

ANNUNZIATA RAPILLO (*)

STATUS DI CONCEPITO
E DIRITTO A NON NASCERE SE NON SANI (**)

Abstract: The paper is focused on the investigation on the jurisprudential evolution about the compensatory remedy in favour of the unborn child. This is one of the most fascinating *quaestiones iuris* in the Italian legal system which cannot disregard the preliminary issue, not yet petered out, about the juridical status referred to the unborn child. A significant moment in this debate is represented by the proliferation of new hypothesis of non moral damages, during the last forty years, when the “diritto a non nascere se non sano” had tried, hesitantly, to pick up space, although inhibited by the constitutional interpretation of the principles, among which the “right to life” was declined just in its positive perspective.

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Il concepito e la sua tutela. – 3. Nuove figure del danno risarcibile. – 4. Il diritto a non nascere se non sano. – 5. La rilettura del sistema. – 6. Posizione della Corte di Cassazione. – 7. Conclusioni.

1. — *Introduzione.*

La questione che riguarda il danno da nascita indesiderata rappresenta un affascinante *topic* della *tort law* nel contesto italiano: sebbene lambisca la difficile materia della responsabilità medica, continuamente oggetto di revisioni e riletture legislative e giurisprudenziali, la profonda complessità dell'argomento si cela dietro la scoperta delle nuove forme di pregiudizio risarcibili e del novero dei legittimati ad agire, dibattito quest'ultimo da sempre fervente⁽¹⁾.

(*) Università degli Studi di Salerno, Dottoranda di ricerca.

(**) La presente ricerca è frutto anche degli studi compiuti presso l'Institute for European studies, University of Malta.

(1) V., per le trattazioni specifiche in materia di filiazione, A. PALAZZO, *La filiazione*, in

Nell'ampio *genus*, infatti, della *wrongful birth/life* vanno incluse varie tipologie di lesioni che producono negativi effetti su soggetti indeterminabili *a priori* e che, in ogni caso, devono fare i conti con le classiche regole dell'illecito civile, talvolta ammorbidite dalla propensione a voler accomodare la vita di chi, nato sfortunato, soggiace ad una tutela rimediale particolarmente atteggiata.

Il danno da nascita indesiderata, invero, sintetizza al suo interno ipotesi di lesione da nascita malformata, danno da vita disagiata in seguito ad azione od omissione di un terzo⁽²⁾, danno patrimoniale per nascita indesiderata in senso stretto, come nelle ipotesi di errore nella procedura abortiva⁽³⁾, e danno da lesione dell'autodeterminazione; diverse fattispecie destinate a diversi trattamenti in relazione sia all'*an* che all'*exequetur*.

Prima facie può evincersi che il dibattito relativo alla tutela del concepito fonde al suo interno due significativi profili problematici, da un lato la posizione giuridica riconosciuta al nascituro, non ancora venuto alla luce eppure destinatario di talune disposizioni legislative; dall'altro la disciplina e l'evoluzione dell'illecito civile e dei suoi elementi che, a partire dagli anni '80 ha galvanizzato l'attenzione delle Corti Superiori intente a delineare i contorni del pregiudizio non patrimoniale⁽⁴⁾.

Tratt. Cicu-Messineo, 2^a ed., Milano, 2013, p. 104 ss., e A. SASSI, F. SCAGLIONE, S. STEFANELLI, *La filiazione e i minori*, in *Tratt. Sacco*, 2^a ed., Torino, 2018, p. 96 ss.

⁽²⁾ In tal senso merita un richiamo l'ipotesi, invero più volte affrontata dalla giurisprudenza, di perdita parentale nella fase di gestazione: si tratta dei casi di premorienza dei genitori che, benché non vadano a segnare la vita in senso stretto del figlio sono in grado di far crescere in quest'ultimo una lesione conseguente al disagio provocato dalla crescita in assenza di un genitore, cfr. P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Il danno morale al concepito, ovvero il "già e non ancora" nella responsabilità civile*, in *Corr. giur.*, 2001, p. 348.

⁽³⁾ *Ex multis*, cfr. M. BONA, *Filiazione non voluta e risarcimento del danno da bambino non voluto*, in *Danno e resp.*, 1999, p. 82; S. CACACE, *Ancora a proposito di nascite indesiderate*, *ivi*, 2003, p. 1222; A. BITETTO, *Bambino inatteso ... paga il medico consapevole della possibilità del suo arrivo!*, *ivi*, p. 403; R. SIMONE, *Danno alla persona per nascita indesiderata*, *ivi*, 2002, p. 469; G. CASSANO, *Intervento di sterilizzazione, nascite indesiderate e danni incidenti nella sfera "esistenziale"*, in *Dir. fam.*, 2001, p. 106.

⁽⁴⁾ Per la ricostruzione dell'evoluzione del danno non patrimoniale, *ex multis*, cfr. G. BONILINI, *Il danno non patrimoniale*, Milano, 1983; A. CATAUDELLA, *La tutela civile della vita privata*,

Senza volersi troppo dilungare sul fenomeno del risarcimento per danni arrecati alla madre in fase di gestazione riconducibile ad errore diagnostico del medico o anche a errato intervento abortivo, la posizione che da decenni ormai è dibattuta nel panorama del diritto civile italiano è quella del nascituro, definito oggetto di tutela dalla giurisprudenza⁽⁵⁾ ma non soggetto giuridico a tutti gli effetti, non foss'altro che per la cristallizzata presa di posizione del legislatore il quale all'art. 1 c.c. ha espressamente previsto che la capacità giuridica si acquista al momento della nascita.

Il dibattito sorto dalle ceneri della sempre-verde questione attinente all'ampiezza del danno non patrimoniale rafforza il suo vigore quando, nella seconda metà del secolo scorso in occasione della diatriba che ha coinvolto

Milano, 1972; P. CENDON, *Non di sola salute vive l'uomo*, in *Studi in Onore di Pietro Rescigno*, V, Milano, 1998; G.B. FERRI, *Oggetto del diritto della personalità e danno non patrimoniale*, in *Riv. dir. comm.*, 1984, p. 150; P. PERLINGIERI, *L'onnipresente art. 2059 c.c. e la "tipicità" del danno alla persona*, in *Rass. dir. civ.*, 2009, p. 520; ID., *L'art. 2059 c.c. uno e bino: una interpretazione che non convince*, *ivi*, 2003, p. 775; P. ZIVIZ, *Il danno non patrimoniale. Evoluzione del sistema risarcitorio*, Milano, 2011; E. NAVARRETTA, *Il danno non patrimoniale e la responsabilità extracontrattuale*, in ID. (a cura di), *Il danno non patrimoniale. Principi regole e tabelle per la liquidazione*, Milano, 2010; A. D'ADDA, *Le funzioni del risarcimento del danno non patrimoniale*, in S. DELLA MONACA (a cura di), *Responsabilità civile. Danno non patrimoniale*, Torino, 2010, p. 115; M. PARADISO, *Il danno alla persona*, Milano, 1981.

⁽⁵⁾ A tale prospettiva giurisprudenziale fermamente si oppone G. Ballarini, il quale ripercorrendo l'*iter, illo tempore* tracciato da Falzea, ne deduce una seppur particolarmente atteggiata soggettività giuridica. Secondo l'Autore, infatti, aderendo alla teoria organica della soggettività, quest'ultima rappresenterebbe sintesi di due elementi: uno materiale, l'altro formale; il primo sintetizzabile nel substrato reale, requisito primo per una qualificazione soggettiva, il secondo la presenza di una qualificazione di tipo normativo. A ben vedere, infatti, il concepito rappresenterebbe un istituto giuridico in grado di condensare al suo interno entrambe le sfumature, che si relazionano tra loro condizionandosi vicendevolmente. Sempre in ossequio alle teorie di Falzea, inoltre, il riconoscimento della soggettività passa per due momenti, uno di suggellazione formale seguito da un altro che implica l'insorgere di determinati effetti. Senza pretese di esaustività in merito all'impostazione organica, preme porre in evidenza che seguendo tale percorso il nascituro già concepito va annoverato tra i soggetti dotati di una capacità e non tra i meri oggetti di tutela, sebbene si debba parlare di una capacità di tipo statico, che poca attenzione riserva ai diritti patrimoniali, effettivamente sospesi fino all'evento nascita, ma che può essere considerata piena relativamente a quei diritti personali ed inviolabili sanciti nella Carta Costituzionale: cfr. G. BALLARINI, *La capacità giuridica "statica" del concepito*, in *Dir. fam. e pers.*, 2007, p. 1462 ss. Cfr. inoltre, per completezza, A. FALZEA, v. *Capacità (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, VI, Milano, 1960, p. 8.

per ben due volte la Corte Costituzionale⁽⁶⁾ sempre fermamente ancorata alla volontà legislativa del 1942, la giurisprudenza di legittimità si è mostrata propensa ad una vera e propria proliferazione di nuove ipotesi di pregiudizio meritevoli di tutela risarcitoria. In altri termini, la fattispecie di *wrongful life* coniuga al suo interno questioni giuridiche di fondamentale importanza, ancora oggi al centro del dibattito dottrinale e giurisprudenziale.

2. — *Il concepito e la sua tutela.*

La figura giuridica del nascituro rappresenta un'intrigante questione che fin dall'epoca dei Romani ha vissuto alterne vicende. Sicuramente la posizione assunta dal legislatore del 1942 lascia (e ha lasciato) poco spazio ad interpretazioni arbitrarie: la capacità giuridica, secondo l'ordinamento italiano, si ottiene solo successivamente all'evento nascita, sebbene vi siano forme di tutela e di protezione che il sistema civile appresta al feto non ancora venuto alla luce.

Come anticipato la questione che si incentra sulla posizione giuridica rivestita dal nascituro era oggetto di attenzione già da parte degli studiosi Romani che, in differenti epoche, hanno assunto distinte posizioni. Ciò che è certo è che fin dal II e III secolo a.C. la presenza del concepito e del nascituro veniva già richiamata nel contesto del diritto successorio: gli stessi infatti andavano considerati *pro iam natis* e la loro mancata istituzione nel testamento esponeva la dichiarazione del *de cuius* a forme di invalidità⁽⁷⁾. Medesima

⁽⁶⁾ Il richiamo è alle sentenze Corte cost., 30 giugno-14 luglio 1986, n. 184, e Corte cost., 12 luglio-26 luglio 1979, n. 88.

⁽⁷⁾ Rilevante quanto è emerso dalle *Institutiones* di Gaio (I, 147) in cui era prevista la nomina di tutore per quei soggetti che, concepiti al momento dell'apertura della successione, sarebbero stati considerati sotto la patria potestà del *de cuius* qualora non fosse quest'ultimo passato a miglior vita. Secondo tale visione, infatti, ed in ossequio al brocardo "*pro iam natis habetur*" andavano riconosciuti ai concepiti tutti i diritti patrimoniali positivi di cui potevano avvantaggiarsi, e la valenza imperativa di tale imposizione andava intravista nell'eventuale sanzione che i *postumi* potevano infliggere: in caso di mancata istituzione, infatti, questi ultimi potevano invalidare il testamento interamente: cfr. *Institutiones* di Gaio (II, 130).

impostazione, qualche anno dopo, venne ulteriormente specificata da Celso, il quale spiegava che il concepito, nel momento stesso in cui poteva essere percepito all'interno dell'utero, andava considerato come essere giuridico esistente *in rerum natura*, dunque assegnatario di una tutela rimediale da parte del sistema civilistico.

Invero, tale lettura di romanistica memoria verrà smentita da chi ha sostenuto che la stessa era conseguenza di una prospettiva storica manipolata dagli storici post-classici: secondo tale orientamento, infatti, la forma di protezione che l'ordinamento riservava al nascituro era in ogni caso protesa al futuro, incentrata sul c.d. "*commodus*"⁽⁸⁾.

