d'essere ricordato che la *Cour de cassation*, contestualmente *all'arrêt Perruche*, si pronunciò su un caso simile quanto forse ancor più eclatante, che riconosceva il diritto al risarcimento per un errore diagnosticato non prima della nascita, ma addirittura antecedentemente al concepimento. Nella fattispecie l'errore ricadde sulla diagnosi relativa al carattere ereditario di una malattia di cui il padre era portatore, sulla cui base avrebbe poggiato la decisione di avere o meno un figlio. L'inesattezza di tale diagnosi portò alla nascita di una bambina, nata con la stessa malattia del genitore. Anche in questo caso la Corte accolse entrambe le richieste, sia dei genitori che della figlia, la quale, posta la correttezza della diagnosi, non sarebbe mai nata. Non più dunque diritto a non nascere, bensì diritto a non essere concepiti<sup>153</sup>? Anche i commenti critici seguiti a questa innovativa giurisprudenza assunsero a punto di partenza l'intangibilità di un principio: che l'esistenza sia sempre preferibile alla non esistenza.

---

<sup>153</sup> Cass. Civ. Ire chambre, 26 giugno 1996, come riportato da PICIOCCHI, *Il diritto a non nascere: verso il riconoscimento delle wrongful life actions nel diritto francese?*, in *Dir. pubb. Comp. Eur.*, 2001, II, 677 ss

### ***1.2 L'irrisarcibilità del bébé prejudice***

Quasi come una strada a senso unico, anche il caso in questione ci indirizza verso una visione monistica della tutela dell'esistenza, verso i concetti di dignità e volontà dell'individuo. Ipoteticamente anche nel caso *Perruche* si profilerebbe un contrasto tra tali principi ed il mancato rispetto della volontà e della libera scelta dell'individuo, ma nella realtà non si basa che su una presunzione sulla quale il soggetto interessato non può esprimersi. A seguito del vaglio di costituzionalità delle c.d. *lois de bioéthique* (1994)<sup>154</sup>, il concetto di *dignité humaine* è stato espressamente inserito nel *bloc de constitutionnalité*<sup>155</sup>. Questo ha promosso la salvaguardia della dignità della persona a “*principe à valeur constitutionnelle*”. Da allora in avanti la giurisprudenza ha preso ad utilizzare la clausola della dignità con assiduità, esattamente com'è avvenuto in Germania. L'inserimento comporta l'individuazione dell'intangibilità del principio così da far assumere alla dignità valore oggettivo e quindi irrinunciabile, sottratto alla libera disponibilità dell'individuo che ne è portatore; e questo nel duplice senso di impossibilità di dismissione e attribuzione ad un terzo, in ultima istanza anche ad un giudice, della sua

---

<sup>154</sup> La Francia ha approvato due leggi, che hanno superato il vaglio di costituzionalità del *Conseil constitutionnel* (déc. N. 94-343-344 DC del 27/7/1994), la n. 94-653 del 29 luglio 1994 “*relative au respect du corps humain*”, e la n. 94-654 del 29 luglio 1994 “*relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance à la procréation et au diagnostic prénatal*”, con le quali viene predisposto un primo gruppo organico di norme sulla bioetica incentrato, come si evince dagli stessi titoli, sulle forme, ed i limiti, di utilizzazione del corpo umano.

<sup>155</sup> Secondo la definizione del giurista Louis Favoreu, « *l'ensemble des principes et règles à valeur constitutionnelle dont le respect s'impose au pouvoir législatif comme au pouvoir exécutif ainsi qu'aux particuliers* ».

determinazione. Questo altro non significa se non che in caso di conflitto tra accezione oggettiva e soggettiva, la seconda è destinata inevitabilmente a soccombere. Tale osservazione, a prima vista scontata, permette di svelare un altro dato molto rilevante: ciò che viene esteriormente presentato come un principio della tutela di dignità della persona, in realtà nulla ha a che vedere con la dignità dell'uomo o della donna concretamente interessati, bensì si riferisce al genere umano complessivamente inteso o ad un gruppo più ristretto di soggetti ben identificabili al suo interno<sup>156</sup>. Il nucleo della dignità umana che si collega ad una visione universale dei diritti, forse, non dovrebbe essere utilizzato per tutelare l'individuo dalle proprie scelte nel momento in cui si allontana da tale concezione oggettiva, rapportandosi piuttosto alla tutela di chi tali scelte non è in grado di effettuare, non potendo esprimere la propria volontà. Se la via imboccata dalla Cassazione nell'estensione del nesso di causalità fosse stata mantenuta, avrebbe sicuramente generato costi che difficilmente avremmo potuto sopportare. Il rammarico che lecito sorse in seno all'opinione pubblica non fu che al giovane Nicolàs fossero garantiti i mezzi per ottenere la migliore assistenza, ma che tale garanzia dovesse essere il risultato di una sentenza e non la conseguenza dei meccanismi dello stato sociale. Proprio il principio del rispetto della persona e della sua dignità, tanto comune sia al diritto che alla

---

<sup>156</sup> RESTA, *Il principio di tutela della dignità umana nel "nuovo" diritto europeo: problemi e prospettive*, in *La disponibilità dei diritti fondamentali e i limiti della dignità (note a margine della Carta dei diritti)*, [[http://www.academia.edu/317628/La\\_Disponibilita\\_De\\_Diritti\\_Fondamentali\\_Ei\\_Limiti\\_Della\\_Dignita\\_Note\\_a\\_Margine\\_Della\\_Carta\\_De\\_Diritti\\_](http://www.academia.edu/317628/La_Disponibilita_De_Diritti_Fondamentali_Ei_Limiti_Della_Dignita_Note_a_Margine_Della_Carta_De_Diritti_)], 2012, 24.

bioetica europea, si fa portavoce di un messaggio molto chiaro: la vita è un valore così imprescindibile da non ammettere bilanciamenti con altri valori al fine di stabilirne perdite e profitti<sup>157</sup>.

Girando intorno si torna sempre al punto di partenza. Ma ammesso e non concesso che tale ostacolo della mancata imputabilità dei medici nei confronti del nato “sbagliato” possa superarsi, in cosa consisterebbe il pregiudizio di cui legittimamente potrebbe essere chiesto il risarcimento? Se la negligenza medica, consistente in un difetto di tempestiva informazione, ha impedito alla madre di assumere una decisione in ordine a una possibile interruzione della gravidanza, il pregiudizio non dovrebbe andare al di là della c.d. perdita di *chances*<sup>158</sup>, ma ecco che il riferimento si fa *choquante*. Esclusa, anche dalla stessa Corte, la possibilità, e l’opportunità, di commisurare il pregiudizio alla perdita di una *chance de ne pas vivre*, non regge nemmeno il tentativo di giustificare un risarcimento non inferiore a quello liquidato ai genitori. La Cassazione inquadra la propria decisione a favore del neonato handicappato sull’applicazione, cioè, delle regole in materia di responsabilità extra-contrattuale (artt. 1165 e 1328 c.c. fr.). Ai sensi di quest’interpretazione, se è vero che il medico è vincolato ad una responsabilità contrattuale, che lo trova inadempiente e lo obbliga al risarcimento, è vero anche che ciò vale solo per il suo contraente, la madre. Il figlio resta estraneo al contratto,

---

<sup>157</sup> VINEY, *Brèves remarques à propos d’un arrêt qui affecte l’image de la justice dans l’opinion*, in *JCP*, 2001, 65 ss.

<sup>158</sup> BUSNELLI, *Il diritto alla salute: un’esperienza italiana; un modello per l’Europa?*, in *Resp. civ. e prev.*, 2000, 858 ss.

rivestendo il ruolo di terzo danneggiato e, pertanto, le regole sulla responsabilità contrattuale non sono ritenute applicabili alle pretese da quest'ultimo vantate<sup>159</sup>. La decisione dell'*Assemblée plénière* costituisce invero un *revirement* rispetto alle sentenze precedentemente rese sulla questione della Prima camera civile della Corte stessa (26 marzo 1996) e dalla Corte d'appello parigina, dove la responsabilità del medico verso il neonato viene inquadrata nell'ambito della responsabilità contrattuale, assumendo che la madre, nel concludere il contratto con il medico, avesse agito non solamente per se stessa, ma anche per il nascituro, in qualità di suo rappresentante. In teoria, il bambino danneggiato, ben avrebbe potuto avvalersi degli obblighi di protezione discendenti dal contratto stipulato tra la madre e il medico; del resto, nell'ordinamento francese, il principio della relatività, per cui il contratto può essere fonte di obbligazioni esclusivamente per le parti contraenti, conosce diverse eccezioni<sup>160</sup>. Questa possibilità ben la evidenzia la Cassazione accogliendo la teoria del contratto con effetti protettivi verso i terzi. La sentenza *Perruche*, come è noto, è stata vanificata dall'intervento del legislatore, ma non ha fugato i dubbi e le contrastanti opinioni che a distanza di anni permangono. La *Loi* n. 303 del 4 marzo 2002<sup>161</sup>, che ha superato il vaglio del *Conseil*

---

<sup>159</sup> PONCIBO', *La nascita indesiderata tra Italia e Francia*, in *Giur. it.*, II, 2003, 887, "...le débiteur en vertu d'un contrat pui n'exécute pas son obligation et qui cause ainsi un préjudice à tiers engage sa responsabilité délictuelle à l'égard de ce dernier qui n'a pas été parti eau contrat"

<sup>160</sup> DASSIO, *Gli effetti del contratto nei confronti dei terzi*, ALPA, FUSARO, DASSIO, SOMMA, TORIELLO (a cura di), Milano, 2000, 94.

<sup>161</sup> *Loi relative aux droit de malate et à la qualité du système de santé*, n. 303, 4 marzo 2002. Il quadro dei documenti relativi a tutta la vicenda in esame sono facilmente reperibili nel sito internet [www.genethique.org](http://www.genethique.org) (dossier

*d'Etat* nel 6 dicembre 2002, prevedeva espressamente che: “*Nul ne peut se prévaloir d'un préjudice du seul fait de sa naissance. La personne née avec un handicap dû à un faute médicale peut obtenir la réparation de son préjudice lorsque l'acte fautif a provoqué directement le handicap ou l'a aggravé, ou n'a pas permis de prendre les mesures susceptibles de l'atténuer. Lorsque la responsabilité d'un professionnel ou d'un établissement de santé est engagé vis-à-vis des parents d'un enfant né avec un handicap non décelé pendant la grossesse à la suite d'une faute caractérisée, les parents peuvent demander une indemnité au titre de leur seul préjudice [...]*” Si tratta di un compromesso che, oltre ad escludere il danno per essere nato del bambino, riconosce il diritto al risarcimento del danno di entrambi i genitori ed, allo stesso tempo, ne limita la portata, sancendo che “*ce préjudice ne saurait inclure les charges particulières découlant, tout au long de la vie de l'enfant, de ce handicap. La compensation de ce dernier relève de la solidarité nationale*”.

Seppure innegabili siano la natura colposa della condotta sanitaria e l'esistenza di un grave pregiudizio (l'handicap), vero è anche che grosse perplessità ancora permangono. In questa sentenza, i giudici sembrano aver optato per dei valori ritenuti superiori al rispetto formale delle regole di causalità e di quelle relative alla determinazione del danno attraverso una invenzione della giurisprudenza volta a colmare il vuoto normativo allora presente in materia. In tal senso si è espressa anche la dottrina francese, che, in

---

Perruche); per ulteriori approfondimenti, CACACE, *Loi Kouchner: problemi di underdeterrence e undercompensation*, in *Danno e resp.*, I, 2003, 435-443.

qualche modo, ha sottolineato come, nonostante le difficoltà normative e la contrarietà dell'*avocat général* Sainte-Rose, il Supremo Collegio francese "*avait rendu un arrêt inspiré par l'équité.*" Nel caso *Perruche*, non si tratta, tuttavia, di equità, ma di una combinazione di diritto e morale, dove l'enfasi verso il valore della vita ed il diritto di scelta sulla stessa e sulla sua qualità, che si è tradotta nella risarcibilità del danno del bambino handicappato, induce, pur tuttavia, delle pericolose prospettive di eugenetica<sup>162</sup>.

