



La problematica soggettività giuridica del nascituro, con particolare riguardo al *diritto a nascer sani: Bioetica di un recente diritto*¹.

di

Francesco Rinaldi

Sommario: – 1. Premessa. – 2. La «pretesa patrimoniale» del nascituro: breve sintesi ricostruttiva. – 3. La «pretesa personale» del nascituro: *diritto a nascer sani*, danno da procreazione e responsabilità del medico. – 4. *Segue:* i soggetti coinvolti nell’ambito della vicenda procreativa. – 5. *Diritto a nascer sani* e *diritto a non nascere*. – 6. *Bioetica laica* e *bioetica cattolica*. – 7. – Cass., 2.10.2012, n. 16754: anamorfosi di una tutela del diritto alla salute del nascituro, ovvero la tutela del diritto alla salute del nascituro tra libertà di autodeterminazione e *diritto a non nascere se non sani* – 8. Considerazioni conclusive.

1. – La problematica soggettività giuridica del nascituro, in generale, e quella del *diritto a nascer sani* e *a non nascere*, in particolare – oggetto di una recente significativa decisione sulla quale pure ci si soffermerà nelle pagine che seguiranno² – ha assunto, oramai da tempo nel dibattito scientifico, una condizione di assoluta centralità.

La riflessione della dottrina e la rimeditazione della giurisprudenza circa le relative problematiche giuridiche è sollecitata dalla peculiarità dei beni di cui si discute: vita e salute della persona, beni «inevitabilmente destinati a venire maggiormente coinvolti in quella presa di coscienza dei valori legati alla piena realizzazione della persona che ha rappresentato il segno distintivo dell’evoluzione

¹ Il presente scritto costituisce la rivisitazione della *Relazione* tenuta in data 5.4.2013 presso l’Università degli Studi di Cassino e del Lazio Meridionale nell’ambito di un seminario organizzato dal Prof. Vincenzo Baldini all’interno delle attività del Corso di dottorato di ricerca in *Diritti fondamentali*.

² Ci si riferisce a CASS., 2.10.2012, n. 16754.

recente della società»³. «Declino del soggetto» e «ascesa della persona», per dirla con Oppo⁴ e Rodotà.

Si tratta di una tematica di peculiare complessità, nell'ambito della quale non sembra siano state trovate soluzioni del tutto adeguate.

Chi affronta un simile tema affronta diverse difficoltà, a cominciare dalla *interdisciplinarietà* della materia, che concerne non solo, per intendersi, la *scienza giuridica* – e, peraltro, più settori di questa⁵ –, ma anche altre materie scientifiche: *l'etica, la medicina, la biologia, la sociologia, la teologia*.

Tanto da rendere addirittura necessaria la «creazione» di una nuova «materia» in grado di contenere le differenti problematiche ad essa inerenti. Questa materia è definita *bioetica*⁶.

³ Così, E. QUADRI, *Profili della responsabilità medica con particolare riguardo alal ginecologia ed ostetricia: esperienze recenti e prospettive*, in *Resp. civ. e prev.*, 2004, 319 ss., al quale si rinvia anche per ogni opportuno approfondimento di natura bibliografica.

⁴ G. OPPO, *Declino del soggetto e ascesa della persona*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, 829 ss., relazione tenuta al Convegno in onore di Angelo Falzea, su «Scienza e insegnamento del diritto civile in Italia», Messina, 4-7 giugno 2002; S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, 2012, 140 ss.

⁵ A titolo esemplificativo, *il diritto romano, il diritto privato, il diritto costituzionale, il diritto penale, il diritto amministrativo, la storia e la filosofia del diritto*.