La menzione del nascituro, limitata al solo diritto successorio, vede una fase di ampliamento nel contesto dei Longobardi in cui allo stesso viene riconosciuto non solo il diritto a rientrare ed essere considerato nell'asse ereditario, ma anche la soggettività idonea a ricevere donazioni.

Certamente la diatriba restava in auge: il quesito era riconducibile alla verifica dell'esatto momento in cui l'acquisizione della soggettività giuridica diveniva non più solo potenziale ma si consolidava in ogni profilo. Ebbene,

⁽⁸⁾ Cfr. in tal senso Gandolfi, il quale ha posto in evidenza i due orientamenti che nel corso degli anni si sono succeduti, negandone peraltro la veridicità: secondo una prima impostazione, infatti, la manipolazione della prospettiva romanistica sarebbe avvenuta con la diffusione del cristianesimo, nell'originaria visione, infatti, al nascituro era negata qualunque forma di personalità, acquisita probabilmente nel corso delle reinterpretazioni che delle massime erano state fornite da studiosi di epoca cristiana. Per altra opinione, invece, il momento di svolta sarebbe riconducibile all'avvento della cultura bizantina, che, cercando di generalizzare quanto già statuito in merito alla equivalenza tra concepito e nato, avrebbe introdotto l'elemento del "*commodus*", cioè del vantaggio, sintetizzando, dunque, la finalità dell'assimilazione in sé. Secondo il Gandolfi, però, tali ipotesi di contaminazione rappresenterebbero esse stesse una manipolazione nella misura in cui fin dall'epoca classica il nascituro era considerato come un nato, ma ciò sotto un profilo rimediale, cioè gli si attribuiva una tutela in ragione della entità futura che si accingeva a divenire. Inoltre, l'affermazione secondo cui il concetto di "*commodus*" sarebbe stata introdotto in una fase posteriore rappresentava una sovrastruttura nella misura in cui era proprio il vantaggio che derivava dal fittizio riconoscimento della personalità che attribuiva il *quid pluris* a livello patrimoniale. Per ulteriori approfondimenti, G. GANDOLFI, v. *Nascituro*, in *Enc. dir.*, XXVII, Milano, 1977, p. 530 ss.

a tal proposito non può trascurarsi l'opinione di chi sosteneva⁽⁹⁾ che tale valutazione non era soggetta a fattori cronologici ma sorgeva nel momento stesso del concepimento, quando veniva alla luce "l'anima" del nascituro. Tale impostazione non era condivisa da chi, invece, sosteneva andasse presa in considerazione la distinzione che sussisteva tra *informes* e *formati*: solo in tale ultima ipotesi, infatti, l'essere umano poteva essere considerato come esistente *in rerum natura* e, dunque, tutelabile anche sotto un profilo squisitamente giuridico⁽¹⁰⁾.

La propensione a suggellare una distinzione riconducibile al momento della gestazione, invero, sarà anche motivo di analisi da parte dei giuristi posteriori: è, infatti, nell'epoca del cristianesimo che il momento in cui il concepito poteva essere considerato *animatus* viene delineato in maniera più chiara, e ricondotto a 40 giorni ed 80 giorni prima del parto, rispettivamente, in caso di infante di sesso femminile o maschile, termini questi utilizzati per indicare il frangente esatto in cui il concepito diviene essere umano a tutti gli effetti⁽¹¹⁾.

Seppur parzialmente, il diritto romano⁽¹²⁾ viene richiamato nel codice

⁽⁹⁾ TERTULLIANO DI CARTAGINE, *Apologeticum* (IX, 8): «Quanto a noi, essendoci interdetto l'omicidio una volta per tutte, non ci è consentito di distruggere neanche la creatura concepita nel grembo, l'embrione che si sta trasformando in un essere umano. È un omicidio affrettato impedire di nascere, e non importa se si soffoca una vita formata o se si sopprime una vita nascente. È uomo anche chi sta per diventarlo; anche ogni frutto esiste già nel seme».

⁽¹⁰⁾ Tale opinione è riconducibile a Sant'Agostino, il quale sosteneva vi fosse una distinzione tra feti formati e non: solo nei primi infatti i *lineamenta compacta* implicavano il consolidamento dell'anima, e pertanto, solo in tale momento, quando vi era autonoma esistenza del feto dalla madre, individuabile attraverso i movimenti che questo soleva fare nell'utero durante la gestazione, e si poteva considerare esistente *in rerum natura* il concepito.

⁽¹¹⁾ Ovviamente l'identificazione dell'esatto momento non assumeva valore esclusivamente sotto il profilo civilistico, ma risultava fondamentale anche sotto il profilo penale in quanto implicava il perfezionamento con conseguente consumazione del reato di omicidio, in tutte le ipotesi in cui poteva ravvisarsi una sorta di aborto, per così dire, tardivo.

⁽¹²⁾ Tale rinvio particolare è dovuto alla sensibile reinterpretazione che del diritto romano si è data nell'epoca pandettistica: invero, la lettura del sistema antico con l'apposizione del filtro concettuale, tipico di tale epoca moderna, ha concretamente offerto una prospettiva che effettivamente va considerata distinta da quella originale romanistica. La preminen-

francese napoleonico, grande punto di riferimento del sistema codicistico italiano, all'interno del quale la figura del nascituro assume una valenza significativa solo in caso di avvenuto concepimento, lasciato, invece, senza alcuna forma di protezione era il potenziale nascituro non ancora concepito: veniva riservata, infatti, solo successivamente al concepimento una tutela in caso di donazione di beni futuri, avvenuta mediante contratto di matrimonio.

Invero, questione sempre aperta è stata la esatta individuazione dei presupposti in grado di legittimare la venuta ad esistenza del nascituro: in tal senso la tradizione romana poca attenzione prestava a quanto avveniva subito dopo la venuta alla luce del bambino, che veniva considerato soggetto di diritto in seguito al fenomeno della nascita. Diverso il regime adottato dal codice francese del 1804 in cui il nascituro non solo doveva venire alla luce ma doveva nascere vivo⁽¹³⁾, presunzione che si considerava realizzata qualora l'infante nascesse dopo centottanta giorni dal concepimento.

Il codice italiano, riprendendo in blocco tali disposizioni francesi, prese in prestito anche le forme di tutela che l'ordinamento apprestava in caso di morte del padre, attesa la sola possibilità di quest'ultimo di esercitare la patria potestà, impostazione giuridica che, recepita anche nel codice del

za, inoltre, del profilo squisitamente patrimoniale di fine '800 che fungeva da parametro di rilettura del codice di epoca giustiniana attribuiva una valenza all'istituto del concepito ben distinta da quella che, invero, veniva riconosciuta in epoca romana e che, invece, appare più aderente a quanto ereditato nei codici sudamericani, in cui il concepito è solitamente annoverato tra i soggetti di diritto. In tal senso F.D. BUSNELLI, *Lo statuto del concepito*, in *Dem. e dir.*, 1988, p. 213 ss.

⁽¹³⁾ La vitalità, invero, rappresentava di per sé altra *quaestio iuris* significativa per taluno risolta con la necessaria sussistenza del primo vagito e per qualcun altro con la mera respirazione autonoma. Giova in ogni caso porre l'attenzione sul fatto che il legislatore del 1865, fortemente proiettato alla creazione di un testo legislativo unitario, in ragione della recente unificazione, poco tempo e attenzione dedicò alle disciplina normative, per lo più prese in prestito dal *Code Napoléon* del 1804. Per ulteriori approfondimenti in tal senso cfr. v. *Nascituri*, in *Nuovo Dig. it.*, XVII, 1939, p. 859 ss; cfr. inoltre A. GUARINO, *Diritto privato romano*, 12^{ma} ed., Napoli, 2001, p. 270 ss. Per ulteriori approfondimenti, inoltre, sul contesto preunitario e le contaminazioni francesi, cfr. G. FERRI, *Sulla qualificazione giuridica del concepito nei codici degli stati preunitari e nella stagione della codificazione unitaria*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, p. 227.

1942, solo nel 1975, in occasione della riforma del diritto di famiglia⁽¹⁴⁾, si è convertita in potestà genitoriale, intesa al plurale e dunque suddivisa su ambo i genitori. In ogni caso, la perdita della potestà paterna rendeva il nascituro soggetto vulnerabile al punto da autorizzare la nomina di un tutore in caso di prematura morte del padre, assegnatario del compito di tutelare il beni del concepito sia da eventuali offese dei terzi che della stessa madre.

Da un lato le prese di posizione del legislatore fascista e dall'altro la progressiva evoluzione del diritto di famiglia, che a trent'anni dal codice ha subito notevoli mutamenti, delineano oggi una disciplina relativa al nascituro particolare che però non si è mai sbilanciata in definizioni di valore generale relativamente al *an* e al *quando*⁽¹⁵⁾.

Ciò che ci è dato sapere è sintetizzabile in una serie di norme che, senza entrare nel merito dell'esatta qualificazione del fenomeno, apprestano tutela in casi singolari come quello della successione *mortis causa*, disciplinata all'art. 462 c.c., che elegge tra i soggetti successibili tutti coloro nati o concepiti al momento dell'apertura della successione, specificando che concepito è colui il quale nasce entro 300 giorni dalla morte del *de cuius*. Alla stregua richiamo alla figura del nascituro già concepito è effettuato

⁽¹⁴⁾ Cfr. per spunti di riflessione G. VETTORI, *Diritti della persona e unità della famiglia trent'anni dopo*, in *Fam. pers. e succ.*, 2007, p. 197.

⁽¹⁵⁾ Tale questione, sebbene si presenti secondaria rispetto alla prioritaria individuazione degli esatti confini della valenza del concepito in sé, assume connotati interessanti soprattutto sotto una prospettiva squisitamente risarcitoria. Di ciò si è occupato Espinoza, il quale ha posto in evidenza la distinzione tra "individualizzazione" e "concepimento" e riconducendo il primo ad una sorta di pre-embrione, inteso come fase di incontro tra gamete e spermatozoo dalla durata di circa 12 ore in cui si spiega la fusione nucleare e che lascia presumere, qualora si intervenisse, la mancanza di qualsivoglia riferimento alla vita umana. Differente invece il concetto di "concepimento" che rappresenterebbe inizio di vita umana in cui non è riconoscibile alcun segmento vitale intermedio e in cui l'eventuale intervento implicherebbe sempre aborto. Invero lo stesso Autore finisce con lo spiegare come i concetti di pre-embrione e di individualizzazione siano errate letture sistematiche in ragione di una sola certezza, ossia che dal momento in cui avviene il concepimento e la singola cellula si distingue da quella materna, contendo invero al suo interno già la completezza dei geni umani, ne scaturisce solo un continuo divenire e un'evoluzione che implica una crescita della vita, già instauratasi a monte: cfr. J.E. ESPINOZA, *Sullo statuto giuridico del concepito*, in *Dir. fam.*, 1994, p. 371 ss.

dall'art. 784 c.c. che disciplina la donazione e definisce potenziale donatario sia il concepito che il nascituro non ancora concepito ma figlio di persona vivente al momento del contratto, con la sola differenza incentrata su una diversa amministrazione dei frutti che, esclusivamente in caso di concepito, spettano al donatario retroattivamente. Il tutto ovviamente incasellato nella cornice delineata dall'art. 1 del codice che, diviso in due incisi, ha destato non poche perplessità nel suo contenuto asciutto e netto che sancisce l'acquisizione della capacità giuridica al momento della nascita e (al 2° comma) che prevede che i diritti riconosciuti dalla legge al concepito restino subordinati all'evento nascita⁽¹⁶⁾.