Ed è qui, forse, ai margini del giuridico e di fronte ad una scelta esclusivamente di valore, che il diritto dovrebbe farsi da parte, al fine di accordare il risarcimento in quelle ipotesi, certo eccezionali, di esistenze difficili da vivere, di sofferenze intollerabili, di destini segnati da un dolore permanente. Se una bassa qualità di vita a causa di un handicap o di una malattia è, per la tradizione cristiana, comunque preferibile alla morte, tale affermazione non trova invece riscontro in una parte rilevante della tradizione giuridica occidentale. Il punto ben lo esprime Sainte-Rose: "*la vie meme malheureuse n'est-elle pas toujours préférable au néant?*". Un insolubile dilemma per la giustizia etica<sup>163</sup>.

---

<sup>162</sup> MEMTEAU, *L'action de vie dommageable*, in *Sem. Jur.*, 2000, I, 2275 ss, come citato in PONCIBO', *La nascita indesiderata tra Italia e Francia*, in *Nuova giur. comm.*, II, 2003, 888.

<sup>163</sup> ALPA, *I sentimenti e il diritto*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1995, 356 ss.

## ***2.II contratto con effetti protettivi in favore di terzi nell'ordinamento tedesco***

L'articolo § 249<sup>164</sup> del *Bürgerliches Gesetzbuch* prevede che il soggetto tenuto al risarcimento del danno deve ricostituire la situazione antecedente all'evento dannoso, come se quest'ultimo non si fosse realizzato. Se alla base del risarcimento risiede una lesione personale o un danneggiamento di un bene, il creditore della prestazione può, in alternativa, richiedere la corresponsione della somma di denaro necessaria alla ricostituzione della situazione antecedente alla lesione. A tal proposito il BGB distingue tra danno patrimoniale e non patrimoniale. Questo perché, nel caso del danno non patrimoniale, il risarcimento in denaro è ammesso nei soli casi stabiliti dalla legge ex § 253 *BGB*<sup>165</sup>. Lo *Schmerzensgeld*, di cui l'art. § 847 *BGB*, è sicuramente tra questi il più significativo. Permette un equo risarcimento in denaro qualora attraverso un atto illecito sia stata lesa l'integrità fisica, la salute o la libertà personale di un soggetto. Se da molti la severità di tale distinzione era considerata limitativa e ingiusta, l'esigenza di maggiore protezione degli interessi immateriali, che nel corso degli anni è andata affermandosi, ha portato la giurisprudenza a ritenere opportuno sfumare i confini tra le due categorie a

---

<sup>164</sup> § 249 *BGB* "Tipo e ammontare del risarcimento del danno". Il soggetto tenuto al risarcimento del danno deve ripristinare la situazione antecedente al verificarsi della circostanza in virtù della quale egli è obbligato al risarcimento. Nel caso il risarcimento sia dovuto per lesione personale o per danneggiamento di una cosa, il creditore, invece del ripristino della situazione antecedente, può chiedere il corrispondente ammontare in denaro.

<sup>165</sup> § 253 *BGB* "Per un danno che non è patrimoniale si può ottenere un risarcimento in denaro solo nei casi previsti dalla legge".

favore del danno non patrimoniale <sup>166</sup>, giungendo addirittura ad accordare il risarcimento in denaro anche nel caso di generici diritti di personalità non rientranti nei casi previsti dalla legge ex § 253 *BGB*<sup>167</sup>.

A prima vista, il meccanismo tedesco e quello italiano sembrano essere analoghi (l'art. 2059 c.c. sancisce l'irrisarcibilità del danno morale ad eccezione dei casi previsti *ex lege*) ma si differenziano sotto un duplice profilo. Non solo la terminologia tedesca suona meglio: parlare in termini di "patrimoniale" e "non patrimoniale" evita incomprensioni quali quelle emergenti dalla contrapposizione tra "patrimoniale" e "morale". Ma, se mentre nell'ordinamento italiano il rigido disposto del 2059 c.c. ha costretto dottrina e giurisprudenza ad escogitare nuove voci di danno per venire in contro alle esigenze di tutela di un bene quale la salute, nell'ordinamento tedesco l'esistenza e la specifica previsione di tale bene (§ 847 *BGB*), ha consentito di accordare il risarcimento con minore difficoltà. Entrando nello specifico dell'argomento, la problematica della risarcibilità del danno derivante dalla nascita di un bambino indesiderato riguarda una serie di fattispecie molto diverse tra loro. Spaziano dalla operazione di sterilizzazione alla erronea consulenza prenatale. Diverse

---

<sup>166</sup> Secondo la nuova *ratio* ad un bene appartenente all'ambito dei beni immateriali viene attribuito un valore patrimoniale, qualora esso sia ottenibile dietro pagamento in denaro, così in BRUNETTA D'USSEAU, *Lo schmerzensgeld nell'ordinamento tedesco*, in AA.VV. *Un bambino non voluto è un danno risarcibile?* *Op. cit.*, 122.

<sup>167</sup> Come accade invece per il diritto al nome o il diritto alla propria immagine. È stata la giurisprudenza ad elaborare tale diritto fondandosi sugli art. 1 e 2 del *Grundgesetz* che tutelano la dignità dell'uomo e il diritto al libero sviluppo della sua personalità.

perché diverso è il momento in cui si colloca l'intervento del danneggiante, che sia prima o dopo il concepimento, e perché diverso è il fine che si prefiggono, essendo esse volte a non far nascere, a non concepire o ad evitare una nascita malata.

La questione è presente nello scenario giuridico tedesco già da diverso tempo. Il primo caso trattato ci fa tornare indietro fino agli inizi del secolo scorso, nel lontano 1924, e riguardava un uomo internato in una casa di cura per malati di mente che, a seguito di rapporti con una sorvegliante, era divenuto padre e aveva citato in giudizio la casa di cura chiedendo che i costi del mantenimento gravassero su questa. Mantenimento che in linea di principio venne accordato, aprendo la strada alla possibilità di considerare il mantenimento di un bambino una voce di danno<sup>168</sup>. Se ovviamente il dibattito circa la risarcibilità del danno è stato incentrato su quali siano i tipi di danni ravvisabili e quindi risarcibili, non poteva essere tralasciato il confronto con alcuni valori costituzionali, nel senso che si è discusso e ancora si discute, se l'ammettere il diritto dei genitori al risarcimento contrasti o meno con la dignità dell'essere umano, tutelata dall'art. 1 della Legge Fondamentale tedesca<sup>169</sup>. Quale è il problema? La questione si è posta all'attenzione dell'opinione pubblica quando, nel 1997, con una sentenza del *Bundesverfassungsgericht* tedesco<sup>170</sup>, la Corte affrontò il

---

<sup>168</sup> Vedi sempre BRUNETTA D'USSEAUX, *op. cit.*, 125.

<sup>169</sup> Art. 1 Dignità umana, subordinazione del potere statale ai diritti fondamentali. La dignità dell'essere umano è inviolabile. Tutti i poteri dello Stato la devono rispettare e tutelare.

<sup>170</sup> 12.11.1997, BVerfG

problema della risarcibilità da parte del medico con riferimento al danno derivante dal mantenimento che segue la nascita di un figlio indesiderato, sia che esso sia sano, a seguito di fallita sterilizzazione; sia che nasca affetto da handicap, in caso di diagnosi prenatale errata. Diverse implicazioni a parte, in entrambi i casi, si trattava di stabilire se la nascita indesiderata, quindi non pianificata, e conseguentemente i costi della sua esistenza, potessero essere considerati un danno risarcibile. A fronte di tale problematica, due sono le posizioni che si delineano. Vi è chi, da un lato, attribuisce alla dignità dell'uomo in tutte le sue manifestazioni un valore supremo e quindi esclude che la nascita possa essere considerata un danno; e chi, dall'altro, ritiene necessario distinguere tra l'esistenza del bambino (dall'indubbio valore positivo) e i costi del suo mantenimento, che da essa necessariamente derivano e che, comportando una diminuzione oggettiva del patrimonio dei genitori, possono essere considerati danno risarcibile<sup>171</sup>.

Con la sentenza citata, la prima sezione della Corte tedesca sancì la legittimità del risarcimento per danno da nascita indesiderata, assumendo una posizione nettamente contrastante con quanto affermato, in merito ad altra

---

<sup>171</sup> Una precisazione. Nell'ordinamento tedesco, la Legge Fondamentale ed i valori in essa tutelati (come la dignità umana) vengono invocati quali limiti alla risarcibilità del danno per nascita indesiderata. In altri ordinamenti, quali quello italiano, la Costituzione, in particolare all'art. 32, anziché rappresentare un condizionamento restrittivo, offre un particolare argomento a sostegno della risarcibilità di nuove voci di danno. La Corte stessa individua nelle situazioni soggettive costituzionalmente garantite o meno, il discrimine per il legislatore nell'accordare un trattamento risarcitorio piuttosto che un altro. Sul punto MONATERI, *Le fonti delle obbligazioni*, III, *La responsabilità civile*, in *Trattato di Diritto Civile*, diretto da SACCO, Torino, 1998, 296 ss.

questione, pochi anni prima, nel 1993<sup>172</sup>, quando la seconda sezione della stessa Corte sottolineò che l'esistenza di un bambino non può mai essere considerata fonte di danno, pena la violazione dell'art. 1 della Legge Fondamentale.

Passiamo all'analisi delle singole fattispecie che possono raggrupparsi a seconda che il bambino nasca sano o meno. La nascita di un bambino malato segue alle ipotesi di errata diagnosi prenatale o genetica, mentre quella di un bambino sano da rilievo alle fattispecie di fallita sterilizzazione e fallita interruzione di gravidanza (tra i più diffusi). Già negli anni '70, quando i primi casi di falliti interventi di sterilizzazione fecero la loro comparsa sulla scena giuridica, dottrina e giurisprudenza accoglievano entrambe le posizioni, favorevoli o contrarie, al risarcimento. Nel 1980 la Cassazione tedesca fece chiarezza stabilendo la risarcibilità del danno patrimoniale a favore di entrambi i coniugi e anche del danno non patrimoniale alla madre. L'analisi fu attenta: i presupposti del risarcimento furono vagliati anche tenendo conto delle sue conseguenze. La posizione contrattuale contro l'inesatto adempimento della prestazione medica copre sia il paziente che l'altro coniuge. Il contratto di sterilizzazione teso alla pianificazione familiare rientra infatti nella categoria dei c.d. contratti con "effetti protettivi anche a favore di terzi"<sup>173</sup>, i quali ricomprendono anche i terzi, non parti del contratto, che non hanno quindi diritto a richiedere la prestazione principale, ma che possono invece pretendere

---

<sup>172</sup> BVferG 28.5.1993

<sup>173</sup> § 328 BGB

l'osservanza di alcuni obblighi contrattuali accessori e, nel caso di loro violazione, un vero e proprio diritto al risarcimento del danno. Questo concretizza, nella fattispecie in esame, un particolare onere di informazione, poiché ciò che rileva in casi come questo non sono tanto i possibili rischi circa l'operazione, quanto piuttosto la necessità che il paziente sia messo in grado di operare una scelta consapevole con riferimento al suo comportamento futuro. L'informazione circa il margine di errore dell'operazione diventa presupposto necessario nella decisione se adottare o meno altri mezzi di contraccezione e lo stesso si può dire per la mancata o non chiara indicazione del possibile fallimento dell'operazione. La corretta informazione riveste per le Corti tedesche un'importanza particolare, tanto che, con riferimento al danno non patrimoniale, la responsabilità del medico può essere fondata sia sull'errore nel trattamento, sia sull'insufficiente informazione circa le possibilità di insuccesso dell'operazione. Va specificato che la nascita indesiderata non è il presupposto per un'illimitata responsabilità del medico, ma è stato preferibile limitarla al danno da pianificazione, che si concretizza nell'onere economico derivante alla famiglia dalla nascita del bambino. Il problema della responsabilità medica è particolarmente spinoso allorché il medico intervenga in tempi successivi al concepimento, come nel fallito intervento di interruzione della gravidanza. Anche in Germania, l'interruzione volontaria della gravidanza è stata oggetto di ampie discussioni e continue riforme: nel 1975

il *BVerfG* sanciva la tutela illimitata della vita del nascituro poiché essa prevale rispetto alla libera determinazione della madre e conseguentemente si ammetteva l'aborto solo limitatamente ai casi di rischio per la vita o grave pericolo per la salute della donna. In seguito, i confini sono stati smorzati e si è lasciato spazio al legislatore di individuare alcuni casi eccezionali in cui il sacrificio richiesto alla donna sarebbe stato troppo grande, quindi ingiusto, per cui l'interruzione non è punibile. Quanto alla decisione dell'ammissibilità del risarcimento, quando l'interruzione fallisce per colpa imputabile al medico, i giudici sembrano ritenere decisivo il motivo per cui la donna vi si è sottoposta. Altro non significa che verificare quale sia il "pericolo" che voleva essere evitato e quindi l'interesse protetto. Ragioni di ordine medico equivalgono alla salute della donna, quale interesse protetto, e alla necessità di evitare le conseguenze dannose di una gravidanza, quale scopo<sup>174</sup>. Se questi sono i presupposti, non vi sono ragioni per risarcire eventuali conseguenze economiche negative, quali i costi di mantenimento, perché tali pregiudizi sono compresi nello scopo contrattuale. Ma se invece l'intervento viene effettuato a fronte della c.d. *notlage*, ovvero della "necessità", determinata dalla mancanza di tranquillità economica della madre, allora la conclusione sarà diversa<sup>175</sup>. In questi casi