⁶ Si ricordi la monografia di VAN RENSSSELAER POTTER, *Bioetica. Ponte per il futuro* (1971), trad. it., Messina, Sichenia, 2000, l'oncologo americano che ha creato il sillogismo «bioetica». In proposito, E. D'ANTUONO, *Bioetica*, Napoli, 2003, 19 ss., osserva come «ponte» sia «la metafora che dice la necessità di una via di comunicazione tra i saperi cosiddetti scientifici e i saperi cosiddetti umanistici». All'a. si fa espresso rinvio per una significativa ricostruzione della «bioetica», in chiave storica e filosofica. I temi della bioetica sono indubbiamente molteplici, secondo una celebre esemplificativa ripartizione: «interventi sulla procreazione umana: contraccezione, aborto, tecniche per la riproduzione assistita, donazione dei gameti, dono dell'embrione, madre surrogata, scelta del sesso, crioconservazione di gameti, crioconservazione degli embrioni, partenogenesi, ectogenesi, gestazione dell'embrione umano da parte di specie non umane, clonazione, diagnosi prenatale, consultazione genetica, terapia genica, eugenismo, eugenetica, sterilizzazione degli handicappati mentali e delle persone geneticamente a rischio»; «interventi sul patrimonio genetico: manipolazione di elementi genetici non umani, interventi sul menoma umano, produzione attraverso l'ingegneria genetica di nuove forme di vita, manipolazioni transpecifiche»; «interventi concernenti la vecchiaia e la morte: accanimento terapeutico, eutanasia attiva o passiva, assistenza al suicidio, cure palliative, controllo dei processi di invecchiamento»; «interventi sul corpo umano: prelievi e trapianti di organi (compreso il trapianto di tessuti, segnatamente quello nervoso), protesi»; «manipolazione della personalità ed intervento sul cervello umano: neurochirurgia, ricerca e controllo del comportamento, psicotropi, neurochimica, interventi elettrici sul cervello»; «sperimentazione sugli esseri umani: embrioni soprannumerari, sperimentazione secondo le diverse età (bambino, adulto, morente) o secondo le diverse condizioni (volontario, sano,

Il sillogismo che compone il termine «bioetica» racchiude in sé l'«oggetto» di questa nuova materia, che è, appunto, rappresentato dalla «vita» dell'essere umano in tutte le sue proiezioni, avendo come obiettivo e valore preminente la necessità di assicurare la sua adeguata protezione.

«Diritto alla vita», dunque, largamente inteso, sotto i più vari ed imprevedibili profili, se si vuole, anche in discutibili termini negativi, di diritto, cioè, «alla non vita» e di diritti «adespota», ossia senza soggetto, non ritenendosi necessario, in quest'ultima accezione, il riscontro di una *soggettività giuridica*.

Quest'ultima prospettiva, con ogni dovuta precisazione e distinzione, sembra proprio essere riferibile all'ultima decisione della Suprema Corte intervenuta in argomento, che fonda la sua motivazione sul diritto alla salute del nato «non sano»⁷.

Un'altra difficoltà che l'interprete sembra incontrare è, poi, riassumibile nell'interrogativo, che comunemente ci si pone, se *l'Umanità* possa, ed in qual misura, eticamente e giuridicamente, di simili valori *vitali* giudicare e disporre. E, si potrebbe aggiungere, se un simile compito debba o meno competere al *giurista*, per quanto scontata in senso affermativo possa risultare la risposta; o, se invece, non sia da considerarsi preferibile – con ogni comprensibile e, forse, anche giusta contraria reazione – un'anomia del diritto.

Una ulteriore difficoltà, poi, è rappresentata dalla problematica individuazione del quadro normativo di riferimento, particolarmente ampio ed incerto.

Come molto di frequente oggi avviene, si avverte la problematica individuazione delle fonti di regolamentazione del fenomeno oggetto di indagine, ossia la tutela dei *diritti dei nascituri*. Diritti, questi, che non sembrano trovare ampio riscontro nell'ambito della scarna normativa di riferimento, nell'ambito

malato, prigioniero, handicappato mentale), a scopo terapeutico o di ricerca»; «interventi su esseri viventi non umani: sperimentazione sull'animale, la conservazione delle specie, le diverse incidenze della società tecnicizzata sulla biosfera, nuovi prodotti mutageni, armi biologiche», e così via dicendo (v. G. HOTTOIS-M.H. PARZIEAU, *Les mots de la bioéthique*, Bruxelles, 1995, 52 ss.). Altro sillogismo che pure viene utilizzato per indicare la suddetta materia è «biodiritto», per adoperare alcune tra le più significative espressioni descrittive del fenomeno in indagine.