Sebbene i richiami all'interno del codice civile siano esigui, vi sono una serie normative speciali che vanno ad arricchire la disciplina del concepito, prima fra tutte la normativa sull'interruzione di gravidanza (l. 194 del 1978) che all'art. 1 sancisce la tutela della vita umana fin dal suo inizio, pochi anni prima anticipata dalla legge di istituzione dei consultori familiari (l. 405 del 1975) in cui all'art. 1, lett. c) si affermava il perseguimento della tutela della donna e del prodotto del concepimento. Come può evincersi, dunque, sebbene in maniera poco organica, una forma di protezione a favore del nascituro non era avulsa dalla *intentio legis* fin dagli anni '70; è però con la disciplina sulla procreazione assistita (l. 40 del 2004) che espressamente viene

⁽¹⁶⁾ Notevoli impostazioni si sono succedute sull'interpretazione dell'art. 1 c.c. composto di due commi che tra loro sembrano dar origine ad un contrasto ontologico: il 1° comma, infatti, sancisce l'acquisizione della capacità giuridica al momento della nascita, mentre il 2° comma prevede che i diritti già riconosciuti ai nascituri sono subordinati alla nascita. Due incisi apparentemente in contrasto sono per taluno avvinti da un legame di genere a specie, per altri rappresentano una *conditio iuris* la cui natura appare dubbia. Nell'investigare la consistenza di condizione risolutiva o sospensiva, emerge che la valenza dicotomica dell'alternativa che si consolida nella nascita come evento da cui scaturiscono gli effetti, che in negativo si declina in non acquisizione della capacità, è sicuramente più coerente con la lettura sistematica che, viceversa aderendo ad una natura risolutiva della *conditio* implicherebbe la cessazione degli effetti al momento della nascita con conseguente affermazione di una temporanea sussistenza di una qualche soggettività prima del lieto evento. In tal senso, *ex multis*, F. CARNELUTTI, *Logica e metafisica nello studio del diritto*, in *Discorsi intorno al diritto*, 3ª ed., Padova, 1961; G. OPPO, *L'inizio della vita umana*, in *Riv. dir. civ.*, 1982, p. 499 ss.

sancita la tutela del soggetto concepito, includendolo tra quelli coinvolti nel procedimento di procreazione⁽¹⁷⁾.

Alla luce di quanto sinora affermato la posizione, ai confini della soggettività giuridica, del nascituro non si presenta concetto così certo: invero, in tal senso interviene anche la giurisprudenza di legittimità che più volte si è espressa talvolta forzando le maglie del sistema e volendo

⁽¹⁷⁾ Assolutamente contrario alla disciplina sulla procreazione medicalmente assistita è F. Gazzoni, il quale avverte un senso di mistificazione che va a contaminare l'elemento che più in assoluto dovrebbe essere dominato dal caso: il concepimento. La causalità, a detta dell'Autore, dovrebbe regolare i fenomeni di nascita e morte, mentre sempre più spesso viene disciplinato scientificamente, lasciando sorgere notevoli problemi anche di natura giuridica, come quello della tutela dell'embrione che va ad insinuarsi nel solco della *quaestio iuris* di esclusivo appannaggio, fino al 2004, del concepito non ancora nato. Invero, la normativa prevista dalla l. 40 del 2004, sebbene sembra *prima facie* la fonte normativa della tutela del non ancora nato, non fa altro che integrare una disciplina già di per sé completa, risultato della sincronica lettura del 2° comma dell'art. 1 c.c. e della legge sull'interruzione della gravidanza del 1978. A margine poi, Autorevole giurista, da sempre fautore dell'impossibilità di riconoscere una qualche soggettività giuridica al soggetto ancora racchiuso nel ventre materno, pone in evidenza come tale speculazione si presenti sostanzialmente irrilevante, nella misura in cui la vita umana merita di essere tutelata a prescindere dalla posizione giuridica che il soggetto vulnerabile vanta. Non si può attribuire tanto al concepito che all'embrione la soggettività giuridica, in omaggio a quanto sancito all'art. 1 c.c., sebbene non può negarsi la protezione di stampo conservativo che le discipline speciali negli ultimi quarant'anni riservano a tali categorie ancora non venute alla luce. Per ulteriori approfondimenti F. GAZZONI, *Osservazioni non solo giuridiche sulla tutela del concepito e sulla fecondazione artificiale*, in *Dir. fam. e pers.*, 2005, p. 181 ss. Diversa opinione quella contenuta negli scritti di F.D. Busnelli, il quale in merito alla normativa del 2004 sostiene una potenziale duplice lettura ancorata e derivante dalla finalità che si vuol dare alla speculazione stessa che si incentra sulla disciplina della procreazione assistita: se, infatti, si pensa di ritrovare una medesima tutela che già sussisteva con la emanazione della legge sull'interruzione della gravidanza del 1978 allora non ne resterebbe che una ridondante e inutile proiezione; qualora, invece, si attribuisca a quanto sancito all'art. 1 della l. 40 del 2004 il valore di riconoscimento del soggetto giuridico, allora la stessa assumerebbe un ruolo peculiare e innovativo, in ragione della potenziale fonte di nuove forme di tutela, anche preventive: cfr. F.D. BUSNELLI, *L'inizio della vita umana*, in *Riv. dir. cin.*, 2004, p. 533 ss. Per ulteriori approfondimenti recenti in tema di procreazione medicalmente assistita, cfr. M. CASINI, *La dimenticanza del diritto alla famiglia del figlio concepito con le tecniche di Pma sotto il profilo dell'unitarietà delle figure genitoriali*, in *Dir. fam. e pers.*, 2011, p. 73; F.D. BUSNELLI, *Cosa resta della legge 40? Il paradosso della soggettività del concepito*, in *Riv. dir. cin.*, 2011, p. 459.

intravedere una capacità particolarmente atteggiata, talaltra ponendo in evidenza la consistenza del concepito come oggetto di tutela da parte del sistema giuridico odierno. Come si avrà modo di osservare, inoltre, la esatta qualificazione giuridica del fenomeno finirà col divenire solo incidentale questione, dal valore poco significativo, visto che lo sfumato sillogismo tra soggettività ed esperibilità delle azioni di tutela, come già *illo tempore* affermato «non condiziona la verifica della rilevanza e neanche la tutela riferita allo stesso concepito»⁽¹⁸⁾.

3. — *Nuove figure del danno risarcibile.*

Come anticipato, la questione relativa alla tutela risarcitoria esperibile *iure proprio* dal nascituro si inserisce nel solco delineato dalla giurisprudenza costituzionale che, negli anni '80, ha preso posizione sulla apparente aporia del danno non patrimoniale.

Invero, la proliferazione delle forme di pregiudizio e le elaborazioni relative ai confini della lesione non patrimoniale, che in un certo momento sembrava scivolare in una patologica dimensione atipica, trovano un argine nella presa di posizione della Corte Costituzionale n. 233 del 2003⁽¹⁹⁾, che fotografa un notevole cambio di prospettiva, in grado di abbracciare al suo interno sfumature risarcitorie prima solo evanescenti. In un simile contesto storico, con prepotenza, ritorna in auge il dilemma relativo al nascituro e alla meritevolezza risarcitoria delle lesioni che, sebbene poste in essere durante il periodo di gestazione, sono in grado di spiegare effetti negativi anche dopo la nascita, ingabbiando il neonato in una condizione di *handicap* e disabilità⁽²⁰⁾.

⁽¹⁸⁾ L'affermazione, sintesi di pragmatica proiezione alla semplificazione delle questioni giuridiche, è di G. Oppo il quale in occasione del Convegno dell'Accademia Nazionale dei Lincei – dal titolo *Il diritto e la vita materiale* – presentò il suo saggio confluito successivamente nella *Rivista di diritto civile* del 1982 dal titolo *L'inizio della vita umana*, p. 499 ss.

⁽¹⁹⁾ Corte cost., 11 luglio 2003, n. 233. V. A. SASSI, F. SCAGLIONE, S. STEFANELLI, *La filiazione e i minori*, cit., p. 589 ss.

⁽²⁰⁾ Per un approfondimento relativo alle eventuali forme di danno riconducibili alla

Soccorrono, nel perimetrare le ipotesi di pregiudizio risarcibile, le generali norme che regolano l'illecito civile, reinterpretate secondo una prospettiva dinamica e non più solo attenta alla tutela dei diritti soggettivi, bensì protesa ad un ripristino dello *status quo ante* in caso di lesione ingiusta alla sfera giuridica del destinatario.

Particolarmente ampio l'elenco delle posizioni ritenute meritevoli di protezione: la vita familiare resta una priorità del contesto costituzionale italiano che colora di differente significato la tutela della persona *tout court* intesa; in tale procedimento va innestandosi il fenomeno della cd. depatrimonializzazione del diritto civile⁽²¹⁾ da cui scaturisce il peso di dover affrontare scelte tragiche, oscillanti tra più diritti inviolabili e in contrapposizione tra loro⁽²²⁾.

La strada giurisprudenziale del risarcimento del danno a favore del nascituro prende le mosse da una sentenza della Cassazione che, nel 2002⁽²³⁾

procedura di procreazione, naturale e artificiale, si tengano in considerazione i contributi di S. LANDINI, *Responsabilità civile dei genitori e diritto a non esistere*, in *Fam. pers. e succ.*, 2007, p. 251; nonché, I. SARDELLA, *Quali danni risarcibili se nasce un figlio non desiderato?*, in *Danno e resp.*, 2015, p. 615.

⁽²¹⁾ A tal proposito doveroso il richiamo a C. DONISI, *Verso la "depatrimonializzazione" del diritto privato*, in *Rass. dir. civ.*, 1980, p. 644; P. PERLINGIERI, *"Depatrimonializzazione" e diritto civile*, in *Rass. dir. civ.*, 1983, p. 1.

⁽²²⁾ Giova richiamare quelli che per Autorevole dottrina vengono riconosciuti come i tre fattori fondamentali nella rilettura sistematica della figura del concepito, riconducibili in primo luogo all'abbandono dell'impostazione ereditata dalla pandettistica tedesca, in grado di concettualizzare e sublimare in astratte categorie molteplici sfumature del mondo giuridico; in secondo luogo, il fenomeno di depatrimonializzazione che ha caratterizzato il XX secolo, soprattutto in ragione dell'introduzione della Carta Costituzionale che nel 1948 ha forzato un mutamento prospettico non più proiettato alla preminenza dei traffici e della ricchezza, quanto alla salvaguardia della persona umana e dei diritti che intorno a quest'ultima ruotano; infine, il diffondersi di una serie di contemperamenti e bilanciamenti di valori che hanno, nel corso del tempo, condotto a quelle che illustre giurista americano definiva "scelte tragiche". Il richiamo per tal prospettiva è a F.D. BUSNELLI, *Lo statuto del concepito*, in *Dem. e dir.*, 1988, p. 213 ss.

⁽²³⁾ Cass., 10 maggio 2002, n. 6735, in *Giur. it.*, 2003, p. 883. In tale occasione, invero, la Corte riconosce al padre una pretesa risarcitoria non derivante da danni secondari o da rimbalzo ma in quanto terzo soggetto protetto dal contratto stipulato tra la gestante e il

per la prima volta, statuisce come la nascita di un figlio possa rappresentare un “non lieto evento” per il nucleo familiare nel suo complesso, riconoscendo non solo alla madre l’esperibilità della domanda risarcitoria, ma estendendo anche al padre del nato indesiderato analogo potenziale forma di rimedio. A tale conclusione la Suprema Corte giunge in conseguenza del riconoscimento della natura del contratto stipulato tra la gestante e il ginecologo come contratto con effetti protettivi in favore del terzo, terzo in tal frangente rappresentato non solo dal concepito ma anche dal padre dello stesso.