---

<sup>174</sup> Cass. 8.07.1994, in cui la Corte, avendo individuato l'interesse protetto nella salute fisica o psichica della madre, ha ritenuto sussistere un danno risarcibile solo qualora venga accertato che la nascita indesiderata abbia messo in pericolo la salute della donna ovvero abbia inciso negativamente su di essa, in BRUNETTA D'USSEAU, *op. cit.*, 141.

<sup>175</sup> Così ad esempio in *BGH* 27.11.1984, in *NJW*, 1985, 779 si legge che, quando l'intervento di IVg sia stato effettuato per *Notlage* e, quindi, anche per ragioni

il contratto si regge proprio su ragioni di carattere economico, essendo lo scopo quello di evitare alla madre spese che non sarebbe in grado di sostenere. Nel caso in cui ciò dipenda da negligenza medica, sarà il professionista stesso a doverne rispondere. Non vi è in questo caso risarcimento di danno morale poiché la gravidanza non è causata dal medico, ma già persisteva. Nella fattispecie della diagnosi prenatale errata, si esclude il pericolo di malformazioni che poi si presentano invece al momento della nascita. I giudici tedeschi riconoscono in questi casi il risarcimento del danno derivato dai costi del mantenimento ad entrambi i genitori e quello non patrimoniale alla madre. Emblematico in tal senso il caso deciso dalla Cassazione tedesca nel 1993<sup>176</sup>, in cui i genitori di una bambina handicappata, prima di concepire il secondo figlio, si erano rivolti al medico per escludere l'esistenza di tare ereditarie. A fronte di un'informazione corretta e completa la coppia avrebbe desistito dal concepimento. Poiché, a detta dei giudici, il medico non poteva ignorare lo scopo del contratto da lui sottoscritto con la paziente,

---

economiche, il medico deve in linea di principio risarcire alla madre i costi di mantenimento del bambino, al pari di quanto avviene per la fallita operazione di sterilizzazione. La pretesa viene meno qualora la donna si rifiuti, nell'ambito di un breve lasso di tempo, di sottoporsi ad un altro intervento, di IVG; analogamente il medico non risponde nel caso in cui la madre abbia cambiato idea e desideri tenere il bambino anche in presenza dei presupposti per abortire. Le spetta comunque il risarcimento del danno morale.

Nell'ordinamento italiano, invece, a fronte di un'analogha previsione legislativa (art. 4, l. 28.05.1978, n. 194, secondo la quale la donna può sottoporsi ad IVG entro i primi 90 giorni, quando la prosecuzione della gravidanza, il parto o la maternità comporterebbero un serio pericolo per la salute fisica o psichica in "*relazione o al suo stato di salute o alle sue condizioni economiche, o sociali o familiari*".), il risarcimento è dovuto solo quando sia provato che "*l'esistenza del bambino leda l'interesse protetto dalla legge sull'IVG, ovvero la salute della donna e non la sua situazione patrimoniale*". (Cass. 8.07.1994; Corte App. Bologna, 19.12.1991).

<sup>176</sup> BHG 16.11.1993

questi è tenuto al risarcimento dell'intero mantenimento del bambino e non solo ai costi derivanti dalla sua malattia. Non sarebbe possibile, infatti, distinguere tra costi di un bambino sano e di uno malato. Tale distinzione, oltre a far riemergere questioni di possibili diverse valutazioni della vita, a seconda che si tratti di vite *sane* o *meno*, non tiene conto del fatto che i genitori non solo volevano, chiedendo di sottoporsi ad esami accurati, evitare eventuali aggravii di spese, ma *in primis* evitare di mettere al mondo un bambino disabile. Per quanto riguarda la consulenza prenatale, questa si colloca in un momento successivo al concepimento ed è finalizzata a scongiurare il pericolo che il bambino sia affetto da mongolismo, possibile conseguenza di un contagio da rosolia durante la gravidanza, ad esempio, o in alcuni casi di madri dall'età più avanzata rispetto alla media. Stando alla giurisprudenza, il medico è tenuto a fornire alla paziente tutte le indicazioni necessarie in modo da permettere una decisione informata, non nascondendo i pericoli insiti nella stessa diagnostica prenatale, ma neanche allarmandola inutilmente. L'omissione di una risposta esaustiva circa i rischi legati alla nascita, risposta che avrebbe lasciato alla madre la facoltà di scelta in merito all'interruzione di gravidanza, comporta violazione del contratto. La risposta, dunque, deve essere completa ed esatta, il linguaggio comprensibile. Ai fini del riconoscimento del danno patrimoniale, e quindi del suo risarcimento, i giudici ritengono che debba essere provato il nesso causale tra la mancata o inesatta informazione e il danno risentito.

Ovvero, è necessario che venga provato che l'indicazione medica circa le possibili malformazioni del bambino avrebbe indotto la donna ad effettuare ulteriori analisi per rilevare la possibile malformazione e conseguentemente sottoporsi ad interruzione di gravidanza. A differenza di quanto accade per la nascita indesiderata di un bambino comunque sano, per cui si provvederà ad un risarcimento limitato alla necessità di base, nel caso di nascita di bambino malato, pare invece equo addebitare al danneggiante sia i costi di mantenimento che quelli di cura. Proprio in riferimento ai casi di diagnosi prenatale, si affronta la questione del diritto al risarcimento spettante al bambino. I giudici, muovendo dal presupposto che non sia possibile dare una valutazione giuridica, confrontare la vita con gravi handicap e la non vita, ritengono che non esiste un generale obbligo di evitare la nascita di un bambino handicappato<sup>177</sup>. Posto che l'ordinamento attribuisce alla madre, in presenza di determinate condizioni, il diritto di interrompere la gravidanza, ma solo quando ciò sia nel suo interesse: non se ne può desumere un analogo diritto del bambino, non se ne può quindi derivare un diritto del feto a nascere. Si potrebbe forse sostenere un diritto proprio del bambino al risarcimento solo se il medico fosse stato la causa della sua malformazione, se avesse egli causato il danno alla salute del bambino, ma come più volte specificato anche in riferimento ad altri ordinamenti, non è questo il caso di specie. In altri termini, il problema non è tanto dell'esistenza o meno del diritto a non nascere,

---

<sup>177</sup> NAVARRETTA, *Diritti inviolabili e risarcimento del danno*, Torino, 1996, 80 ss.

quanto dell'esistenza o meno di un qualcosa che possa essere definito, i termini oggettivi, un danno<sup>178</sup>.

In conclusione, le Corti tedesche hanno assunto, nel corso degli anni, un atteggiamento decisamente favorevole alla risarcibilità del danno patrimoniale corrispondente ai costi necessari per il mantenimento del “bambino indesiderato”. Lo si accorda sia nei casi di fallita sterilizzazione che in quelli di errata consulenza genetica o prenatale. Con specifico riguardo ai casi in cui il bambino nasce malato, il risarcimento ha una sua giustificazione immediata, non prettamente giuridica, ma che funge da tentativo di alleviare almeno in parte le sofferenze dei genitori. Ciò che nonostante tutto ancora risulta difficile accettare, è l'idea che la nascita anche se non desiderata di un bambino perfettamente sano, possa costituire un danno. Non dimentichiamoci che se da un lato pare giusto che il medico, il quale abbia erroneamente eseguito la propria prestazione, risponda della conseguenza da essa derivanti, non bisogna comunque sottovalutare i possibili effetti “collaterali”<sup>179</sup> che questa giurisprudenza potrebbe avere, sia che si condivida l'impostazione dei giudici tedeschi, sia che la si ritenga criticabile.

---

<sup>178</sup> AA.VV, *Diritto a non nascere: essere o non essere e “ricerca della felicità”*, nota a Cass. civ., III, 29 luglio 2004, n. 14488.

<sup>179</sup> Ad esempio, un'affermazione troppo marcata della risarcibilità del danno potrebbe indurre il medico alla messa in atto di certi comportamenti che lo metterebbero a riparo da eventuali accuse di negligenza, quali un uso superficiale di esami altamente invasivi come l'amniocentesi, comunque pericolosi per il feto.

### 3. *Le Wrongful Life and Birth Actions*

La dottrina di *common law*, in particolare statunitense, individua in via sistematica una serie di modelli – circolati non solo in ambito anglosassone ma richiamati anche negli altri ordinamenti – nei quali si introduce il concetto di “risarcibilità dell’esistenza”. Si configurano ad esempio le *wrongful birth*, *wrongful pregnancy*, *wrongful living* e *wrongful life actions*, tutte sottocategorie del comune *genus medical negligence claim*<sup>180</sup>. Le domande di risarcimento quali *wrongful birth* e *wrongful life* imputano entrambe a *medical malpractice* (generalmente diagnosi errate in relazione a malattie congenite del nascituro) la causa diretta di una nascita che, se le informazioni fossero state corrette, non sarebbe intervenuta, potendo optarsi per l’interruzione di gravidanza. La differenza risiede nei soggetti attivi dell’azione che in un caso viene presentata dai genitori (*birth*) e nell’altro dal soggetto stesso (*life*). Il problema dell’ammissibilità di queste azioni viene talvolta risolto a monte dall’intervento legislativo con l’adozione di atti che ne bandiscono l’esperibilità *tout court*<sup>181</sup>. Nello stesso senso si può citare l’esempio inglese, dove si respinge la proponibilità delle *wrongful life action* sulla base del divieto contenuto nel *Congenital Disabilities (Civil Liability) Act*. Accanto all’opera sistematica della dottrina, e in ausilio alla sua configurazione, si riscontrano numerose pronunce giudiziali relative ad entrambi i tipi di

---

<sup>180</sup> BERENSON, *The wrongful life claim – the legal dilemma of existence versus nonexistence: “to be or not to be”*, in *Tulane law review*, 1990, 64, 895.