⁷ Ci si riferisce a CASS., 2.10.2012, n. 16754, cit.

della quale la disciplina dei diritti dei nascituri – specialmente in termini di tutela di diritti fondamentali della persona –, sembra essere, in effetti, rimasta in ombra. Si consideri, difatti, la sostanziale assenza di regolamentazione sia nell’ambito della legge sull’aborto (l. 194 del 1978), sia nell’ambito della più recente legge in materia di riproduzione assistita (l. 40 del 2004) o, in tal caso sarebbe meglio dire, di quel che resta di questa legge dopo il *restyling* giurisprudenziale⁸.

⁸ Numerose disposizioni della l. n. 40 del 2004 sono state dichiarate incostituzionali da diverse decisioni della Corte (dal 2006 al 2009), con il risultato di un vero e proprio *restyling* giurisprudenziale. Ci si riferisce alla recente decisione di Corte Cost., sent. n. 151 dell’8.5.2009, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, II, 1123 e ss., con commento di G. Ferrando, *Fecondazione in vitro e diagnosi preimpianto dopo la decisione della Corte costituzionale*. La Corte, in materia di procreazione assistita e con specifico riferimento all’art. 14 della l. n. 40 del 2004, ha statuito quanto segue: «è costituzionalmente illegittimo, per contrasto con gli artt. 3 e 32 della Cost., l’art. 14 della l. n. 40 del 2004, nella parte in cui, fermo restando che le tecniche di produzione non devono creare un numero di embrioni superiore a quello strettamente necessario, limita tale numero a quello necessario “ad un unico e contemporaneo impianto, comunque non superiori a tre”. E’ costituzionalmente illegittimo, per contrasto con gli artt. 3 e 32 cost., l’art. 14, co. 3, della l. n. 40 del 2004, nella parte in cui non prevede che il trasferimento degli embrioni, da realizzare non appena possibile, come stabilisce tale norma, debba essere effettuato senza pregiudizio della salute della donna». La citata decisione appare significativa se la si legge in relazione ad un’altra decisione della Consulta di qualche anno precedente, che, con riferimento all’art. 13 della l. n. 40 del 2004 ha, invece, dichiarato manifestamente inammissibile la questione di legittimità costituzionale dell’art. 13 della l. 40/04 sollevata in riferimento agli artt. 2, 3, 32 cost., confermando, dunque, il divieto di diagnosi sugli embrioni da impiantare (ci si riferisce a Corte Cost. ord. 24.10.-9.11.2006, n. 369). Così, come neppure può evadersi il riferimento alla nota decisione della Corte cost. in materia di interruzione della gravidanza (Corte Cost., 18.2.1975, n. 27, in *Foro it.*, 1975, I, 515 ss. E si aggiunga anche il riferimento alla La legge 22 maggio 1978, n. 194, recante *Norme per la tutela sociale della maternità e sull’interruzione volontaria della gravidanza*, in *Gazz. Uff.*, 22 maggio, n. 140. Il testo integrale dell’art. 1, co. 1, che non ha subito modifiche, è il seguente: «lo Stato garantisce il diritto alla procreazione cosciente e responsabile, riconosce il valore sociale della maternità e tutela la vita umana dal suo inizio». Prosegue la norma, al co. 2, «l’interruzione volontaria della gravidanza, di cui alla presente legge, non è mezzo per il controllo delle nascite»; ed al co. 3, «lo Stato, le regioni e gli enti locali, nell’ambito delle proprie funzioni e competenze, promuovono e sviluppano i servizi socio-sanitari, nonché altre iniziative necessarie per evitare che lo aborto sia usato ai fini della limitazione delle nascite». In argomento, cfr. G. CASABURI, *Il restyling giurisprudenziale della l. n. 40 del 2004 sulla procreazione medicalmente assistita*, in *Giur. mer.*, 2009, 12, p. 3000 e ss.; nonché M. SESTA, *La procreazione medicalmente assistita tra legge, Corte costituzionale, giurisprudenza di merito e prassi medica*, in *Fam. e dir.*, 2010, p. 839 e ss. E si aggiunga, ancora, la recentissima decisione dalla Corte dei Diritti dell’Uomo dell’aprile 2010, che, seppure indirettamente (riguardando la decisione, l’Ordinamento austriaco), colpisce nuovamente la legislazione in materia di riproduzione assistita per ragioni di «discriminazione», con ovvie e possibili ricadute anche per l’Ordinamento italiano. Si tratta di Corte dei Diritti dell’Uomo, 1.4.2010, in www.olir.it: «in conclusion the Court finds that the Governement have not submitted a reasonable and objective justification for the difference in teatment between the third and fourth applicants, who are prevented by the prohibition of ova donation for artificial procreation under Section 3 of the Artificial