Tale presa di posizione della Corte dà la stura al dibattito dottrinale che ravvede una lesione del parametro dell’uguaglianza nella esperibilità dell’azione risarcitoria da parte del padre, dei fratelli ma non del soggetto che effettivamente subisce le conseguenze più limitanti e gravi: il concepito.

Nulla questio relativamente alle forme di danno che rappresentano conseguenza diretta e immediata di azioni od omissioni del terzo: in tal senso appare fuori da ogni dubbio il risarcimento in caso di condotta negligente del medico, sia qualora la stessa sia stata posta in essere in fase di gestazione che qualora il danno rappresenti conseguenza di incidenti in fase di travaglio e parto.

ginecologo, stabilendo che a al genitore spetta una liquidazione sia di stampo patrimoniale, che andrà divisa con la moglie, che non patrimoniale, autonoma. La lesione in questione, però, non va ricercata nella mancata interruzione della gravidanza o nella lesione del diritto di autodeterminazione bensì nel pregiudizio che deriva dalla nascita di un figlio malformato, per citare Cass. 14488 del 2004 “anormale” e che, pertanto, implica una vita disagiata anche al genitore. Inoltre come posto in evidenza da V. Guglielmucci, che nella medesima occasione, però la Corte di Cassazione si espresse in senso negativo rispetto alla titolarità di un’azione al risarcimento esperibile dal concepito: in primo luogo la mancanza di un’affezione patologica in grado di degenerare la vita del neonato, vista la portata congenita della sua malattia che mai aveva consentito una vita normale; in secondo luogo la consistenza di una mera aspettativa di diritto a nascere sani creerebbe notevoli conflittualità tra genitore e nato disagiato, in *Riflessioni in tema di danni da procreazione in Danno e resp.*, 2007, p. 957. Cfr. in senso conforme Cass., 20 ottobre 2005, n. 20320, in cui il giudice si esprime a favore della liquidazione del danno non patrimoniale in via equitativa, in *Giur. it.*, 2007, p. 628, con nota di A. RESTIGNOLI, *Nota in tema di danno da nascita indesiderata*; G. FACCI, *Il danno da nascita indesiderata e la legittimazione al risarcimento del padre*, in *Fam. e dir.*, 2006, p. 256; S. CACACE, *La scelta solo alla madre, il risarcimento anche al padre: cronache di una nascita indesiderata*, in *Danno e resp.*, 2006, p. 510.

A ben vedere, infatti, a prescindere dal titolo di responsabilità che all' esercente la professione sanitaria si vuol attribuire⁽²⁴⁾ – oggi riformata in seguito alla revisione della disciplina dapprima con l'ausilio della normativa Balduzzi nel 2012⁽²⁵⁾ e lo scorso anno con la Legge Gelli-Bianco⁽²⁶⁾, che ha sancito il definitivo superamento della teoria del contatto sociale qualificato secondo quanto previsto nella Sent. Corte Cassazione 589 del 1999⁽²⁷⁾ – in conformità alla verifica successiva al giudizio controfattuale, la condotta in sé rappresenta il fulcro del pregiudizio arrecato e la sola causa scatenante, da cui può desumersi, pertanto, l'applicazione della disciplina dell'illecito.

Problema diverso, invece, emerge nell'ipotesi in cui la condotta negligente del medico si consolidi nel mancato e tempestivo riconoscimento della sussistenza di una grave patologia congenita a carico del nascituro che, inaspetta-

(24) Interessante sotto tal profilo il contributo di L. VIOLA, *Il danno da nascita indesiderata: contratto con effetti protettivi o contatto sociale?*, in *Resp. civ.*, 2010, p. 527; V. DE FEO, *Responsabilità contrattuale per omessa diagnosi di malformazioni nel concepito*, in *Contratti*, 2010, p. 662; S. MAGRA, *La responsabilità professionale medica*, in *Resp. civ.*, 2008, p. 842; G. GLIATTA, *Il danno da procreazione: i soggetti legittimati a chiedere il risarcimento e la natura della responsabilità del medico*, in *Resp. civ.*, 2007, p. 845; C. GARGIONI, *Il medico, l'ospedale e una nascita indesiderata*, in *Resp. civ.*, 2005, p. 795; inoltre, A. GALATI, *Considerazioni su errore diagnostico, danno da nascita indesiderata e danni risarcibili*, in *Resp. civ.*, 2012, p. 865.

(25) Per approfondimenti relativi alla riforma del 2012 cfr., *ex multis*, G. FORTE, *Il “quadro in movimento” della colpa penale del medico, tra riforme auspicate e riforme attuate*, in *Dir. pen. e proc.*, 2015, p. 738; A. PANTI, *“Decreto Balduzzi” e responsabilità del medico: un traguardo raggiunto o un quadro in movimento?*, in *Dir. pen. e proc.*, 2015, p. 735; V. CARBONE, *La responsabilità del medico pubblico dopo la legge Balduzzi*, in *Danno e resp.*, 2013, p. 378; G. PONZANELLI, *La responsabilità medica: dal primato della giurisprudenza alla disciplina legislativa*, *ivi*, 2016, p. 816; M. FRANZONI, *Colpa e linee guida*, *ivi*, p. 801.

(26) La legge in questione è la n. 24 del 2017, per approfondimenti cfr., *ex multis*, D. RONCALI, *Le linee-guida e le buone pratiche: riflessioni medico-legali a margine della legge Gelli-Bianco*, in *Danno e resp.*, 2017, p. 280; F. D'ALESSANDRO, *La responsabilità penale del sanitario alla luce della riforma “Gelli-Bianco”*, in *Dir. pen. e proc.*, 2017, p. 572; M. CAPUTO, *La responsabilità penale dell'esercente la professione sanitaria dopo la L. n. 24 del 2017 ... “quo vadit”? Primi dubbi, prime risposte, secondi dubbi*, in *Danno e resp.*, 2017, p. 293; G. PONZANELLI, *Medical malpractice: la legge Bianco Gelli. Una premessa*, *ivi*, p. 268; M. HAZAN, *Alla vigilia di un cambiamento profondo: la riforma della responsabilità medica e della sua assicurazione (DDL Gelli)*, *ivi*, p. 75; A. D'ADDA, *Solidarietà e rivalse nella responsabilità sanitaria: una nuova disciplina speciale*, in *Corr. giur.*, 2017, p. 769.

(27) Cass., 22 gennaio 1999, n. 589.

tamente, nasce e vive una vita *handicappata*: in una simile fattispecie il profilo complesso è duplice visto che, da un lato, l'azione negligente implica la violazione del diritto di autodeterminazione per la madre che è stata privata della libertà di scegliere di interrompere la gravidanza; dall'altro, intacca la sfera giuridica del neonato, ingabbiato in uno stato patologico, solitamente, irreversibile.

In punta di piedi emerge e va cristallizzandosi il concetto di “diritto a non nascere se non sano” che sconvolge il classico contemperamento tra diritti di pari valore costituzionale: non è, invero, disciplinato il diritto a non nascere in nessuna sfumatura possibile. La Costituzione italiana, sebbene non esplicitamente, infatti, tutela la vita attraverso il richiamo e la lettura combinata dell'art. 2 della Carta, che tutela la persona umana e i relativi diritti della personalità, e l'art. 27, 4° comma, che vieta indiscutibilmente la pena di morte.

Distante dai principi che hanno dettato il cambiamento rappresentato dalla costituzionalizzazione del sistema giuridico, il diritto a non nascere (*rec-tius*, alla morte) non appare meritevole di protezione, impedendo qualunque tipo di bilanciamento: non si prospetta alcuna alternativa degna di conflitto, infatti, tra il diritto a nascere malati e quello a non venire alla luce.

4. — *Il diritto a non nascere se non sano.*

Il consolidamento del “diritto a non nascere se non sano”⁽²⁸⁾ finisce nelle

⁽²⁸⁾ Preliminarmente giova segnalare la posizione, per così dire, scettica mostrata da F. Gazzoni, che dopo aver chiarito la logicità di ogni singola forma di tutela risarcitoria per equivalente nell'ipotesi in cui un terzo in fase di parto o gestazione ha intaccato la sfera giuridica del nascituro, fermamente censura qualsiasi ipotesi di protezione in caso di malattia congenita, con consequenziale ripudio del diritto a non nascere se non sano. Le ragioni addotte sono due, la prima sostanzialmente legata all'assenza di un nesso causale in grado di vincolare eziologicamente la condotta del medico, presunto responsabile, alla patologia del neonato. In seconda battuta, una simile legittimazione darebbe origine ad una latente ammissione di meccanismi di eugenia, contrari a qualunque principio che tuteli la vita umana: cfr. F. GAZZONI, *Osservazioni non solo giuridiche sulla tutela del concepito e sulla fecondazione artificiale*, in *Dir. fam. e pers.*, 2005, p. 181 ss.

Sulla questione v., di recente, A. SASSI, F. SCAGLIONE, S. STEFANELLI, *La filiazione e i minori*, cit., p. 98 ss.

Aule della Corte di Cassazione nel 2004⁽²⁹⁾ quando una coppia ricorre per vizio di legittimità della sentenza di appello, sostenendo l'inopportunità del sistema che contempla una tutela risarcitoria per la madre, nonché per il padre e gli altri membri della famiglia, ma non per il nato malformato, destinato a vivere una vita tragicamente compromessa.

Invero, la prima osservazione da fare riguarda la potenziale legittimazione all'azione risarcitoria in ragione della titolarità del diritto: quest'ultimo, infatti, si presenta come "adespota" nella misura in cui la legittimazione ad agire si consolida in capo al soggetto al momento della venuta alla luce, nascita che però, in caso di esercizio legittimo del diritto di non nascere perché non sano, rappresenterebbe al contempo la perdita del diritto stesso. Mettendo per un secondo da parte il curioso gioco di parole che ne vien fuori, il nucleo della questione è riscontrabile nella aporia che ravvede l'insorgere della posizione di tutela solo nel caso in cui non venga alla luce il solo soggetto potenzialmente legittimato a far valere la lesione. D'altra parte, qualora tale diritto non venisse esercitato, comportando la nascita del neonato malato, non vi sarebbe spazio per la relativa tutela conseguente alla sua violazione.

A tale profilo dal sapore squisitamente processuale va accostato un ulteriore punto di riflessione dal valore sostanziale e aprioristico, riconducibile alla sussistenza nel nostro ordinamento di un diritto a non nascere in previsione di una *wrongful life*: che vi sia una propensione a tutelare la nascita e il diritto alla vita è ovvio, sia attraverso il richiamo desumibile dalla Carta Costituzionale⁽³⁰⁾,

⁽²⁹⁾ Cass., 29 luglio 2004, n. 14488, in *Foro it.*, 2004, I, c. 3327, con nota di A. BITETTO, *Il diritto a nascere sani*; in *Fam. e dir.*, 2004, p. 559, con nota di G. FACCI, *Wrongful life: a chi spetta il risarcimento del danno?*; in *Giust. cin.*, 2005, I, p. 221, con nota di E. GIACOBBE, *Wrongful life e problematiche connesse*; in *Resp. cin. e prev.*, 2004, p. 1348, con nota di M. GORGONI, *La nascita va accettata senza beneficio di inventario?*.