<sup>181</sup> TEFF, *The action for “wrongful life” in England and the United States*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 1985, 34 (3), 426.

azione. Ad una parziale apertura, seppur ancora controversa, verso l'indennizzo dei danni derivanti da *wrongful birth*, corrisponde generalmente il rigetto quasi unanime delle *wrongful life actions*. Quasi, appunto. Vanno segnalate le sentenze delle Corti Supreme di almeno tre Stati americani che non solo ne hanno riconosciuto l'esperibilità, ma hanno accolto le richieste risarcitorie presentate<sup>182</sup>. Questa giurisprudenza assume a fondamento l'idea che in alcuni casi l'ordinamento possa riconoscere il principio della preferibilità della non esistenza all'esistenza. Gli stessi principi trovano invece smentita nelle argomentazioni della giurisprudenza maggioritaria che, come detto, esclude la proponibilità di tali azioni. Con particolare attenzione ai casi di *wrongful life*, è stato osservato come la difficoltà teorica di identificare la vita con il danno non va oltre la necessità pratica di prestare assistenza alla parte lesa. Uno fra gli aspetti più problematici, oltre alle difficoltà dell'accettazione degli individui portatori di handicap da parte della società, che per quanto sia un fatto "naturale" risulta sempre più spesso intrisa di ignoranza e diffidenza; è la labilità dell'aspetto psicologico. I giudici sono chiamati a valutare se una particolare condizione di disabilità sia così orribile, dal punto di vista di chi è perfettamente "normale", da giustificare la scelta di abortire dei genitori, o di preferire la non esistenza da parte del figlio. I costi del riconoscimento delle azioni da nascita

---

<sup>182</sup> *Turpin v. Sortini*, di cui si spiegherà a breve il contenuto; *Procanik by Procanik v. Cillo* 478 A.2d 755, N.Y., 1984; *Haberson v. Parke-Davis Inc.* 98 Wash.2d 460, Wash., 1983.

indesiderata sono troppo elevati. Il messaggio che la nostra società dà della disabilità, purtroppo, è quello di considerare le persone portatrici di handicap un qualcosa di *altro*, di *diverso*, rispetto al resto della comunità<sup>183</sup>. Il rapido ritmo con cui la moderna scienza medica si è espansa in ambito genetico ha indotto le Corti, spontaneamente e non, a cimentarsi con nuovi casi strettamente legati al nucleo centrale delle azioni dei movimenti per la difesa dei diritti dei disabili.

I primi casi di azioni da nascita indesiderata non riguardano casi di errate diagnosi prenatali o genetiche, bensì veri e propri esempi di bambini non voluti, per quanto sani e per la più svariata gamma di motivazioni, la cui nascita per i genitori altro non è percepita se non come un aggravarsi rispetto alla situazione precedente la gravidanza. Il ragionamento dei giudici, impegnati nel valutare l'effettiva esistenza di una lesione, fornisce una valida e unica interpretazione nei successivi casi di bambini nati disabili.

Denominati *wrongful conception* o *wrongful pregnancy*, questi casi vedono i genitori citare in giudizio i medici che erroneamente hanno condotto un intervento di sterilizzazione o aborto, piuttosto che le ditte produttrici di anticoncezionali che hanno commercializzato partite di prodotti difettosi. In entrambe le circostanze le conseguenze della negligenza si manifestano nella nascita

---

<sup>183</sup> BITETTO, "Wrongful birth": i diritti dei genitori ed assistenza tempestiva al figlio disabile, in *Danno e resp.*, I, 2005, 179 ss.; BREGANTE, *Dignità del bambino e diritto alla pianificazione familiare negli Usa*, in D'ANGELO (a cura di), *Un bambino non voluto è un danno risarcibile?*, Giuffrè, Milano, 1999, 79 ss.

di un bambino perfettamente sano, che i genitori però hanno esplicitamente e preventivamente scongiurato di avere. Potenzialmente, in tali casi, i giudici assegnano alla madre il risarcimento delle spese mediche sostenute e dei danni morali legati alla gravidanza e alla nascita; ma, non vanno oltre. Il mantenimento del figlio sano, non voluto, è stato reiteratamente negato<sup>184</sup>. Addirittura quelle Corti che ammettono che il riconoscimento di tali danni possa creare una sorta di allarmismo a livello di *public policy*, auspicano “*the hope that future parents and attorneys would give serious reflection to the silent interests of child and, in particular, the parent-child relationships that must be sustained long after legal controversies have been laid to rest*”<sup>185</sup>.

Ma veniamo ad alcuni esempi: 1976, *Gletiman v. Cosgrove*<sup>186</sup>. L’interpretazione comune, all’epoca, negli Stati Uniti, vedeva nell’impossibilità di richiedere il risarcimento da parte del bambino nato handicappato, per il suo stesso handicap congenito, una univoca soluzione. La Suprema Corte del New Jersey si trova a dover decidere delle azioni promosse dai genitori e dal figlio nei confronti del medico che, nei primi stadi della gravidanza, non ha correttamente informato la madre del rischio legato al contagio da rosolia. La gravidanza viene portata a termine,

---

<sup>184</sup> A titolo esemplificativo: PALO, *Cause of Action for Wrongful Birth or Wrongful Life*, 23 *Causes of Action* 2D 55 §20, 2003, dove si sottolinea che “*the view in the vast majority of jurisdictions is that the parents of healthy children born after an unsuccessful sterilization procedure involving medical negligence are entitled to pregnancy and child-bearing expenses, but not child-rearing expenses*”. L’autrice viene citata da HENSEL, *The disabling impact of wrongful birth and life actions*, in *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, 40, 2005, 151ss.

<sup>185</sup> *Sherlock v. Stillwater Clinic*, 260, N.W.2d 169, 177, Minn., 1977.

<sup>186</sup> 227 A.2d 689, N. J., 1967, riportato in HENSEL, *op. cit.*, 155.

il bambino nasce affetto da gravi patologie, indubbiamente legate alla rosolia. Analizzando per prima la richiesta di *wrongful life*, quindi del bambino, i giudici si mostrano dubbiosi circa il fatto che, nei casi di *medical malpractice*, la negligenza del personale sanitario incide direttamente sullo stato di “deficienza” del feto, mentre nella decisione in questione, il bambino, sia che la diagnosi del medico fosse stata precisa e corretta, che nell’ipotesi realmente accaduta, non avrebbe comunque avuto possibilità di nascere sano. Al contrario, la tesi del bambino muove dal presupposto che la lesione stessa, causa della sua disabilità, si pone come diretta conseguenza della colpa medica, senza la quale non sarebbe mai venuto ad esistenza. Le conclusioni cui giunge la Corte statuiscono l’impossibilità logica di “*measure the difference between his life with defects against the utter void of nonexistence*”, e rigetta l’istanza. La *wrongful birth* reclamata dai genitori è, se possibile, ancor più di ardua soluzione.

La Corte riconosce che la responsabilità medica nell’aver sbagliato diagnosi ha provocato sia danni dal punto di vista morale che materiale; tuttavia, sostiene l’impossibilità di bilanciare le sofferenze e le difficoltà economiche che tali danni comportano con i benefici ineguagliabili dell’essere madre o padre. Inoltre, anche se ciò fosse realizzabile, la Corte comunque non ammetterebbe, sul piano della *public policy*, il sorgere di un danno causato dal rifiuto di accettare una vita seppur a livello embrionale. A sostegno di ciò sottolinea che “*it is basic to the human condition to seek life and hold on to it however heavily burdened*”, e

soprattutto, che non rientra nei suoi compiti decretare da quali difetti debba essere esente un embrione per poter continuare il suo sviluppo verso la vita. Esempi di persone che, nonostante le loro diversità fisiche o psicologiche, hanno avuto la loro realizzazione nella vita tornano, in questo caso, rapidi alla mente. Un bambino non ha bisogno di essere perfetto per condurre una vita meritevole ...

La “santità” di ogni singolo individuo è il presupposto fondamentale di ogni causa quale quella in questione. Qualsiasi considerazione eugenetica non rileva. “*Non stiamo trattando*”, cito testualmente, il “*prezzo di un allevamento di bovini*”<sup>187</sup>.

A seguito del caso *Gleitman* le richieste di risarcimento per *wrongful life* furono rigettate in più di venti stati, dall’Alabama alla Georgia, al Massachusetts al Texas<sup>188</sup>.

---

<sup>187</sup> ..” a court cannot say what defects should prevent an embryo from being allowed life such that denial of the opportunity to terminate the existence of a defective child in embryo can support a cause for action. Examples of famous persons who have had great achievement despite physical defects come readily to mind, and many of us can think of examples close to home. A child need not be perfect to have a worthwhile life ... The sanctity of a single human life is the decisive factor in this suit in tort. Eugenic consideration are not controlling. We are not talking here about the breeding of prize cuttle.”, dalla sentenza già citata, 693-694.

<sup>188</sup> *Elliot v. Brown*, 361 So. 2d 546, 548, (Ala. 1978); *Pizano v. Mart*, 790 P.2d 735, 740-41, (Ariz. 1990); *Linger v. Eisenbaum*, 764 P.2d 1202, 1210-11, (Col. 1988); *Garrison v. Med. Ctr. Of Del. Inc.*, 581 A.2d 288, 293-94, (Del. 1990); *Kush v. Lloyd*, 616 So. 2d 415, 423, (Fla. 1992); *Spires v. Kim*, 416 S.E.2d 780, 781-82, (Ga. Ct. App. 1992); *Siemieniec v. Lutheran Gen. Hosp.*, 512 N.E.2d 691, 702 (Ill. 1987); *Bruggeman v. Schimke*, 718 P.2d 635, 642 (Kan. 1986); *Grubbs v. Barbourville Family Health Ctr., P.S.C.*, 120 S.W.3d 682, 689-90, (Ky. 2003); *Pitre v. Opelousas Gen. Hosp.*, 517 So.2d 1019, 1024-25, (La. Ct. App., 1987); *Kassama v. Margat*, 792 A.2d 1102, 1123 (Md. 2002); *Viccaro v. Milunsky*, 551 N.E.2d 8, 12-13, (Mass. 1990); *Greco v. United States*, 893 P.2d 345, 347-48, (Nev. 1995); *Smith v. Cote*, 513 A.2d 341, 353-55, (N.H. 1986); *Azzolino v. Dingfelder*, 337 S.E.2d 528, 523-33, (N.C. 1985); *Hester v. Dwivedi*, 733 N.E.2d 1161, 1160-68, (Ohio 2000); *Willis v. Wu*, 607 S.E.2d 63, 71, (S.C. 2004); *Nelson v. Krusern*, 678 S.W.2d 918, 924-25, (Tex. 1984); *Glascoock v. Laserna*, 30 Va. Cir. 366, 369, (Va. Cir. Ct. 1993); *James v. Caserta*, 332 S.E.2d 872, 879-81, (W.Va. 1985); *Bloch v. St. Michael’s Hosp.*, 233 N.W.2d 372, 375-76, (Wis. 1975) tutti riportati in PERRY, *It’s a wonderful life*, in *Cornell law review*, vol. 93:329, 2008, 336 ss.

Dieci anni dopo o poco più, Corte d'Appello di New York, caso *Becker v. Swartz*<sup>189</sup>.

Premesso che le azioni da nascita indesiderata ancora si celano dietro un'ombra orwelliana, ogni possibile soluzione deve essere letta alla luce dei principi di *public policy*. Il rigetto della domanda proposta dal figlio si basa per prima cosa sull'assenza di un corrispondente diritto a nascere “*as a whole, functional human being*”, e conseguentemente, sull'impossibilità di paragonare la vita e il nulla, problema che invero sarebbe meglio lasciar risolvere ai filosofi e ai teologi.<sup>190</sup> Ma se tale impostazione rimane conforme alla precedente soluzione, in tema di *wrongful birth*, seppur con eguali difficoltà, la Corte si distacca dalla pronuncia originaria. Conclude che una tale azione può essere riconosciuta, perché nessuno sforzo straordinario, ai fini compensatori, viene richiesto nell'accertamento delle spese relative alla cura e al sostentamento del bambino. Il computo dei danni morali resta, invece, un problema a parte. La difficoltà e l'angoscia che solo l'essere genitori di un bambino diverso, di un bambino disabile, ci rendono capaci di capire sono un dato certo; ma è pur vero che la condizione

---

<sup>189</sup> 386 N.E.2d 807, N.Y., 1978, caso simile al precedente: una donna cita in giudizio il medico per non averla informata circa i rischi legati al portare a termine una gravidanza in età avanzata, e quindi nel non averle consigliato un'amniocentesi. Alla fine dei nove mesi nasce un bambino affetto da sindrome di Down. I genitori presentano azione di *wrongful birth* e il bambino quella di *wrongful life*.