Il silenzio serbato dai citati interventi legislativi – perdendosi, pare potersi ritenere, una buona occasione per tentare, se non altro, di fare chiarezza circa le problematiche di riferimento – spinge, in primo luogo, a ricercare altrove le fonti di regolamentazione del fenomeno in indagine.

Come spesso accade, si fa ricorso alla Carta costituzionale – nell’ambito della fattispecie in esame, specialmente gli artt. 2, 3 e 32 Cost. –, tuttavia, non senza destare legittime perplessità⁹ circa una generalizzata applicazione delle norme costituzionali, in considerazione della loro natura sistemica ed identitaria¹⁰.

Il quadro normativo è destinato a complicarsi ulteriormente, non potendo essere omesso, naturalmente, il riferimento alle fonti *comunitarie* ed *europee*, ed in particolare, all’art. 2 della Convenzione europea dei diritti dell’uomo e all’art. 2, co.

Procreation Act from fulfilling their wish for a child, and a couple which may make use of artificial procreation techniques without resorting to ova donation. Accordingly, there has been a violation of Article 14 of the Convention taken in conjunction with Article 8 as regards the third and fourth applicants». Decisione annotata da F. SCIA, *Procreazione medicalmente assistita e status del generato, Percorsi giurisprudenziali e intervento legislativo*, Napoli, 2010, p. 28 e ss. All’a. si rinvia per una approfondita ed aggiornata disamina, anche di carattere comparativo, delle complesse questioni in materia di fecondazione assistita, oltre che per opportuni approfondimenti di natura bibliografica. In argomento, si cfr. anche B. LIBERALI, *La sentenza della corte europea dei diritti dell’uomo in tema di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo*, in *N. g. civ. comm.*, 2010, II, p. 556 e ss. Ed una ricaduta si è già verificata all’interno dell’Ordinamento, essendo stata posta questione di legittimità costituzionale dell’art. 4, co. 3, della l. n. 40, per possibile «contrasto con l’art. 117, co. 1, Cost., in relazione al combinato disposto degli artt. 8 e 14 CEDU – come interpretato dalla sentenza della CEDU del 1 aprile 2010 (...) – e con l’art. 3 Cost., nella parte in cui impone il divieto di ricorrere alla fecondazione medicalmente assistita di tipo eterologo». La questione di costituzionalità, di cui nel testo, è stata sollevata da Trib. Firenze, ord., 13.9.2010; Trib. Catania, ord. 21.10.2010, in *Fam. e dir.*, 2010, p. 1625 e ss., con commento di S. LA ROSA, *Il divieto di fecondazione eterologa va al vaglio della corte costituzionale. E’ di tutta evidenza l’interesse verso le determinazioni che la Consulta intenderà assumere sul tema, destinate ad aprire un nuovo capitolo nella complessa tmesi del fenomeno della riproduzione assistita in Italia. Per un ulteriore aggiornamento circa le vicende della l. n. 40 del 2004, anche in relazione alle ultime decisioni della Grande Chambre della Corte Europea dei Diritti dell’Uomo del 3.11.2011, v. G. BALDINI, Procreazione assistita ‘eterologa’ e diritti della persona tra principi costituzionali e pronunce della Corte EDU*, nella nostra *Rivista*, www.dirittifondamentali.it, 8.5.2012, pp. 1-54.

⁹ In argomento, basti rinviare a V. BALDINI, *Lo stato multicultural e il mito della Costituzione per valori*, in questa *Rivista*, 2012, 1 ss.; Id., *Diritto, pluralismo culturale, Costituzione. La prospettiva storico-filosofica quale ‘precomprensione’ per l’interpretazione dei valori costituzionali*, in *Multiculturalismo* a cura di V. Baldini, Padova, 2012, 1 ss.