⁽³⁰⁾ Invero, secondo Autorevole Dottrina l'avvento della Costituzione aveva contribuito ad una nuova prospettiva di osservazione: andava infatti posta in evidenza da un lato la personalità, che implicava un vero e proprio valore e che, risultando degno di tutela sotto un profilo squisitamente oggettivo, andava declinato secondo i principi sanciti a livello costituzionale. D'altro lato il concetto di capacità giuridica continuava ad assumere un valore fondamentale nel suo significato di titolarità di situazioni giuridiche soggettive, pertanto profilo imprescindibile del soggetto di diritto nella sua massima consistenza. Il richiamo è immediato a P. PERLINGIERI, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Napoli, 1972.

principalmente con gli artt. 2 e 32⁽³¹⁾ Cost., che sulla base di quanto affermato

⁽³¹⁾ In tal senso non va sottovalutato il testo e il valore che la Carta ha attribuito al diritto alla salute, posto in evidenza *ex multis* da N. COVIELLO, *La tutela della salute dell'individuo concepito*, in *Dir. fam. e pers.*, 1978, p. 245 ss. Secondo quanto letteralmente previsto, infatti, «la Repubblica italiana tutela la salute come diritto fondamentale dell'individuo», con la possibilità dunque di annoverare all'interno della categoria di individuo non solo la persona umana venuta alla luce, ma qualunque forma e sfumatura dell'essere umano. Sebbene sullo sfondo di tale osservazione si celasse il più ampio dibattito sulla diretta applicabilità delle norme costituzionali, non ancora oggi definitivamente sopito, non va trascurato che effettivamente il richiamo al concetto di individuo è stato dai Padri Costituenti riservato solo alla disciplina del bene salute: non si presenta, dunque, avulsa dalla realtà l'interpretazione di quanti ravvedevano in quel singolo termine una presa di posizioni più ampia che suggellava non solo la protezione di un diritto fondamentale, ma anche un ampliamento dell'ambito di applicazione dello stesso, astrattamente invocabile anche dal concepito. Da ciò prendevano le mosse le teorie di quanti riconoscevano in tale lettura costituzionale un'implicita affermazione della valenza generale della categoria del concepito, a cui andavano estese molteplici tutele in quanto desumibili dalla prospettiva costituzionalmente orientata. In tal senso va segnalata la posizione assunta da C.M. Bianca il quale, ben fermo sull'idea che l'evento nascita non rappresentasse un vero e proprio spartiacque, riconosceva una capacità giuridica particolarmente atteggiata, da definire "provvisoria" in ragione della sussistenza in capo al nascituro di taluni diritti patrimoniali che, a ben vedere, non sono sospesi ma gestiti e amministrati dai genitori. Da ciò veniva alla luce un sistema in cui il concepito dotato di una sua capacità giuridica poteva esercitare la stessa autonomamente solo al momento della nascita, per ovvie ragioni, restando pur sempre titolare di diritti anche nel corso della gestazione e potendo fruire della rappresentanza dei genitori. C.M. BIANCA, *Diritto Civile*, 1, *La norma giuridica. I soggetti*, Milano, 1987. Parzialmente aderente a tale impostazione J.E. Espinoza, il quale, concordando sulla sussistenza di una serie di diritti e personali e patrimoniali in capo al concepito, riconosce a quest'ultimo più che la capacità giuridica la valenza di soggetto di diritto, maggiormente performante all'ipotesi in cui non venendo alla luce andrebbero ad estinguersi i diritti patrimoniali e personali ma non la soggettività: cfr. J.E. ESPINOZA, *Sullo statuto giuridico del concepito*, cit., p. 371 ss. Merita un cenno anche la posizione di P. SCHLESINGER, *Il concepito e l'inizio della persona*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, p. 247 ss., in cui l'Autore conclude che sebbene la disposizione prevista all'art. 1 c.c. abbia come fine quello di fungere da spartiacque giova in ogni caso far presente che non può negarsi l'esistenza di un fulcro vitale anche durante la fase della gestazione e dubitare in tal senso comporterebbe una mortificazione della sintesi tra materia e spirito che rappresenta l'essenza di qualsiasi concezione del soggetto umano. Inoltre, va richiamata, sebbene parzialmente distante in senso complessivo, la posizione di F. Gazzoni, il quale sostiene che l'uomo rappresenti per il diritto, più che una fattispecie complessa, una fattispecie a formazione progressiva per il cui perfezionamento non è sufficiente il concepimento ma resta necessaria la nascita, fermo restando sullo sfondo l'impossibilità di richiamare la scissione tra soggettività e capacità

in una storica sentenza del 1975⁽³²⁾ in cui il Giudice delle Leggi precisò come il sistema giuridico italiano tutela la maternità e la vita⁽³³⁾.

Il *quid pluris* del ragionamento va, però, ritrovato nell'affermazione secondo cui tale protezione è proiezione di una prospettiva in senso positivo: l'ordinamento, invero, tutela il diritto alla vita in senso affermativo, quindi proteso alla venuta ad esistenza e non certo alla non nascita. A sostegno di tale visione non solo gli artt. 2 e 30, II comma che tutelano la maternità e i diritti inviolabili dell'uomo, ma anche la legge n. 194 del 1978 che disciplina l'interruzione volontaria di gravidanza e che riconosce una protezione della vita fin dal suo concepimento, creando, peraltro, un ulteriore apparente contrasto⁽³⁴⁾ di normative in relazione all'art. 1 c.c., che

giuridica, in *Osservazioni non solo giuridiche sulla tutela del concepito e sulla fecondazione artificiale*, in *Dir. fam. pers.*, 2005, p. 181 ss.

⁽³²⁾ Corte cost., 18 febbraio 1975, n. 27, in *Foro it.*, 1975, I, c. 515. *Ex multis* commentata da G. DALLA TORRE, *Riflessioni sulla sentenza costituzionale n. 27/1975 in tema di aborto*, in *Dir. fam. e pers.*, 1975, p. 599; M. RAVERAIRA, *Osservazioni sulla sentenza della Corte costituzionale dichiarativa della illegittimità parziale dell'art. 546 del codice penale*, in *Giur. it.*, 1975, I, c. 1418.

⁽³³⁾ Invero, numerose sono le disposizioni costituzionali che nel corso del tempo sono state ricondotte a base della tutela del concepito, ricostruite *ex multis* da P. Grossi che in un saggio ne giustifica le *rationes*, che, inoltre hanno consentito di filtrare la discrasia che l'art. 1 c.c. presentava, ricollegando la duplicità di atteggiamento del legislatore ad un implicito rapporto di genere a specie tra i due commi. A ben vedere, prima grande fallace prospettiva è quella proposta dal rinvio all'art. 2 della Carta: la tutela, infatti, che la Costituzione assicura ai diritti inviolabili dell'uomo richiedono la preliminare statuizione di una situazione di uguaglianza tra il concepito e l'uomo nato, che invero, rappresenta uno dei dilemmi più rilevanti in tal contesto di investigazione. Alla stregua il richiamo all'art. 27, 4° comma, che ripudia la morte sancendo il divieto della pena che implica l'uccisione del condannato, precetto costituzionale che celebra la vita, sebbene ne contempli una deroga in caso di stato di necessità. Differente approccio quello, invece, riservato all'art. 31 Cost., che nel tutelare la madre, e non espressamente il concepito, ne riconosce quantomeno implicitamente l'esistenza, sotto una dimensione dualistica; mentre certamente non trascurabile appare, come in altri frangenti affermato, la tutela del diritto alla salute sancito all'art. 32 Cost. e che viene assicurato ad ogni individuo, termine a tal punto generico quest'ultimo da non esser in grado di ingabbiare al suo interno il solo concetto di essere umano, implicando uno spiraglio per la situazione giuridica del concepito, alla stregua degna di protezione: cfr. P. GROSSI, *Alcune considerazioni in merito al problema della tutela giuridica del concepito*, in *Arch. giur.*, 2005, IV, p. 599 ss.

⁽³⁴⁾ Di apparente contrasto parla P. Giammaria, il quale sostiene si tratti di una mera

recepisce l'impostazione francese secondo cui la capacità giuridica si ottiene solo con la venuta alla luce.

Inoltre, la tutela incompressibile che l'ordinamento riserva al diritto alla salute *ex art. 32 Cost.* non sorge al momento della nascita, bensì retroattivamente si espande anche al periodo precedente e riconducibile alla gestazione: la possibilità di valutare lo stato di salute del nascituro e decidere *a posteriori* se esercitare il diritto all'aborto, oltre i limiti stabiliti nella disciplina normativa del 1978, darebbero origine a fenomeni di eugenia prenatale, assolutamente contrari non solo all'art. 2 della Costituzione ma anche al dettame di cui all'art. 5 Cost., relativo all'indisponibilità del proprio corpo.

La questione, si presenta a ben vedere delicata: il contrasto tra la sfera giuridica della madre e quella del concepito sembra creare uno sbilanciato contemperamento di interessi che protende alla risoluzione di un conflitto tra la vita già in corso e quella, al momento, solo potenziale. Approccio rinvigorito dall'idea che la autodeterminazione all'aborto esercitabile dalla gestante incontri il suo limite nella tutela della propria salute fisica e mentale, a null'altro rilevando valutazioni di differente portata che lascerebbero scivolare la condotta nell'illecito penalmente rilevante di aborto previsto all'art. 19 della stessa legge del 1978.

In altri termini, la libera autodeterminazione all'interruzione di gravidanza non appare come diritto autonomamente definito ed esercitabile,

proiezione della rielaborazione pandettistica di fine ottocento: invero, l'art. 1 c.c. presenta al suo interno una regola al 1° comma, che nell'affermare che la capacità giuridica si acquista al momento della nascita pone in dubbio la valenza giuridica di un soggetto non ancora venuto alla luce, eppure al 2° comma specifica che i diritti che sono riservati dalla legge al concepito sono subordinati alla nascita, lasciando intendere tra le righe che ci sono talune ipotesi in cui il nascituro e i suoi "diritti" sono presi in considerazioni e gestiti dal legislatore. Al contempo, interviene in tal distonica lettura la legge sull'interruzione di gravidanza del 1978 in cui viene esplicitamente sancito che lo Stato tutela la vita fin dal suo inizio, affermazione questa potenzialmente catastrofica in relazione a quanto affermato nel codice civile, eppure metabolizzata nel migliore dei modi. Forse ciò che giova porre in evidenza a tal proposito è che sussiste una vera e propria distinzione ontologica tra i diritti di cui parla il codice, per lo più sintetizzabili nella sfera patrimoniale, e quelli di cui la disciplina sulla interruzione di gravidanza si fa carico, dalla valenza squisitamente personale: cfr. P. GIAMMARRIA, *Cenni sul danno al concepito*, in *Giur. merito*, 1992, p. 337 ss.

quanto piuttosto una declinazione particolarmente atteggiata della causa di giustificazione dello stato di necessità che, attraverso una rilettura sistematica, consentirebbe alla gestante di riportare la sua condotta da una sfera illecita a quella lecita, in ragione della preminenza della tutela del bene salute. È proprio tale dinamica che rende vivo il contrasto tra beni costituzionalmente rilevanti: qualora, infatti, alla malformazione grave del concepito equivarrebbe la potenziale lesione alla salute della donna, gli interessi in conflitto sarebbero destinati a convergere, protendendo, però, per l'aberrante idea della sussistenza di un diritto a non nascere.

Neanche attraverso l'ausilio del concetto di contratto con effetti protettivi a favore del terzo sarebbe concepibile una rilettura del sistema: il dovere di protezione, invero, che l'ordinamento estende contrattualmente al concepito ha come preponderante funzione consentire la nascita e mai la non nascita di quest'ultimo.

Molteplici, pertanto, le ragioni che ostano ad una simile prospettiva di tutela: imprescindibile la questione sostanziale, la mancanza di un simile diritto⁽³⁵⁾; lacuna che si accompagna alla impossibilità di ravvedere un soggetto legittimato a richiedere una tutela risarcitoria, vista la natura adespota del diritto; infine, il necessario confronto con la disciplina dell'illecito civile delineata in epoca fascista.