<sup>190</sup> Riporto un passaggio della sentenza citata che più volte è stato ripreso dai giudici nei casi di *Wrongful Life* che hanno fatto seguito a questo: “*whether it is better never to have been born at all than to have been born with even gross deficiencies is a mystery more properly to be left to the philosophers and the theologians. Surely the law can assert no competence to resolve the issue, particularly in view of the very nearly uniform high value which the law and mankind has placed on human life, rather than its absence.*”, *sent. Cit.*, 810.

di genitori ci rende pieni anche di quell'amore supremo che nemmeno un'*anormalità* può smorzare. Fino a quando sarà necessaria un'equa compensazione di "costi e benefici", il calcolo dei danni morali risulterà talmente speculativo da ritenere più giusto lasciarlo al giudizio del legislatore, anziché dei giudici.

Ma pochi mesi dopo arriva una soluzione inaspettatamente innovativa. E' il 1982<sup>191</sup>, quando la Suprema Corte della California, trovandosi a decidere su un caso riguardante un bambino affetto da sordità ereditaria, per la prima volta, ammette l'esistenza del diritto del bambino di chiedere il risarcimento a causa della sua stessa nascita. Nella medesima decisione, però, limita la reintegrazione ai soli *special damages*. Questo implica che il bambino può richiedere i soli danni oggettivamente economici, senza poter avanzare pretese per quanto riguardava quelli soggettivamente generici, quali *pain and suffering*, ovvero richieste economiche che compensino quella condizione di svantaggio che l'handicap comporterà per l'intera durata della sua esistenza.

Questa decisione si basa, invero, su di un'altra del 1980 (*Curlender v. Bio-Science Laboratories*<sup>192</sup>), della quale riporto uno dei più famosi passaggi: "*The circumstance that the birth and injury have come hand in hand has caused other courts to deal with the problem by barring*

---

<sup>191</sup> *Turpin v. Sortini*, 643 P.2d 954, 966, (Cal. 1982), PERRY, *It's a wonderful life*, in *Cornell law review*, vol. 93:329, 2008, 340 ss. Questo caso presenta il problema dell'ammissibilità al risarcimento da parte di un bambino nato con una malformazione ereditaria, nei confronti del medico, colpevole di non aver rilevato e dunque informato i genitori della presenza di tale anomalia.

<sup>192</sup> *Curlender v. Bio-Science Laboratories* (1980) 106 Cal. App.3d 811, Cal. App., LEXIS 1919; 165 Cal. Rptr. 477.

*recovery. The reality of the wrongful life concept is that such a plaintiff both exists and suffers, due to the negligence of others. It is neither necessary nor just to retreat into meditation on the mysteries of life. We need not be concerned with the fact that had defendants not been negligent, the plaintiff might not have come into existence at all. The certainty of genetic impairment is no longer a mystery. In addition, a reverent appreciation of life compels recognition that plaintiff, however impaired she may be, has come into existence as a living person with certain rights”.* Una decisione, questa, rimasta minoritaria in cui i giudici, nel riconoscere il diritto del bambino ad agire in giudizio per ottenere il risarcimento della propria «vita sbagliata», hanno in qualche modo segnato gli orizzonti del diritto di non esistere. “*Se emergesse un caso in cui, malgrado la dovuta e corretta informazione del medico i genitori scegliessero consapevolmente di continuare la gravidanza, con la piena consapevolezza che il nascituro avrà gravi malformazioni, tale scelta consapevole dovrebbe costituire l’atto più prossimo all’evento che preclude qualsiasi responsabilità che non sia quella della scelta stessa. In tali circostanze non vediamo alcuna valida giustificazione sociale, la c.d. public policy, che protegga questi genitori dal rispondere delle pene, delle sofferenze e della miseria che hanno posto sul futuro del loro figlio”.* Queste parole rimandano ad una sorta di “*aborto obbligatorio*”, il cui esercizio rispecchia il diritto di non nascere, commisurando chiaramente la vita sul modello della «*commodity*», di uno

standard di qualità e intensità variabile secondo i parametri di un'esistenza completa e funzionale<sup>193</sup>. Ma la vita e la non vita sono la stessa cosa? E' il problema che avvertono i giudici. Non lo avvertono perché hanno deciso di dedicarsi alla filosofia, ma perché si trovano a dover quantificare il danno per *wrongful birth*, cercando di dare un valore monetario al rapporto tra *nothing of death or nothingness*, cioè, tra *non-morte* e il nulla<sup>194</sup>.

A ben guardare non si deve valutare il valore del nulla, ma il valore della *scelta* del nulla. Se esistere e non esistere stanno sullo stesso piano e il diritto alla vita si esprime anche attraverso la decisione di volere la morte, è questa scelta a dover essere tutelata in quanto tale, quali che siano i suoi esiti. Per arrivare a questa soluzione è necessario compiere il passaggio decisivo che porta all'assoluta equivalenza tra la vita e la morte. Un passaggio che la nostra cultura giuridica non stenta a compiere nei fatti, ma esita ancora a teorizzare: come dimostra la sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, caso *Pretty*, in cui si afferma con estrema lucidità che il diritto alla morte non è un corollario, ma l'antitesi del diritto alla vita e che l'art. 2 della Convenzione europea “*non può, senza distorsione di linguaggio, essere interpretato nel senso che conferisce un diritto diametralmente opposto, vale a dire un diritto di morire; non può nemmeno far nascere un diritto all'autodeterminazione nel senso che darebbe ad ogni*

---

<sup>193</sup> Così AMATO, *Il diritto alla vita e il potere sulla vita*, in *Persona y derecho*, 60, 2009, 178.

<sup>194</sup> Lo afferma il giudice Weintraub, nell'assenting opinion della decisione *Gleitman v. Cosgrove* (1967) 277 A.2d, p. 711

*individuo il diritto di scegliere la morte piuttosto che la vita*<sup>195</sup>.” Se si perde il senso della vita, è difficile pensare che anche il senso della libertà non subisca profonde alterazioni ed è difficile non nutrire almeno il dubbio dei limiti in cui la libertà possa essere continuamente e sistematicamente collocata entro una zona indistinta, indifferentemente sospesa tra l’esistenza e la non esistenza. Tralasciando i rari ed isolati casi in cui tali azioni vengono ammesse, vediamo nello specifico quali sono i motivi che impediscono il loro accoglimento. Due sono le principale cause di ostacolo: in primo luogo la contrarietà ad un principio di *public policy*, la già citata “*sancity of human life*”. In secondo luogo si contesta la possibilità concreta di ricostruire un danno che includa la comparazione tra l’esistere e il non-esistere. Essendo quest’ultima la stessa motivazione richiamata nelle pronunce favorevoli per limitare l’accoglimento della richiesta risarcitoria ai soli *special damages* (escludendo quindi i *general damages*), è sull’altra questione che si fonda l’eventuale proponibilità di queste domande. La sensazione di predominanza della “cause ideologica” (*sancity of human life*) trova peraltro riscontro nelle parole delle Corti che riconoscono che, pur nella possibilità di quantificare il danno, la “*preciousness of human life*” costituirebbe in ogni caso un ostacolo insormontabile<sup>196</sup>. Il richiamo alla public policy riporta all’unitarietà che s’intende stabilire a tutela del valore della vita. Si può ritenere che il nodo della questione vada

---

<sup>195</sup> Corte europea dei diritti dell’uomo, Sentenza 29 aprile 2002, *Pretty v. Regno Unito* (ricorso n. 2346/02), in *Riv. intern. dir. uomo*, 2002, § 36.

<sup>196</sup> *Gletiman v. Cosgrove*, 227 A.2d 689, N. J., 1967, cit. in TEFF, *op. cit.*

riportato in ultima analisi a quelli che abbiamo indicato come “compromessi culturali” (quali l’interruzione di gravidanza, la sterilizzazione a scopo contraccettivo o, in alcuni ordinamenti l’eutanasia). L’alto grado di conflittualità che caratterizza tali opzioni difficilmente si emancipa dai valori culturali, religiosi e morali che le determinano. E’ difficile riuscire a identificare una linea di pensiero comune. Se lo svolgimento delle argomentazioni giurisprudenziali deve assumere a punto di partenza posizioni compromissorie, si comprende come l’individuazione di alcuni dei diritti che ne scaturiscono possano a volte configurarsi come posizioni deteriori, il cui grado di tutela non può che essere secondario rispetto ai valori operato in sede legislativa<sup>197</sup>. La conoscenza delle azioni di *wrongful birth e wrongful life*, non risponde ad un fondamentale quesito: la legge, dovrebbe dar loro espresso riconoscimento? Per quanto una risposta sia auspicabile, la legge non offre una soluzione per ogni problema o un risarcimento per ogni torto. I principi di *public policy* guidano la legge e ne costituiscono la spina dorsale. Nel caso di *wrongful birth and life actions*, ogni azione richiede una valutazione, implicita o esplicita, della desiderabilità della vita disabile, che non può basarsi solo sul riconoscimento del fatto che il problema della disabilità va ben oltre la mera identificazione del “difetto”, ma dovrebbe bensì comprendere tanto il pregiudizio quanto la paura della discriminazione da parte di chi disabile non è. Nell’assenza di una tale comprensione, tali azioni

---

<sup>197</sup> PICIOCCHI, *Il diritto a non nascere: verso il riconoscimento delle wrongful life actions nel diritto francese?*, in *Dir. Pubbl. Comp. europ.*, 2001, II, 677 ss.

inevitabilmente rinforzano la già precaria relazione dei portatori di handicap nella società e indeboliscono i legami con la famiglia e la comunità. Fino a quando ai non disabili sarà data facoltà di giudicare se, nella prospettiva di una “*reasonable person*”, la vita disabile sia o meno peggiore della *non-vita*, l’identità e l’autostima di chi è affetto da handicap saranno notevolmente diminuite. Se a testimonianza della volontà del bambino continueremo a ritenere applicabile la scelta materna di preferire l’aborto alla vita del figlio, il costo stesso dell’aiuto sarà semplicemente troppo elevato. Quanto conquistato dalle battaglie dei movimenti per la difesa dei diritti dei disabili non deve essere messo a rischio dalle richieste di risarcimento individuale.

Le azioni di *wrongful life and birth* hanno bisogno che il legislatore tracci quelle linee necessarie a differenziare le varie tipologie di danni, che rinforzi le diverse categorie mediche di disabilità e che crei delle profonde differenziazioni tra loro stessi e le loro sfortunate diversità. L’oggetto di tali liti non deve essere quello di mettere in luce il potenziale arricchimento, ma, al contrario, la severità con cui si applica il risarcimento così da massimizzarlo. È solo vedendo le *wrongful life and birth actions* come una minaccia reale e collettiva che le persone affette da menomazioni, disabilità o handicap sono costrette ad affrontare, che il *tort law* può concretamente

evitare la circolazione di messaggi così inquietanti e allarmanti<sup>198</sup>.

---

<sup>198</sup> JANKOWSKI, *Wrongful Birth and Wrongful Life Actions arising from negligent genetic counseling: the need for legislation supporting reproductive choice*, in *Fordham Urban Law Journal*, 17, 1, 1989, 1-62.

## CONCLUSIONI

..e tornammo a riveder le stelle ! O forse no? La questione della *wrongful life*, lungi dall'esser risolta, rimane ancora contornata di sfumature critiche e contrastanti. Il cammino è stato, e continua ad essere lungo e tortuoso. I casi giurisprudenziali che si sono susseguiti nel corso del tempo non sempre sono stati coerenti l'un con l'altro, ma, anzi, hanno spesso dato adito ad accesi dibattiti. Nel panorama giuridico italiano, ma non solo, non possiamo affermare di essere giunti ad una certezza assoluta in una materia così volubile ed in continuo *divenire*. Ma torniamo indietro, brevemente, per capire il perché.