L'impostazione che privilegia esclusivamente la compensazione di danni conseguenza, come sancito all'art. 1223 e ss. del codice da un lato, e dall'altro la mancanza, in siffatta ipotesi, di un vincolo causale idoneo ad arrecare la lesione, rappresentano insormontabili ostacoli alla liquidazione di un simile

⁽³⁵⁾ In tal senso si veda, *ex multis*, R.F. IANNONE, *Il confine tra soggetto e persona nella legalità costituzionale: la soggettività del concepito e il diritto a nascere sano*, in *Rass. dir. civ.*, 2011, p. 603, il quale pone in evidenza come il sistema italiano nel corso delle sue molteplici evoluzioni non abbia mai preso in considerazione la tutela del "diritto a non nascere se non sano", quanto piuttosto meritevole di tutela si presenta il diritto a nascere sano. Sebbene possa sembrare un artificio retorico si tratta nel primo caso di una forma di protezione della non nascita, concetto questo che non viene mai contemplato nell'ordinamento italiano, neanche nella disciplina sulla legge per l'interruzione della gravidanza in cui, a ben vedere, il legislatore non tutela l'aborto ma (a contrario) si milita a legittimare la condotta della gestante nella fase che implica la tutela del suo diritto alla salute.

pregiudizio. Fermo restando, invero, come anticipato, il diritto del neonato ad ottenere un risarcimento in ragione della lesione intervenuta in fase di parto o nel corso della gestazione⁽³⁶⁾ per condotta attiva od omissiva del terzo, causalmente idonea ad intaccare il bene salute del nascituro, la fattispecie in cui il concepito sia affetto da gravi malformazioni congenite sublima la relazione causa-effetto, in cui l'esercente la professione sanitaria non interviene minimamente, né è in grado di apprestare un reale contributo eziologico. In tal caso, infatti, il problema principale secondo una prospettiva squisitamente di *tort law* è ricollegabile alla mancanza da parte del medico di un vero e proprio dominio del decorso causale, che non è stato iniziato né continuato dallo stesso, prescindendo da sua condotta o negligenza. Certamente la situazione si presenta diversa nei confronti della donna che, proprio in ragione della natura congenita delle malformazioni, poteva legittimamente ricorrere alla disciplina sull'interruzione di gravidanza e che in conseguenza della negligenza del medico non ha avuto la possibilità di valutare tale opzione, emergendone una lesione del suo diritto all'autodeterminazione, invero, al centro di altra questione riguardante il carico e l'onere probatorio al fine di conseguire il risarcimento del danno.

Rispetto al neonato, invece, da un lato l'assenza di una significativa rilevanza del danno conseguenza (che in astratto sarebbe sintetizzabile nell'alternativa: vita malformata – non vita), nonché la non riscontrabile causalità della condotta del ginecologo dall'altro, rendono l'esperibilità del rimedio risarcitorio una forzatura sistematica, priva di valenza giuridica in senso stretto⁽³⁷⁾.

⁽³⁶⁾ *Ex multis*, Cass., 11 maggio 2009, n. 10741, in *Danno e resp.*, 2009, p. 1167, con nota di S. CACACE, *Figli indesiderati nascono. Il medico in tribunale*; in *Foro it.*, 2010, I, c. 157, con nota di F. DI CIOMMO, *Giurisprudenza normativa e ruolo del giudice nell'ordinamento italiano*; in *Contr. e impr.*, 2009, p. 537, con nota di F. GALGANO, *Danno da procreazione e danno al feto, ovvero quando la montagna partorisce un topolino*; in *Corr. giur.*, 2010, p. 365, con commento di A. LISERRE, *In tema di responsabilità del medico per il danno al nascituro*; in *Resp. civ.*, 2009, p. 706, con nota di L. VIOLA, *Il nascituro ha il diritto di nascere sano, ma non quello di non nascere*.

⁽³⁷⁾ *Ex multis*, A. PINNA, *Nascere sani o non nascere: la Cassazione nega l'esistenza di un tale diritto*, in *Contr. e impr.*, 2005, p. 1; G. FACCI, *Il danno da vita indesiderata*, in *Resp. civ.*, 2005, p. 254; M. FRANZONI, *Errore medico, diritto di non nascere, diritto di nascere sano*, in *Resp. civ.*, 2005, p. 486.

5. — *La rilettura del sistema.*

Tale prospettiva, consolidatasi nel tempo e in parte presa in prestito dalla visione francese⁽³⁸⁾ che riconosce al nucleo familiare l'esperibilità del rimedio compensativo, limitando tale possibilità solo ai parenti ed escludendolo "normativamente" per il concepito, si è graniticamente imposta a livello giurisprudenziale⁽³⁹⁾ fino a che un provvedimento della Corte di Cassazione del 2012⁽⁴⁰⁾ ha smosso lo stato dell'arte, proponendo,

⁽³⁸⁾ Il richiamo va al caso di *Nicolas Perruche*, bimbo nato malformato dalla madre la quale in fase di gestazione aveva contratto dalla prima figlia la rosolia, che aveva compromesso irreversibilmente lo stato di salute del secondogenito. In tale occasione la Corte di Cassazione francese (cfr. Ass. plèn., 17 novembre 2000, pubblicata anche in *Nuova giur. civ. comm.*, 2001, p. 209) decide di liquidare anche al bimbo il danno, pregiudizio non conseguente all'alternativa nascita sana/non nascita, quanto parametrato al disvalore di una vita handicappata, ingabbiata in una perenne condizione di patologico disagio e disabilità. Inizia un momento giurisprudenziale in Francia in cui il pregiudizio dell'*enfant* sembra rappresentare la soluzione a molteplici dispute afferenti al settore della responsabilità medica, fino a quando il legislatore, preoccupato della proliferazione di giudizi e liquidazioni esose, tenta di arginare la portata del fenomeno con l'introduzione della *Loi Kouchner* del 4 marzo 2002, n. 2002/303, in cui normativamente si esclude qualunque forma di risarcimento del danno a favore del nato malformato, qualora affetto da patologia congenita. Invero, l'avvento tempestivo della normativa ha comunque dovuto subire il contraccolpo dell'intervento della Corte Costituzionale che ha sancito la irretroattività della *Loi*, lasciando in piedi i giudizi iniziati prima del marzo 2007 e, pertanto, portavoce di un *enfant préjudice* di smisurato valore, ora ammortizzati dai principi della *Solidarité Nationale*. Sempre in relazione all'approccio francese, cfr. V. CARBONE, *Un bambino che nasce minorato ha diritto al risarcimento per la nascita indesiderata?*, in *Fam. e dir.*, 2001, p. 97.

⁽³⁹⁾ Invero, merita di essere segnalata una pronuncia del Tribunale di Reggio Calabria, Sez. II, 31 marzo 2004, che per la prima volta apre uno spiraglio alla liquidazione di un danno da *wrongful life*, in occasione di una omessa diagnosi di una patologia che, presumibilmente poteva essere alleviata nei suoi effetti, limitando la disabilità del feto fin dall'epoca della gestazione. Inoltre, cfr. il commento di A.L. BITETTO, *"Wrongful birth": diritti dei genitori e assistenza tempestiva al figlio disabile*, in *Danno e resp.*, 2005, p. 179.

⁽⁴⁰⁾ Cass., 2 ottobre 2012, n. 16754, in *Contratti*, 2013, p. 563, con nota di N. MUCCIOLI, *Diagnosi prenatali inesatte e responsabilità del medico*; in *Corr. giur.*, 2013, p. 45, con commento di P.G. MONATERI, *Il danno al nascituro e la lesione della maternità cosciente e responsabile*; in *Danno e resp.*, 2013, p. 139, con nota di S. CACACE, *Il giudice "rottamatore" e l'enfant préjudice*; *ivi*, p. 492, con commento di A. MASTRORILLI, *To be or not to be: comparare l'incomparabile*.

invero, una nuova prospettiva, per un verso azzardata ma per un altro significativamente umana.

Lungi dall'accomodarsi sui precedenti giurisprudenziali che la Corte di Cassazione ha negli ultimi quindici anni proposto, la sentenza a Sezioni Unite del 2012 indaga dapprima la validità dei presupposti, da cui la cristallizzata impostazione giudiziale prese le mosse, per verificarne l'attualità e la coerenza con un sistema che ha quasi l'obbligo di dover reinterpretare le norme del codice civile, saldamente ancorato ad una visione di ricchezza patrimoniale, alla luce della tutela della persona umana, motore del sistema giudicio moderno sancito anche dalla Carta Costituzionale⁽⁴¹⁾; successivamente si sofferma su questioni squisitamente probatorie⁽⁴²⁾.

Lo snodo fondamentale dell'analisi di una così delicata questione è rap-

⁽⁴¹⁾ In tale ottica assume rilievo pregnante la base speculativa del Relatore G. Travaglino che richiama la disciplina giurisprudenziale di qualche anno prima incentrata sul risarcimento del danno del minore, nato orfano di padre, deceduto quest'ultimo in occasione di illecito posto in essere da un terzo. Cass., 3 maggio 2011, n. 9700 ha, infatti, rappresentato il rinvio principale al concetto di diacronica applicazione del nesso causale e della propagazione degli effetti dell'illecito. Provvedimento pubblicato in *Danno e resp.*, 2011, p. 1168, con commento di A. GALATI, *Uccisione del padre e danno al nascituro*; in *Corr. giur.*, 2012, p. 383 con nota di M. SUPPA, *Risarcimento del danno anche al concepito nato dopo la morte del padre*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, p. 1270, con nota di E. PALMERINI, *Il concepito e il danno non patrimoniale*. In senso conforme anche Cass., 10 marzo 2014, n. 5509, in *Danno e resp.*, 2014, p. 837, con commento di A. CRUSCO, *Essere o non essere soggetto di diritto: il dilemma da superare per la tutela del concepito?*

⁽⁴²⁾ Notevole in tal senso il contributo che anche sotto di profilo della disciplina dell'illecito tale pronuncia fornisce: sebbene poco richiamata in questa sede giova segnalare che il provvedimento in esame ha prestato adeguata attenzione anche alla valutazione del carico probatorio suddiviso tra il medico e la gestante, oggetto di ulteriori speculazioni anche della giurisprudenza seguente. Cfr. in tal senso, *ex multis*, Cass., 22 marzo 2013, n. 7269, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, p. 1082; in *Danno e resp.*, 2013, p. 1072, con nota di C. TRECCANI, *Richiesta di accertamento diagnostico e onere della prova: i primi punti fermi della Corte di cassazione*; cfr. Cass., 30 maggio 2014, n. 12264, *ivi*, 2014, p. 1143, con nota di C. TRECCANI, *Omessa diagnosi di malformazioni del feto e ripartizione degli oneri probatori*; in *Giur. it.*, 2015, p. 50, con nota di A. VAPINO, *La prova della volontà abortiva ai fini del risarcimento da nascita indesiderata*. Infine, per un raffronto con la disciplina penale sempre avente ad oggetto la questione relativa alla *wrongful birth/life*, cfr. Cass. pen., 17 marzo 2014, n. 12360, in *Danno e resp.*, 2014, p. 1062, con nota di C. PETRUZZI, *Danno da nascita indesiderata e omessa diagnosi: prova del nesso causale*.

presentano dall'interrogativo posto secondo cui la necessità della sussistenza della soggettività giuridica rappresenti una *condicio sine qua non* per il conseguimento della tutela. Il nucleo della questione, infatti, pone in luce come la individuazione dell'art. 1 c.c. dell'acquisizione della capacità giuridica al momento della nascita fosse proiezione di una visione sistemica che ruotava intorno ad interessi e ragioni patrimoniali, sicuramente asservite ad una logica distinta da quella che pervade oggi l'universo giuridico.

Che la soggettività giuridica fosse necessaria per risultare destinatario di una tutela patrimoniale e personale è stato il *fil rouge* che nell'ultimo secolo ha mosso il legislatore, ma forse è cambiando il punto di vista che ci si può rendere conto di come una simile lettura renda privi di protezione alcuni fenomeni che di economico hanno ben poco e che risultano performanti alla sfera personale del soggetto.

La particolarità della fattispecie impone di abbandonare l'idea secondo cui solo il soggetto dotato di capacità giuridica possa esperire azione risarcitoria: tale assunto ha rilievo fondamentale nel caso in cui oggetto della controversia sia un diritto patrimoniale, ciò però assumerebbe i connotati di *vulnus* di tutela nel caso in cui si verta su diritti personali⁽⁴³⁾. A

⁽⁴³⁾ In adesione alla prospettiva squisitamente giurisprudenziale che ravvede nel concepito un "oggetto di tutela" più che un soggetto giuridico va certamente richiamata la posizione assunta da G. Cricenti, il quale afferma la superficialità della disputa nella misura in cui solitamente anche alle cose si è in grado di apprestare un più che elevato livello di tutela. Secondo l'Autore, infatti, la dicotomica lettura del sistema secondo cui tutto ciò che non rientra nel novero delle persone appartiene automaticamente alla categoria dei beni, rappresenta una fallace prospettiva che non lascia spiragli ad una visione più ampia e realista. La non appartenenza ai soggetti di diritto non deve rappresentare un problema per il nascituro ma anzi un punto di forza: forzare le maglie del sistema e voler attribuire l'etichetta di soggetto giuridico al concepito non può potenzialmente rafforzare la sua protezione, ma anzi solo far in modo che gli vengano riconosciuti una serie di falsi diritti che, fisiologicamente si acquistano al momento della venuta ad esistenza. Si può pertanto restare fedeli a quanto sanciva il legislatore già nel 1942 all'art 1 c.c. e garantire un adeguato livello di protezione ad un essere umano che non ancora è riconducibile al novero dei soggetti veri e propri, ma che, per volontà legislativa, è degno di certa tutela, quantomeno nelle sue sfumature squisitamente personali, fermo restando gli specifici diritti che il codice gli ha riconosciuto *illo tempore* in ambito successorio e in qualità di donatario: cfr. G. CRICENTI, *Breve critica della soggettività del concepito. I "falsi" diritti del nascituro*, in *Dir. fam. e pers.*, 2010, p. 465.

ben vedere, infatti, sebbene il sistema legislativo riconosca una soggettività parziale o particolarmente atteggiata, che individua taluni diritti come quello successorio o quello relativo alle donazioni, il concepito non viene definito soggetto di diritto, tuttavia ciò non comporta l'automatica impossibilità di ottenere una tutela rimediabile assumendo valore di oggetto di tutela *tout court*, che a gran voce ribadisce la consistenza personale dei diritti in questione.

Mutando, pertanto, il presupposto della prospettiva e non riconoscendo alcun ostacolo alla richiesta astratta del risarcimento del danno, giova interrogarsi sulla sostanziale lesione che il concepito subisce e il danno che può lamentare una volta venuto alla luce: il problema, pertanto, si sposta dalla identificazione del soggetto legittimato alla definizione del danno risarcibile, declassando la posizione del concepito da soggetto di diritto (secondo quando affermato dalla Suprema Corte nel 2009) ad oggetto di tutela⁽⁴⁴⁾.

La lesione, invero, che riveste valore preminente appare riconducibile al costituzionale diritto alla salute non solo inteso nella sua statica dimensione, di mancanza di patologia e malattia, ma anche nella sua prospettiva dinamica e quindi come sinonimo di benessere psico-fisico; inoltre, ulteriori violazioni si consolidano relative a valori imprescindibili della persona umana come quelli sanciti all'art. 2 della Carta Costituzionale, all'art. 3

⁽⁴⁴⁾ In tal senso giova sottolineare il disappunto di G. Ballarini in relazione alla presa di posizione della Corte di Cassazione del 2012 che sottolinea la valenza del concepito nella sua veste di oggetto di tutela. Invero, il mancato richiamo delle norme seppure frammentariamente riportate talvolta nel codice civile talaltra in normative settoriali, lascia nell'Autore l'amara consapevolezza che il sistema nel suo complesso non viene correttamente razionalizzato. La predisposizione di una serie di tutele che l'ordinamento predispone rendono certamente il concepito oggetto di protezione normativa, ma non può prescindere da quanto esplicitamente sancito in occasione della legislazione avente ad oggetto la procreazione medicalmente assistita che aggiunge senz'altro un *quid pluris* al puzzle rappresentato dalla ricostruzione dello *status* del nascituro. Inoltre, a detta dell'Autore, la pronuncia della Cassazione appare inconsciamente fragile quando, nel sostenere che il diritto leso sarebbe riconducibile al bene salute, non afferma convintamente, ma quasi sorvola, nell'individuazione del soggetto responsabile del pregiudizio, ponendo l'accento solo su chi (il medico) dovrà risarcire il danno. Ciò in ragione, probabilmente, della intima consapevolezza dell'insussistenza di un idoneo nesso causale, che possa giustificare una simile attribuzione di responsabilità. G. BALLARINI, *La soggettività del concepito e le incoerenze della Suprema Corte*, in *Dir. fam. e pers.*, 2013, p. 1488.

Cost. e all'uguaglianza, emergendone la violazione in ragione delle differenti condizioni di vita, e, infine, agli artt. 29, 30 e 31 Cost. nella misura in cui la vita familiare si presenta alterata rispetto alla sua ordinaria fisiologia. Ciò che emerge, dunque, non è una visione della lesione alla salute in senso stretto quanto piuttosto un danno da vita malformata, vissuta nella disabilità e limitata nelle sue sfumature individuali e sociali⁽⁴⁵⁾.

Il fulcro della questione, dunque, assume i connotati di una prospettiva rimediabile che mira a sollevare il neonato malformato dalla sua vita disagiata, che non incontra alternativa nella non nascita ma che pone in evidenza come la situazione vissuta sia patologica, dimensione confermata anche dall'alternativa proposta alla madre nella fase di gestazione che gode della scelta di abortire⁽⁴⁶⁾.

In tal senso merita attenzione la consistenza del nesso causale che si presenta nella sua prospettiva giuridica⁽⁴⁷⁾ e non squisitamente materiale:

⁽⁴⁵⁾ Serrata critica viene avanzata da chi sostiene vi sia un'ontologica incompatibilità tra i beni che risultano essere incomparabili tra loro ai fini della definizione del danno: la valutazione del pregiudizio infatti non sembra concentrarsi né sul danno da nascita né sull'*handicap* prodotto, quanto piuttosto sul concetto di vita disagiata e malformata *tout court* intesa. Il problema, dunque, sembra la ricerca di una lesione che, invero, di ingiusto ha poco in senso giuridico del termine, ma che si presenta come ingiusto umanamente. La patologia congenita che affligge il nato, infatti, lungi dall'essere riconducibile alla condotta negligente del medico risulta mera (e per certi versi, forzata) proiezione di un diritto/facoltà (concetto questo poco chiaro nel provvedimento) della madre, delineando un'obbligazione risarcitoria a carico del ginecologo che sembra protesa a funzioni punitive e sanzionatorie, più che squisitamente compensative. Cfr. in tal senso, A. MASTRORILLI, *To be or not to be: comparare l'incomparabile*, in *Danno e resp.*, 2013, p. 492.

⁽⁴⁶⁾ Particolarmente posta in evidenza tale dimensione da chi sostiene che la finalità propria della sentenza del 2012 era proprio quella di ristabilire un equilibrio di valenza sociale: quello che in Francia era stato perseguito dai Tribunali fino al 2007, quando l'*enfant préjudice* veniva riconosciuto al solo scopo di alleviare le sofferenze di una vita ingiusta, una rilettura del sistema che riconduceva alla responsabilità civile funzioni ultronee rispetto a quelle genericamente riconosciute nei sistemi di *civil law* e protese a *rationes* molteplici. Cfr. S. CACACE, *L'insostenibile vantaggio di non esser nato e la contraddizione che nol consente*, in *Danno e resp.*, 2016, p. 349.

⁽⁴⁷⁾ Particolarmente convinto della bontà di tale lettura del nesso causale chi ha affermato che relazione eziologica non sempre si presenta nella sua veste squisitamente naturalistica: ciò che emerge in tale caso è la prospettiva giuridica del nesso causa-effetto

certamente la consapevolezza che nella disciplina generica dell'illecito civile non è imprescindibile la contemporaneità tra evento e danno, l'idea che una condotta attiva od omissiva possa spiegare effetti negativi a distanza di tempo, seppur eziologicamente riconducibili al fatto illecito, rende pienamente coerente l'intero sistema aquiliano.

Su tale base la creazione giurisprudenziale si sprigiona aggiungendo un ulteriore assunto secondo cui la sussistenza del nesso causale sarebbe riscontrabile anche in assenza di una consequenzialità diretta tra fatto ed evento, ma ricavabile dalla sincronica lettura di due snodi principali della vicenda: da un lato la omessa diagnosi del medico, con conseguente mancata comunicazione della patologia che affliggeva il concepito; dall'altro il mancato esercizio della facoltà di scelta di interruzione della gravidanza, da cui discenderebbero entrambi i pregiudizi, sia quello della madre sia quello del neonato. Invero, secondo quanto elaborato dalla Corte di Cassazione il nesso causale implicherebbe l'equiparazione *quoad effecta* tra l'omissione che ha contribuito a produrre l'errore medico e l'omissione da cui deriva la nascita malformata, consentendo in tal modo al neonato di ottenere un ausilio economico che gli consenta di alleviare la condizione patologica che vive e vivrà per l'intera esistenza.

6. — *La posizione della Corte di Cassazione.*

La innovativa lettura sistematica avanzata nel 2012, dettata dal proposito di limitare i disagi di una vita *handicappata*, ha di fatto vissuto breve vita: la posizione favorevole al risarcimento del danno per lesione del diritto alla salute esperibile *iure proprio* dal concepito, ormai venuto alla luce, era basata

e a tal conclusione può giungersi solo se si comprende che nel medesimo essere sono presenti contemporaneamente il soggetto di diritto e l'essere concreto, il primo vittima del pregiudizio in senso giuridico, il secondo afflitto nella dimensione materiale. Da simile classificazione emerge l'astratta compatibilità col sistema di un nesso eziologico dalla valenza solo giuridica, come delineato nella pronuncia del 2012. Cfr. G. CRICENTI, *Il concepito e il diritto a non nascere*, in *Giur. it.*, 2013, p. 813.

su una visione sommariamente corretta se non fosse per la impostazione sistematica che si manifesta nella risarcibilità dei soli danni conseguenza, quei pregiudizi che, secondo quanto sancito dal legislatore di epoca fascista, sono connotati dal requisito dell'ingiustizia.

Invero, con la sentenza n. 25767 del dicembre 2015⁽⁴⁸⁾ la Corte di Cassazione si è nuovamente espressa relativamente alla esperibilità dell'azione risarcitoria da parte del nato malformato a causa di malattia congenita, patologia di cui il ginecologo non si è reso conto in fase di gestazione impedendo alla futura madre di optare per l'interruzione di gravidanza nel rispetto della normativa del 1978, ribaltando quanto definito in occasione della rilettura del sistema del 2012. Le Sezioni Unite, poco convinte dall'arresto di qualche anno prima, hanno ripercorso la elaborazione giurisprudenziale ponendo l'accento sul fatto che la natura compensativa della responsabilità implica la risarcibilità dei soli danni conseguenza⁽⁴⁹⁾, considerati ingiusti secondo quanto previsto all'art. 2043 c.c.