Con il rapido incedere della scienza e della tecnica legate alla biomedicina, si è allargato anche lo spettro delle procedure che permettono la conoscenza in fase prenatale della caratteristiche genetiche del nascituro. Tale ampliamento ha portato con sé una potenziale moltiplicazione di errori di carattere diagnostico e informativo di vario genere<sup>199</sup>. I falsi negativi, *in primis*, ovvero casi di esito negativo della diagnosi effettuata dal

---

<sup>199</sup> IANNONE, *Danni risarcibili per omessa o tardiva diagnosi di malformazioni fetali*, in *Lex et Jus.net*, 24 luglio 2011; PENASA, «*Tanto tuonò che piovve: li illegittimità parziale delle linee guida e la questione di costituzionalità della l. n. 40/2004 in materia di procreazione medicalmente assistita*», in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, 489 ss.; VIPIANA, *Orientamenti giurisprudenziali in tema di procreazione medicalmente assistita, prima e dopo la legge n. 40/2004*, in *Fam. dir.*, 2007, 87 ss.

medico cui però seguono delle patologie, sono stati quelli che maggiormente hanno destato attenzione. Ma dal momento che i medici non sono i depositari di una verità assoluta sulle patologie che affliggono tutti gli esseri viventi, non sempre possono ritenersi responsabili verso il paziente. Il fulcro delle questioni concerne, appunto, la diagnosi prenatale. La semplicità del ragionamento lo rende a tratti cinico. Una donna incinta si sottopone ad un esame per accertare le condizioni di salute del feto che porta in grembo. Le motivazioni che risiedono dietro tale azione possono essere differenti: dal semplice controllo, alla prevenzione di eventuali malattie genetiche trasmissibili, ai rischi legati al contagio con alcune patologie che possono avere effetti negativi se contratte in gravidanza. Ma ciò che rileva è il fatto che la risposta data all'esito di questi esami risulta negativa. Quindi? Niente contagio, nessun rischio, la gravidanza prosegue e viene portata a termine, senza la consapevolezza di dare alla luce un bambino marchiato dei sintomi e delle conseguenze di un'analisi totalmente errata.

La formale garanzia dello Stato alla tutela della vita umana fin dal suo inizio è stata interpretata come un implicito riconoscimento del valore giuridico della vita prenatale ed ha contribuito, in maniera determinante, all'evoluzione del cammino giurisprudenziale verso il definitivo accoglimento della azioni di risarcimento promosse dai genitori a nome del figlio per i danni subiti nella fase intrauterina a causa del comportamento illecito di altri

soggetti<sup>200</sup>. Le ipotesi più frequenti e maggiormente controverse di danni al nascituro rientrano, senza dubbio, nell'area della responsabilità medica: molto spesso, infatti, alla base dell'handicap psico-fisico di cui risulti affetto il nato vi sono gli errori di coloro che hanno tenuto in cura la donna nella fase del concepimento, della gestazione o del parto. A tal riguardo, bisogna innanzitutto considerare che i progressi compiuti in campo medico hanno permesso di svelare la maggior parte dei misteri legati alla formazione e gestazione dell'essere umano prima ancora del suo distacco dal corpo materno. In sostanza, la possibilità di raffigurare il feto in utero ha conferito a questi una sua individualità distinta da quella della madre, che ha portato a riconoscere il nascituro come "soggetto meritevole di tutela" prima ancora che l'evento nascita lo connoti a tutti gli effetti come persona in senso giuridico<sup>201</sup>. Se da un lato si riconosce il diritto del nascituro a nascere *sano* in virtù degli artt. 2 e 32 Cost., precisando che tale diritto non è limitato alle attività che si esplicano dopo la nascita od a questa condizionate, ma che deve ritenersi esteso anche al dovere di assicurare le condizioni favorevoli per l'integrità del nascituro nel periodo che la precedono<sup>202</sup>; bisogna comunque considerare che, nei casi in cui la menomazione

---

<sup>200</sup> Alla base di tale soluzione positiva vi è la convinzione che sebbene la legge 194 non contenga la proclamazione di alcun diritto assoluto ed inviolabile del concepito a nascere, risulta comunque "difficile negare che arrecare un danno al nascituro sia un atto *contra ius*" del quale occorre rispondere in giudizio non solo nei confronti dei genitori, ma anche in quelli del diretto danneggiato. Sul tema, Trib. Verona, 15 ottobre 1990, in *Resp. civ. e prev.*, 1990, II, 1039, con nota di NAVARRETTA, *Il diritto a nascere sano e la responsabilità del medico*.

<sup>201</sup> ZATTI, *La tutela della vita prenatale: i limiti al diritto*, in *Nuova giur. comm.*, 2001, II, 109 ss.

<sup>202</sup> Cass., III sez., 11 maggio 2009, n. 10741, in *Resp. civ.*, 2009, con commento di SIANO, *Medical malpractice e tutela del nascituro*, 814 ss.

sia stata direttamente causata dalla colpa medica, l'evento dannoso si palesa nel momento della nascita, la quale, determinando l'acquisto della capacità giuridica, pone il soggetto sullo stesso piano di qualsiasi altro paziente. Si ha però la netta sensazione che non sia il riscontro di un preciso errore professionale a rendere la nascita indesiderata l'equivalente di una danno risarcibile, quanto la stessa presenza dell'handicap a "provare" l'esistenza di una condotta colposa. A queste condizioni l'accoglimento della domanda diviene quasi automatico, Ma se nessun dubbio si muove circa il risarcimento dei soggetti interessati, non sembra corretto prescindere totalmente dalla regola del rapporto causale tra condotta colposa e danno <sup>203</sup> . Operando un'opportuna distinzione tra malformazioni di origine medica e malformazioni di origine genetica ne consegue che nel primo caso la responsabilità medica consiste nello stesso fatto di aver provocato l'handicap ad un bambino che diversamente sarebbe nato sano; mentre nel secondo, invece, l'unico tipo di colpa professionale ascrivibile al medico è – allo stato attuale della scienza – il non aver diligentemente diagnosticato l'handicap nella fase intrauterina ai fini della praticabilità, nei limiti consentiti dalla l. n. 194/1978, del c.d. aborto terapeutico. Quindi, danno da procreazione il primo, danno da vita indesiderata il secondo.

Quest'ultimo ha rappresentato il centro degli ampi dibattiti dottrinali e giurisprudenziali (non solo in Italia, ma soprattutto nei paesi di *common law*, cui si deve il conio

---

<sup>203</sup> Vedi Cass., S.U. 11 gennaio 2008, n. 576, in *Foro it.*, 2008, I, 453 ss., nonché Cass., 16 ottobre 2007, n. 21619, in *Danno e resp.*, 2008, 46.

della terminologia, ormai in uso anche da noi, delle *wrongful life and birth actions*, e in Francia, il cui famoso caso *Perruche* è stato dibattuto e commentato anche dai nostri giudici e così anche in altri ordinamenti<sup>204</sup>), fino a giungere alla conclusione che la soluzione di far ricadere il peso dell'handicap sul medico, anche quando questi non l'abbia direttamente provocato, non appare adeguatamente supportata né dai principi generali in materia di responsabilità, né dall'affermazione del diritto del nascituro a nascere sano, che come messo bene in evidenza dalla nostra S.C., *“può essere interpretato unicamente in termini positivi, ovvero nel senso che nessuno può provocare direttamente al nascituro lesioni o malattie, e mai in termini negativi perché in tal modo si arriverebbe a riconoscere in capo al concepito un diritto di non esistere, la cui teorizzazione non trova alcuna base logico-giuridica”*<sup>205</sup>. Risulta infatti impossibile giustificare la sussistenza di un diritto “adespota”, cioè mancante del soggetto titolare e di cui non si potrebbe mai godere perché il suo inverarsi sarebbe contestuale alla sua stessa violazione. Senza considerare che il riconoscimento di tale diritto giustificerebbe l'ammissione anche nei confronti degli stessi genitori “rei” di aver concepito e poi fatto nascere un figlio che, per paradosso, si riterrebbe leso

---

<sup>204</sup> Per gli aspetti comparatistica si rinvia a AA.VV, *Un bambino non voluto è un danno risarcibile?*, a cura di d'ANGELO, *L'alambicco del comparatista*, Giuffrè, Milano, 1999

<sup>205</sup> Cass., 29 luglio 2004, n. 14488, in *Famiglia e dir.*, 2004, 559, con nota di FACCI, *Wrongful life: a chi spetta il risarcimento del danno?*; in *Danno e resp.*, 2004, 379, con nota di FEOLA, *Essere o non essere: la Corte di Cassazione e il danno prenatale*; in *Corr. Giur.*, 2004, 1431, con nota di LISERRE, *Mancata interruzione della gravidanza e danno risarcibile*.

dallo stesso bene della vita<sup>206</sup>. Andando oltre, ciò comporterebbe di rigore la necessità di stabilire una “soglia del dolore” oltre la quale la vita possa essere legittimamente ritenuta un danno e, di conseguenza, elaborare uno schema di patologie rispetto alle quali una simile doglianza sarebbe ammissibile e quelle per le quali non sia invece lecito avanzare alcuna pretesa in giudizio. L’evidente retorica di queste valutazioni mette ancor più in risalto il principio incontrovertibile che la vita, bene supremo su cui si fonda l’intero ordinamento, non può mai costituire di per sé stessa un’ipotesi di danno risarcibile.

Diritto a nascere sano, sì, diritto a non nascere, dunque no. Questa precaria impostazione della Corte è crollata inspiegabilmente nei tempi più recenti, a dimostrazione dell’incertezza e della difficoltà di trovare una linea comune. In un ambito, quale quello del diritto alla vita, dove si incontrano e scontrano interessi e posizioni che per natura non dovrebbero mai entrare in collisione; nel quale vengono alla luce tematiche etiche e morali, ancor più che giuridiche, per cui qualsiasi persona, se interrogata, non avrebbe la certezza di rispondere con mere affermazioni o negazioni; in questo campo, appunto, il giudice delle leggi ha fatto marcia indietro ed è arrivato ad affermare, negando quanto fino a quel momento dichiarato, l’esistenza del diritto a non nascere se non sani<sup>207</sup>.

---

<sup>206</sup> Trib Piacenza, 31 luglio 1950, in *Foro it.*, 1951, I, 987 ss, con nota di ELIA, *Responsabilità del genitore verso il figlio ereditario*.

<sup>207</sup> Cass., 3 maggio 2011, n.9700, in Guida al dir., 22, 2011, 48, dove la Suprema Corte nell’affermare il già riconosciuto diritto del soggetto nato dopo la morte del padre naturale per fatto colposo di terzi, di chiedere il risarcimento per la perdita del relativo rapporto e per i pregiudizi non

Perché? Perché forse, inconsciamente, siamo tutti portati ad ammetterne l'esistenza. Perché realmente ci rendiamo conto che se già una vita "normale" presenta notevoli difficoltà, quella gravata dall'handicap molto probabilmente sarà ancora più ricca di ostacoli. Non è egoismo, non è risolvere il problema alla radice. E' ciò che la nostra morale ci richiede per sopravvivere in un mondo difficile. Ma la ragione ci riporta alla realtà. Per le stesse motivazioni cui sopra accennavo tale diritto a non nascere viene negato; non possiamo far sì che questo diventi una realtà giuridica. Impossibile, irrealizzabile, quasi inconcepibile. Non si sceglie di nascere sani. Non si sceglie di nascere disabili.

Quale, forse solo momentanea, chiusura di un così ampio e remoto dibattito, la Cassazione si è espressa un'ultima volta, il 2 ottobre 2012, con la sentenza n. 16754.

Il Giudice di legittimità conclude attribuendo al neonato un pieno e autonomo diritto al risarcimento, anche allorquando le condotte (attive od omissive) e l'evento (malformazione del feto, morte del genitore) si siano consumate integralmente in un momento antecedente rispetto alla sua nascita. L'aspetto innovativo di tale pronuncia si individua nell'attribuzione, al neonato, di un autonomo diritto risarcitorio per la mancata diagnosi dell'handicap di cui egli era portatore sin dal momento del

---

patrimoniali o patrimoniali derivati, riconosce anche il "diritto a non nascere se non sani".

proprio concepimento, e che si manifesta compiutamente solo al momento della nascita<sup>208</sup>.

Con le parole stesse della Corte concludo, quindi, questo difficile viaggio nell'intricato mondo della azioni da nascita indesiderata.

*“Va riconosciuto al neonato/soggetto di diritto/giuridicamente capace (art. 1 c.c.) il diritto a chiedere il risarcimento dal momento in cui è nato. In caso di cd. nascita indesiderata, la domanda risarcitoria avanzata personalmente dal bambino malformato trova il suo fondamento negli artt. 2, 3, 29, 30 e 32 della Costituzione. Il vulnus lamentato da parte del minore malformato, difatti, non è la malformazione in sé considerata - non è, in altri termini, l'infermità intesa in senso naturalistico (o secondo i dettami della scienza medica), bensì lo stato funzionale di infermità, la condizione evolutiva della vita handicappata intese come proiezione dinamica dell'esistenza che non è semplice somma algebrica della vita e dell'handicap, ma sintesi di vita ed handicap, sintesi generatrice di una vita handicappata. Non è a discorrersi, pertanto, di non meritevolezza di una vita handicappata, ma di una vita che merita di essere vissuta meno disagiata, attribuendo direttamente al soggetto, che di tale condizione di disagio è personalmente portatore, il dovuto importo risarcitorio,*

---

<sup>208</sup> In sintesi: la futura madre si era rivolta al ginecologo per effettuare gli accertamenti necessari ad escludere malformazioni al feto, in presenza delle quali avrebbe sicuramente scelto di abortire. L'esame del Tristest, consigliato dal medico, il quale aveva omesso di prescrivere esami più specifici, aveva dato esito negativo, ma nel settembre 1996 la piccola Maria nasce affetta da sindrome di Down. I genitori propongono domanda di risarcimento in nome proprio e in rappresentanza della figlia, in [www.personaedanno.it](http://www.personaedanno.it)

*senza mediazioni di terzi, quand'anche fossero i genitori, ipoteticamente liberi di utilizzare il risarcimento a loro riconosciuto ai più disparati fini. Conseguentemente, risulta innegabile come l'esercizio del diritto al risarcimento da parte del minore in proprio non sia in alcun modo riconducibile ad un impersonale "non nascere", ma si riconnetta, personalmente e soggettivamente, a quella singola, puntuale e irripetibile vicenda umana che riguarda quel determinato (e altrettanto irripetibile) soggetto che, invocando un risarcimento, fa istanza al giudice di piena attuazione del dettato costituzionale dinanzi evocato, onde essere messo in condizione di poter vivere meno disagiamente, anelando ad una meno incompleta realizzazione dei suoi diritti di individuo singolo e di parte sociale scolpiti nell'art. 2 della Costituzione"*<sup>209</sup>.

---

<sup>209</sup> Cass. Civ., sez. III, 2 ottobre 2012 n. 16754, in [http://www.altalex.com/index.php?idnot=19428] , con commento di CHINDEMI, *Medico che sbaglia deve risarcire anche il bambino nato malformato e i fratelli*.



## BIBLIOGRAFIA

ALPA, *I sentimenti e il diritto*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 1995, 356;

ALPA, *Wrongful life: soluzioni controverse*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2006, 65;

AMATO, *Il diritto alla vita e il potere sulla vita*, in *Persona y derecho*, 2009, 169;

ANNUNZIATA, *Il diritto ad una procreazione responsabile tra libertà e limiti*, in [<http://www.lwxetjus.net/2011/07/il-diritto-ad-una-procreazione-responsabile-tra-liberta-e-limiti-di-avv-a-giuseppe-annunziata>], 24 luglio 2011;

BADESCHI, *“Il concepito e i suoi diritti. Punto esclamativo o punto interrogativo...”*, in [[http://www.personaedanno.it/index.php?option=com\\_content&view=article&id=36373&catid=151](http://www.personaedanno.it/index.php?option=com_content&view=article&id=36373&catid=151) ], 7 ottobre 2011;

BALLARINI, *La Cassazione riconosce la soggettività giuridica del concepito: indagine sui precedenti dottrinali per una lettura «integrata» dell’art. 1 c.c.*, in *Diritto di famiglia*, 2009, 1180;

BELLIVER, *Chronologie du contentieux relative à la naissance d’un enfant handicapé*, in *Du droit de ne pas naître, Revue général de droit médical*, 2000, Les études hospitalières edition, Bordeaux, 2000, 67;

BELLOCCI, PASSAGLIA, *La dignità dell’uomo quale principio costituzionale*, in *Quaderno predisposto in occasione dell’incontro trilaterale delle Corti italiana, spagnola e portoghese*, Roma, 2007;

BELTRAME, *«Wrongful birth» – Il danno da nascita indesiderata nella giurisprudenza italiana*, in *Studium iuris*, 2010, 1089;

BERENSON, *The wrongful life claim – the legal dilemma of existence versus nonexistence: “to be or not to be”*, in *Tulane law review*, 1990, 895;

BERTI, *L’opzione tra “non nascere” e “venire al mondo sani” può aprire un dibattito che travalica i limiti giuridici*, in *Guida al diritto*, 2011, 102;

BILÓ, *Il danno nella procreazione: nascite mancate e indesiderate*, SETA (a cura di), *La responsabilità nelle relazioni familiari*, Utet, Torino, 2008;

BITETTO, *“Wrongful birth”: i diritti dei genitori e assistenza tempestiva al figlio disabile*, in *Danno e responsabilità*, 2005, 179;

BITETTO, *Fecondazione assistita, malformazioni fetali e ristoro del «bebé préjudice»*, in *Il foro italiano*, 2010, 141;

BOETHIUS, *De consolatione philosophiae*, volumi I e VI, trad. MARESCHINI, collana I classici del pensiero, Utet, 2006;

BREGANTE, *Dignità del bambino e diritto alla pianificazione familiare negli Usa*, in D’ANGELO (a cura di), *Un bambino non voluto è un danno risarcibile?*, Giuffré, Milano, 1999, 179;

BUSNELLI, *Il diritto alla salute: un’esperienza italiana; un modello per l’Europa?*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2000, 858;

BUSNELLI, *L’inizio della vita umana*, in *Rivista critica di diritto privato*, 2004, 533;

BUSNELLI, *Lo statuto del concepito*, in *Democrazia e diritto*, 1988, 216;

BUSNELLI, *Postilla*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2001, 215;

CACACE, *«Perruche et alii: un bambino e i suoi danni»*, in *Danno e responsabilità*, 2005, 197;

CACACE, *Loi Kouchner: problemi di underterrence e undercompensation*, in *Danno e responsabilità*, 2003, 435;

CAGGIA, *Procreazione assistita, realizzazione esistenziale dei soggetti e funzione del diritto (brevi riflessioni su alcuni problemi di costituzionalità della l. 19 febbraio 2004, n. 40)*, in *La giurisprudenza italiana*, 2004, 2093;

CAMPIGLIO, *Il divieto di fecondazione eterologa all'esame della Corte europea dei diritti umani*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, vol. 4, 2010;

CAPOBIANCO, *Nascituro e responsabilità civile*, in *Rassegna di diritto civile*, 1997, 65;

CARASSALE, *Nascita indesiderata e danni risarcibili*, in *Ragiusan*, 2004, 241;

CARBONE, *Un bambino che nasce minorato ha diritto al risarcimento per la nascita indesiderata?*, in *Famiglia e diritto*, 2001, 97;

CAREDDA, *Il divieto di diagnosi preimpianto: decisione interlocutoria della Corte Costituzionale*, in *Rivista giuridica sarda*, 2007, 1;

CARNELUTTI, *Postilla*, in *Il foro italiano*, 1951, 989;

CARUSI, *Fallito intervento d'interruzione di gravidanza e responsabilità medica per omessa informazione: il «danno da procreazione» nella giurisprudenza della Cassazione italiana e nelle esperienze straniere*, in *Rassegna di diritto civile*, 1996, 342;

CARUSI, *Nota a Cassazione civile, sez. III, 8 luglio 1994, n. 6464*, in *Rassegna di diritto civile*, 1996, 342;

CARUSI, *Nota a Cassazione, 22 novembre 1993, n. 11503*, in *Giurisprudenza italiana*, 1993, 550;

CASONATO, *Bioetica e pluralismo nello Stato costituzionale*, in CASONATO, PICIOCCHI (a cura di), *Biodiritto in catalogo*, Cedam, in corso di pubblicazione;

CASONATO, *Diritto, diritti ed eugenetica: prime considerazioni su un discorso giuridico altamente problematico*, in *Humanitas*, 2004, 841;

CASONATO, *Introduzione al biodiritto*, Giappichelli, Torino, 2009;

CASONATO, *Introduzione al biodiritto. La bioetica nel diritto costituzionale comparato*, Alcione, Trento, 2006;

CAVALLA, *Diritto alla vita e diritto sulla vita: sulle origini del problema dell'eutanasia*, in BAX, BERTI, CASSON, *La vita: realtà e valore. Studi in onore del Mons. Girolamo Bortignon*, Gregoriana Libreria Editore, Padova, 1990, 169;

CAVINO, *Il diritto a non nascere tra giudici e legislatore: Italia e Francia a confronto*, in [[http://www.dirittifondamentali.it/unicas/archivio/material\\_e/dottrina/cavino.pdf](http://www.dirittifondamentali.it/unicas/archivio/material_e/dottrina/cavino.pdf)], 8 maggio 2012;

CAYLA, THOMAS, *Il diritto di non nascere. A proposito del caso Perruche*, trad. COLOMBO, Giuffrè, Milano, 2004;

CHINDEMI, *Medico che sbaglia deve risarcire anche il bambino nato malformato e i fratelli*, in [<http://www.altalex.com/index.php?idnot=19428>], 9 ottobre 2012;

COLELLA, *Un'importante pronuncia della Corte europea in tema di bilanciamento tra diritti della donna e tutela del nascituro*, in *Diritto penale contemporaneo*, 10 gennaio 2011;

CONTINO, *Il diritto alla vita tra Costituzione e giurisprudenza*, in *Rivista di diritto dell'economia, dei trasporti e dell'ambiente*, 2005;

COSTANTINO, *Giù le mani dalla 194*, in [\[http://quattrocentoquattro.com/2012/06/20/giu-le-mani-dalla-194/\]](http://quattrocentoquattro.com/2012/06/20/giu-le-mani-dalla-194/), 20 giugno 2012;

COSTANZA, *Ancora sul danno esistenziale*, in *Il foro italiano*, 2004, 434;

D'AGOSTINO, *Parole di bioetica*, Giappichelli, Torino, 2004;

D'ANGELO (a cura di), *Un bambino non voluto è un danno risarcibile?*, Milano, 1999;

D'ANGELO, *Wrongful birth e wrongful life negli ordinamenti inglese ed australiano*, in *Un bambino non voluto è un danno risarcibile?*, Giuffré, Milano, 1999, 155;

D'USSEAUX, *Lo schmerzensgeld nell'ordinamento tedesco*, in D'ANGELO (a cura di), *Un bambino non voluto è un danno risarcibile?*, Giuffré, Milano, 1999, 122;

DASSIO, *Gli effetti indesiderati nel contratto dei terzi*, in ALPA, FUSARO, DASSIO, SOMMA, TORIELLO (a cura di), Milano, 2000, 94;

DASSIO, *Il principio di irrisarcibilità della nascita indesiderata nell'ordinamento francese*, in D'ANGELO (a cura di), *Un bambino non voluto è un danno risarcibile?*, Giuffré, Milano, 1999, 99;

DAYEZ, *Le mauvais droit*, in [\[http://www.lalibre.be/debats/opinions/article/10143/le-mauvais-droit.html\]](http://www.lalibre.be/debats/opinions/article/10143/le-mauvais-droit.html), 15 febbraio 2001;

DE MATTEIS, *Colpa omissiva, nesso di causalità e perdita di chances*, in *Rivista critica del diritto privato*, 1985, 315;

DE MATTEIS, *Danno biologico e patrimonialità della lesione: due sentenze a confronto*, in *Giurisprudenza italiana*, 1995, 1081;

DE MATTEIS, *Nota a Corte d'appello, Genova, 10 marzo 1997*, in *Danno e responsabilità*, 1997, 470;

DI BLASI, *I limiti della tutela del concepito tra Corte di Cassazione e Corte Costituzionale*, in [<http://www.costituzionalismo.it/articoli/164>, 25 marzo 2005];

DIEBOLT, *L'Arrêt Perruche, et ses suites (naissance d'un enfant handicapé)*, in [<http://www.sos-net.eu.org/etrangers/indexetr.htm>], 2006;

DURANTE, *Dimensioni della salute: dalla definizione dell'OMS al diritto attuale*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2001, 132;

ELIA, *Responsabilità del genitore verso il figlio ereditario?*, in *Il foro italiano*, 1951, 989;