⁽⁴⁸⁾ Cass., Sez. un., 22 dicembre 2015, n. 25767, in *Corr. giur.*, 2016, p. 41, con commento di G. BILÒ, *Nascita e vita indesiderate: i contrasti giurisprudenziali all'esame delle Sezioni Unite*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, p. 443, con commento di F. PIRAINO, *I confini della responsabilità civile e la controversia sulle malformazioni genetiche del nascituro: il rifiuto del c.d. danno da vita indesiderata*, in *Giur. it.*, 2016, p. 543 con commento di D. CARUSI, *Omessa diagnosi prenatale: un contrordine ... e mezzo delle Sezioni unite*, in *Danno e resp.*, 2016, p. 349, con commento di S. CACACE, *L'insostenibile vantaggio di non esser nato e la contraddizione che nol consente*, in *Giur. it.*, 2016, p. 1392, con nota di M. RUSSO, *Omessa informativa sulle condizioni per l'interruzione della gravidanza: spunti in materia di legittimazione e prova*. La sentenza a Sez. Unite è l'epilogo della questione sottoposta alla seduta plenaria dall'ordinanza di rimessione Cass., 23 febbraio 2015, n. 3569, in *Danno e resp.*, 2015, p. 693, con commento di C. MADONIA, *Danno da nascita indesiderata: questioni controverse in attesa di giudizio*.

⁽⁴⁹⁾ Concetto correttamente evidenziato da chi ribadisce come la speculazione della sentenza del 2012 bypassasse il problema civilistico del danno conseguenza, mancando nella fattispecie *illo tempore* esaminata la lesione di un bene della vita. La contraddizione della pronuncia, secondo tale impostazione, si celava dietro la sintesi del pregiudizio nella condizione di vita malformata, concetto questo coadiuvato dall'individuazione dell'interesse protetto considerato quello finalizzato ad alleviare i disagi di una vita *handicappata*. Cfr. D. CARUSI, *Omessa diagnosi prenatale: un contrordine ... e mezzo delle Sezioni unite*, in *Giur. it.*, 2016, p. 543. In una prospettiva adesiva alla pronuncia del 2015 si consideri anche G. BILÒ, *Nascita e vita indesiderate: i contrasti giurisprudenziali all'esame delle Sezioni Unite*, in *Corr. giur.*, 2016, p. 41, che ribadisce come la rilettura garantita dalla corte di Cassazione vada condivisa in ragione

Senza dubbio quanto sostenuto in relazione alla non indispensabilità della soggettività giuridica per ottenere una tutela risarcitoria appare ribadito a gran voce: non può negarsi che lo *status* giuridico del concepito sta un po' stretto nella definizione di oggetto di tutela, in tal senso, la particolare protezione che il legislatore del '42 gli ha riservato ha posto in evidenza che tale situazione non è indifferente per il sistema giuridico. Inoltre, i richiami alcuni anni dopo effettuati da distinte normative (art. 1 della l. 405 del 1975; art. 1 della l. 194 del 1978; art. 1 della l. 40 del 2004) hanno lasciato intravedere un *climax* di tutela che il sistema nel suo complesso ha voluto continuare, quasi a voler consolidare come l'intero ordinamento sia scivolato in un concetto di protezione focalizzato più sul profilo personale che su quello patrimoniale.

Da ciò può desumersi la compatibilità di tale prospettiva con la disciplina risarcitoria, come del resto avviene per quanto concerne la lettura della particolare valenza in tale fattispecie del nesso causale⁽⁵⁰⁾, nella sua versione

della consistenza dallo "stretto valore giuridico", in grado di rispolverare giustamente e nella maniera più corretta la disciplina del nesso causale, ispirato a ragioni materiali e giuridiche, viceversa eziologicamente fallace se parametrato sul solo profilo giuridico.

⁽⁵⁰⁾ In tal senso P.G. Monateri, il quale, riconoscendo la indubbia componente retorica e speculativa della pronuncia, incontra il punto di frizione proprio nella rielaborazione del concetto di nesso causale in senso giuridico: a detta dell'Autore, infatti, tale prospettiva implicherebbe una strana discendenza del pregiudizio subito dal nascituro da una originaria lesione del diritto all'autodeterminazione della madre, ravvedendo inoltre una mistificazione tra due forme di danno, quello del neonato, biologico, e quello della gestante, morale, che non presentano, invero, alcuna convergenza. Sotto altro punto di vista poi, sembra che la Corte di Cassazione si confonda nell'inquadramento della definizione dell'interruzione di gravidanza, osmoticamente tesa tra la categoria del diritto e quella della facoltà, nel primo caso, in verità, comportando anche una drastica riduzione della protezione del concepito stesso. P.G. MONATERI, *Il danno al nascituro e la lesione della maternità cosciente e responsabile*, in *Corr. giur.*, 2013, p. 45. Inoltre, la difficile rilettura del nesso causale risulta criticata anche da chi ne sostiene la arbitraria interpretazione: invero, la finalità le regole eziologica sta nell'individuare esattamente i fattori che precedentemente hanno condizionato il dispiegarsi di quei determinati effetti. Nella lettura offerta dalla Corte di Cassazione nel 2012 tale meccanismo viene asservito a finalità di giustizia sociale, ma con l'errato richiamo all'elemento casuale dell'illecito civile. Secondo quanto osservato, infatti, la mancata interruzione di gravidanza non rappresenta l'antecedente eziologico, ma il mero evento precedente sotto un profilo strettamente cronologico. Vien da chiedersi dunque perché ciò

giuridica e non strettamente materiale. L'elemento, a ben vedere, di maggiore distonia con il sistema è rappresentato da quanto cristallizzatosi in merito al danno-conseguenza e alla relativa ingiustizia: il problema sorge nell'indagare la alternativa situazione in cui verrebbe a trovarsi il neonato in assenza dell'illecito e che andrebbe individuata nella non nascita. La *quaestio iuris* è legata al fatto che ai fini del meccanismo di liquidazione e di verifica dell'effettiva lesione arrecata in occasione dell'evento antiggiuridico è necessario delineare lo *status quo ante*, a cui il ripristino deve ispirarsi. Nel caso concreto, però, l'alternativa verosimilmente è rappresentata dalla non venuta alla luce del nascituro in ragione dell'aborto (presumibilmente) praticato dalla gestante, qualora correttamente informata relativamente alla congenita patologia di cui affetto il figlio⁽⁵¹⁾. Tale parametro di valutazione non si presenta idoneo a individuare un danno identificabile come ingiusto, in quanto, paradossalmente, l'illecito ha rappresentato un elemento migliorativo nella sfera giuridica del concepito che ha avuto la possibilità di nascere, sebbene malato.

Mancando, pertanto, il deterioramento dello stato di salute non può evincersi un vero e proprio danno ingiusto, a maggior ragione nel caso

che il medico non può evitare, poiché fuori dalla sua signoria causale, possa poi essergli imputato a titolo di negligenza. In tal senso, F. PIRAINO, *I confini della responsabilità civile e la controversia sulle malformazioni genetiche del nascituro: il rifiuto del c.d. danno da vita indesiderata*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, p. 443.

⁽⁵¹⁾ Sotto tale profilo la sentenza in esame è ferventemente critica da chi afferma sia avvenuta una sorta di deviazione del *focus* di origine: l'orientamento, infatti, che auspicava una legittimazione processuale del minore ad una tutela risarcitoria faceva leva su due distinti filoni, quello del "diritto a non nascere se non sano" e quello di più recente scoperta della lesione diacronica del diritto alla salute *ex art. 32 Cost.*, invero, pacificamente riconosciuta l'irrelevanza per il sistema giuridico del diritto a non nascere se malati, resta in piedi l'idea secondo cui un soggetto che subisce lesione in fase di gestazione può esperire relativa azione di risarcimento in caso di violazione di diritti inviolabili e personali, tra cui certamente affiora quello alla salute. In tale prospettiva merita censura la risoluzione della controversia da parte della Corte di Cassazione che nel dicembre 2015 si limita a ribadire quanto già noto in relazione al "diritto a non nascere se non sano", lasciando sbiadire la sullo sfondo la più interessante questione relativa alla tutela del diritto alla salute, forse unica strada, ad oggi, per garantire anche al nato malformato una qualche protezione, nonché un ristoro in ragione della disagiata vita. Cfr. in tal senso M. RUSSO, *Omessa informativa sulle condizioni per l'interruzione della gravidanza: spunti in materia di legittimazione e prova*, in *Giur. it.*, 2016, p. 1392.

specifico in cui l'alternativa sarebbe la non vita, un concetto quest'ultimo privo di tutela e di valore in un contesto giuridico in cui ogni singola norma, anche in relazione alla disciplina della maternità e dell'individuo, è protesa alla tutela del bene vita. Sulla base di quanto detto, pertanto, la Corte di Cassazione rivede quanto affermato nel 2012, facendo un balzo indietro e ribadendo che non sussiste alcun "diritto a non nascere se non sano", essendo il nostro sistema proiettato alla salvaguardia del bene vita, in un'ottica ormai distante da quella patrimoniale che aveva mosso il legislatore del 1942.

7. — *Conclusioni.*

Quanto emerso finora lascia trasparire la complessità, non solo apparente, della vicenda: ormai sullo sfondo la *questio iuris* relativa all'esatta individuazione dello *status* del concepito, la materia controversa resta la legittimazione ad agire del neonato malformato e la tipologia di danno di cui lo stesso può dolersi. Invero, tale percorso giurisprudenziale ha rappresentato l'occasione per render palese un duplice ordine di valutazioni: da un lato l'incontrovertibile *vis expansiva* del concetto di persona, oggi unico vero fulcro del sistema giuridico nel suo complesso; dall'altro la preminenza e importanza che la disciplina dell'illecito riveste nel dibattito dottrinale, a dispetto dell'originaria prospettiva che riconduceva la responsabilità aquiliana a mero *divertissement* della sola giurisprudenza.

In un contesto come quello attuale, in cui la Corte di Cassazione (anche alla luce della recente sent. del luglio 2017 n. 16601) sembra voler recepire le sollecitazioni dottrinali che fin dagli anni '60 insinuavano un concetto di responsabilità polifunzionale, dibattiti che si incentrano su nuove tipologie di danno e su finalità sottese al risarcimento che vanno ben oltre la mera compensazione, strizzando l'occhio a meccanismi di giustizia sociale e di logiche retributive, non devono impressionare.

L'illecito civile rappresenta ad oggi uno degli strumenti più pervasivi e potenti che il mondo giuridico ha a disposizione e sembra, sempre più, colorarsi di sfumature sanzionatorie e deterrenti: da ciò se ne deduce una

innata polivalenza che ne consente la declinazione anche in contesti dai contorni labili ed estremamente delicati. Il grande proliferare di voci di danno non patrimoniale, sul finire degli anni '80, ha dato la stura ad un dibattito che talvolta si è allontanato dalle regole squisitamente aquiliane protendendo a elaborazioni giurisprudenziali osmoticamente attratte da scopi distanti da quello ristorativo che caratterizza il risarcimento nel contesto civile.

Ne consegue, da un lato, la ridondanza di creazioni di danni giurisprudenziali come quello che deriva dalla lesione del "diritto a non nascere se non sano" e, dall'altro, la scaltrezza di chi, avvezzo alle regole dell'illecito aquiliano, mette da parte l'ipotetico pregiudizio proteso ad una "non vita" per galvanizzare il dibattito sull'incomprimibile diritto alla salute, concetto in grado di esplicitare anche un adeguato termine di paragone, necessario per la liquidazione del solo danno-conseguenza.

La questione è destinata a proseguire semplicemente perché non destinata a sfumare è l'elaborazione della responsabilità aquiliana, che vive oggi un vero *exploit*, traendo linfa da un contesto odierno di contaminazioni costanti che sembrano ridurre le distanze tra gli ordinamenti di *civil law* e quello di *common law*.