ENGELHARDT, *Manuale di bioetica*, trad. RINI, Il saggiatore, Milano, 1999;

FACCI, *Diritti del nascituro*, in *L'osservatorio delle Corti Superiori, La responsabilità civile*, 2006, 850;

FACCI, *Wrongful life: a chi spetta il risarcimento del danno?*, in *Danno e responsabilità*, 2004, 379;

FAMELI, *Diritti del nascituro e interruzione della gravidanza in un nuovo sistema informativo elettronico realizzato dal consiglio nazionale delle ricerche*, in *Rivista italiana di medicina legale*, 2001, 1085;

FEOLA, *Essere o non essere: la Corte di Cassazione e il danno patrimoniale*, in *Danno e responsabilità*, 2005, 379;

FEOLA, *La Cassazione e il diritto del minore «a nascere sano»*, in *Danno e responsabilità*, 2010, 697;

FERRAJOLI, *Teoria del diritto. Principia juris*, vol I, *Teoria del diritto e della democrazia*, Laterza, Roma-Bari, 2007;

FERRANDO, *Nascita indesiderata, situazioni protette e danno risarcibile*, in D'ANGELO (a cura di), *Un bambino non voluto è un danno risarcibile?*, Giuffré, Milano, 1999, 209;

FILOGRANA, “*Se avessi potuto scegliere...*” *La diagnosi prenatale e il diritto all'autodereminazione*, in *Danno e responsabilità*, 1999, 522;

FOCAULT, *La nascita della biopolitica. (Corso al Collège de France. Anni 1978-1979)*, EWALD, FONTANA, SENELLART (a cura di), trad. BERTANI, ZINI, Feltrinelli, Milano, 2005;

FOCAULT, *La volontà di sapere*, trad. PASQUINO, PROCACCI, Feltrinelli, Milano, 1978;

FORNERO, *Bioetica cattolica e bioetica laica*, Mondadori, Milano, 2009;

GALLUZZO, *Tutela dell'embrione*, in *L'osservatorio comunitario, Famiglia, persone e successioni*, 2007, 667;

GENTILE, *Intelligenza politica e ragion di stato*, Giuffré, Milano, 1983;

GIACOBBE, *Wrongful life e problematiche connesse*, in *La giustizia civile*, 2005, 148;

GORGONI, *Il diritto alla diagnosi preimpianto dell'embrione*, in *Famiglia, persone e successioni*, 2008, 603;

GORGONI, *Nascituro e responsabilità sanitaria*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2009, 2074;

GORLA, *Sulla c.d. causalità giuridica: «fatto dannoso e conseguenze»*, in *Rivista di diritto commerciale e delle obbligazioni*, 1951, 405;

HEIDEGGER, *Sentieri interrotti*, trad. CHIODI, La nuova Italia, Firenze, 1999, [cit.] 93;

HENSEL, *The disabling impact of wrongful birth and life actions*, in *Harv. civ. rights – civ. lib. law rev.*, 2005, 151;

IANNONE, *Danni risarcibili per omessa o tardiva diagnosi di malformazioni fetali*, in [<http://www.lexetjus.net/2011/07/danni-risarcibili-per-omessa-o-tardiva-diagnosi-di-malformazioni-fetali-di-avv-roberto-iannone/>], 24 luglio 2011;

JANKOWSKI, *Wrongful birth and wrongful life actions arising from negligent genetic counseling: the need for legislation supporting reproductive choice*, in *Fordham urban law journal*, 1989, 1-62;

KANT, *Critica della ragion pratica*, trad. CAPRA, Laterza, Bari, 1996;

KANT, *La metafisica dei costumi*, trad. VIDARI, Laterza, Bari, 1970;

LANDINI, *Responsabilità civile dei genitori e diritto a non esistere*, in *Famiglia, persone e successioni*, 2007, 251;

LENER, *Il diritto all'aborto negato dalla Commissione europea per i diritti dell'uomo*, in *Civiltà cattolica*, 1978, 154;

LISERRE, *Ancora in tema di mancata interruzione della gravidanza e danno da procreazione*, in *Il corriere giuridico*, 2006, 169;

LISERRE, *In tema di responsabilità del medico per il danno al nascituro*, in *Il corriere giuridico*, 2010, 360;

LISERRE, *Mancata interruzione di gravidanza e danno risarcibile*, in *Il corriere giuridico*, 2004, 1431;

LIU, *Wrongful life: some of the problems*, in *Journal of medical ethics*, 1987, 63;

- LIVERANI, «*Diritto a non nascere. No, mercie!*», in [[http://www.mpv.org/mpv/s2magazine/AllegatiTools/7071/36-38Francia7.qxd\\_Layout%201.pdf](http://www.mpv.org/mpv/s2magazine/AllegatiTools/7071/36-38Francia7.qxd_Layout%201.pdf)], luglio-agosto 2010;
- LOCKE, *Saggio sull'intelletto umano*, (1690), D'AMICO (a cura di), trad. CICERO, Bompiani, Torino, 2004;
- LUBELLI, *Brevi note sul diritto a non nascere*, in *La giurisprudenza italiana*, 2006, 1927;
- MADEO, *L'inesatta informazione del medico non costituisce di per sé un illecito*, in *Guida al diritto*, 2005, 75;
- MANGIAMELI, *Autodeterminazione: diritto di spessore costituzionale?*, relazione tenuta su «*La comunità familiare e le scelte di fine vita*», 2-5 luglio 2009;
- MILL, *Saggio sulla libertà*, (1859), prefazione GIORELLO, MONDADORI, Il saggiatore, Milano, 1981;
- MOCCIA, PENSA, *I profili penalistici dell'aborto*, in [<http://www.altalex.com/index.php?idnot=39964>], 2008;
- MONATERI, «*Correct our watches by the public clocks*». *L'assenza di fondamento dell'interpretazione del diritto*, in VATTIMO, DERIDDA, BUSSANI, *Diritto, giustizia e interpretazione*, Bari, 1998, 189;
- MONATERI, «*La marque de cain*». *La vita sbagliata, la vita indesiderata, e le reazioni del comparatista al distillato dell'alambicco*, in D'ANGELO (a cura di), *Un bambino non voluto è un danno risarcibile?*, Giuffré, Milano, 1999, 285;
- MONATERI, *Le fonti delle obbligazioni, III. La responsabilità civile*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da SACCO, Torino, 1998, 296;
- NAVARRETTA, *Diritti inviolabili e risarcimento del danno*, Torino, 1996, 80;

NAVARRETTA, *Il diritto a nascere sano e la responsabilità del medico*, in *La responsabilità civile e previdenza*, 1990, 1039;

OPPO, *L'inizio della vita umana*, in *Rivista di diritto civile*, 1982, 507;

PALMERINI, «*La vita come un danno? No .., si .., dipende*», in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2005, 433;

PALMERINI, «*Procreazione assistita e diagnosi genetica: la soluzione della liceità limitata*», in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2008, 249;

PALMERINI, *Il diritto a non nascere e il rovescio della medaglia: esiste un diritto a non nascere affatto?*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2001, 210;

PALMIERI, SIMONE, *Nota a Cassazione civile, sez. III, sentenza 10 maggio 2002, n. 6735*, in *Il foro italiano*, 2002, 3115;

PALO, *Cause of action for wrongful birth or wrongful life*, in *Cause of action*, 2003, [cit.] in HENSEL, *The disabling impact of wrongful birth and life actions*, in *Harvard civil rights – civil liberties law review*, 2005, 151;

PALOMBO, *Nota a Tribunale di Palermo, 2 novembre 1995*, in *Danno e responsabilità*, 1996, 249;

PENASA, «*Tanto tuonò che piovve: l'illegittimità parziale delle linee guida e la questione di costituzionalità della l. n. 40/2004 in materia di procreazione medicalmente assistita*», in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2008, 489;

PERRY, *It's a wonderful life*, in *Cornell Law Review*, 93:329, 2008, 340;

PICIOCCHI, *Il diritto a non nascere: verso il riconoscimento delle wrongful life actions nel diritto*

francese?, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2011, 677;

PINNA, *Nascere sani o non nascere: la Cassazione nega l'esistenza di un tale diritto*, in *Contratto e impresa*, 2005, 1-49;

PONCIBÓ, *La nascita indesiderata tra Italia e Francia*, in *La giurisprudenza italiana*, 2003, 883;

POSSENTI, *Identità della persona e dibattito sull'embrione*, in [\[www.portaledibioetica.it/ricerca/possenti\]](http://www.portaledibioetica.it/ricerca/possenti), 2012;

PRINCIGALLI, *Nascere infermo o non nascere: quale tutela per il nuovo nato?*, in *Rivista critica del diritto privato*, 2009, 675;

PRINCIGALLI, *Quando la nascita non è un lieto evento*, in *Rivista critica di diritto privato*, 1984, 33;

REGGIÓ, *La vita come una danno. Alcune note in margine di una recente sentenza in tema di «diritto a non nascere»*, in ZANUSO (a cura di), *Il filo delle Parche. Opinioni comuni e valori condivisi nel dibattito biogiuridico*, Franco Angeli Editore, Milano, 2009;

RESCIGNO, *Danno da procreazione a altri scritti tra etica e diritto*, Giuffré, Milano, 2006;

RESTA, *Il principio di tutela della dignità umana nel "nuovo" diritto europeo: problemi e prospettive*, in *La disponibilità dei diritti fondamentali e i limiti della dignità, (nota a margine della Carta dei diritti)*, in [\[http://www.academia.edu/317628/La\\_Disponibilita\\_Dei\\_Diritti\\_Fondamentali\\_Ei\\_Limiti\\_Della\\_Dignita\\_Note\\_a\\_Margine\\_Della\\_Carta\\_Dei\\_Diritti\\_\]](http://www.academia.edu/317628/La_Disponibilita_Dei_Diritti_Fondamentali_Ei_Limiti_Della_Dignita_Note_a_Margine_Della_Carta_Dei_Diritti_), 2012;

ROSSETTI, *Danno da nascita indesiderata: la S.C. mette i paletti*, in *Diritto e giustizia*, 2004, 33;

RUOTOLO, *Aborto e bilanciamento tra valori: giudizio sull'ammissibilità del referendum o giudizio (anticipato) di*

*legittimità costituzionale?*, in *La giurisprudenza italiana*, 1997, 384;

SARGOS, *Rapport a Cassation*, , 17 novembre 2000, n. 13701, in *Juris-classeur périodique*, 2000, 2293;

SIANO, «*Medical malpractice*» e tutela del nascituro, in *La responsabilità civile*, 2009, 814;

SINGER, *Ripensare la vita. La vecchia morale non serve più*, trad. RINI, Il saggiatore, Milano, 2000;

SULLIVAN, *Wrongful birth and wrongful conception: a parent's need for a cause of action*, in *Journal of law and health*, 2000-2001, 15;

TARABUCCHI, *Il figlio, nato o nascituro, inaestimabilis res, e non soltanto res extra commercium*, in *Rivista di diritto civile*, 1991, 221;

TEFF, *The action for «wrongful life» in England and the United States*, in *International and comparative law quarterly*, 1985, 426;

TODESCAN, *Etiamsi daremus. Studi sinfonici sul diritto naturale*, Cedam, Padova, 2003;

VINEY, *Brèves remarques à propos d'un arrêt qui affecte l'image de la justice dans l'opinion*, in *Juris-classeur périodique*, 2001, 65;

VIOLA, *Danni da nascita indesiderata: i presupposti del risarcimento*, in *Altalex*, 12 giugno 2006;

VIOLA, *Il nascituro ha il diritto di nascere sano, ma non quello di non nascere*, in *La responsabilità civile*, 2009, 706;

VIPIANA, *Orientamenti giurisprudenziali in tema di procreazione medicalmente assistita, prima e dopo la legge n. 40/2004*, in *Famiglia e diritto*, 2007, 87;

VISINTINI, *Trattato breve della responsabilità civile*, Cedam, Padova, 1999, [cit.], 589;

VISINTINI, voce «*Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*», in *Enciclopedia giuridica Treccani*, Roma, 1991;

ZATTI, *La tutela della vita prenatale: i limiti del diritto*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2001, 149;