¹⁰ Una simile applicazione è effettuata proprio dall’annotata decisione di CASS., 2.10.2012, n. 16754, che, a p. 44, in aggiunta agli articoli citati nel testo, invoca espressamente anche gli artt. 30, 31, 32 e 37 Cost.

1, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, per i quali «ogni individuo ha diritto alla vita».

Neppure può evadersi il riferimento, con riferimento al tema in indagine, almeno ad alcune tra le principali *Carte di diritti fondamentali* di altri Paesi. Il riferimento è, innanzitutto, alla Costituzione di *Weimar* che, all'art. 2, esplicitamente allude al diritto alla vita; ed alla *Dichiarazione di indipendenza degli Stati Uniti d'America*, della quale si ricorda un brano di apertura di straordinaria intensità: «noi riteniamo che tutti gli uomini sono creati uguali e che sono dotati dal loro Creatore di certi inalienabili diritti fra i quali quelli alla vita, alla libertà ed al perseguimento della felicità (...)».

Simili diritti, difatti, in quanto «diritti umani», sembrano essere del tutto indifferenti – o almeno così dovrebbe essere – ad anguste limitazioni territoriali ed anche di carattere «giuridico». In una simile prospettiva, sorprende sempre la semplicità delle scelte del legislatore «europeo» che, all'art. 1 della citata Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, afferma che la «dignità umana è inviolabile»; si badi, la dignità «umana» e non della «persona umana», con ovvia estensione, dunque, a qualsivoglia essere nel quale vi è «vita».

La edificazione di una *categoria* di diritti fondamentali del nascituro, in termini di diritti della *persona*, sconta, dunque, questo primo, significativo grado di indeterminatezza di fonti di riferimento.

Sotto questo profilo, meno problematica si rivela, invece, la ricerca condotta in ambito, come definirlo, strettamente privatistico, ossia in relazione alla pretesa patrimoniale del nascituro. Il Codice civile, esemplificando, prevede, in particolare, non molte, ma significative disposizioni normative che contemplan la protezione dei diritti patrimoniali dei nascituri.

Comincia, dunque, a manifestarsi un primo obiettivo della ricerca qui intrapresa sul quale confrontarsi, ossia l'opportunità, nel tentativo di ricostruire la problematica soggettività giuridica del nascituro, di tenere ben distinti il profilo della *pretesa personale* (cioè, di *diritti fondamentali*) e quello della *pretesa patrimoniale*

del nascituro. Al fine anche di poter dimostrare l'enorme divario che pare sussistere tra la normativa «privatistica, orientata, appunto, essenzialmente ad assicurare la pretesa patrimoniale del nascituro; e la normativa sovraordinata e costituzionale, diretta a governare la tutela della persona e delle sue proiezioni esistenziali.

Con una osservazione, però !

In entrambe le ipotesi non sembra affatto decisivo il quesito circa la soggettività giuridica del nascituro¹¹, se, cioè, da considerare come soggetto, individuo o persona, al fine dell'imputazione di situazioni giuridiche soggettive, essendo a tal fine sufficiente la sua appartenenza al *genus* umanità.

Come si osserverà nel prosieguo, questo prescindere del tutto dalla soggettività giuridica del concepito è alla base dell'ultima significativa decisione della Corte del 2012 intervenuta in argomento, che, in maniera esplicita, afferma la tutela del nascituro non come «soggetto», bensì, come «oggetto» di tutela, e con specifico riferimento, al diritto alla salute¹².

Si rende opportuna un'ulteriore considerazione.

¹¹ Cfr., G. OPPO, *L'inizio della vita umana*, in *Riv. dir. civ.*, 1982, 1, 499 ss., alle cui riflessioni, fondamentali in materia, si è fatto continuo riferimento; nonché R. ORESTANO, *Diritti soggettivi e diritti senza soggetto*, in *Azione, diritti soggettivi, persone giuridiche. Scienza del diritto e storia*, Bologna, 1978, spec. 187 ss. Nell'ambito della vasta bibliografia in materia di tutela dei diritti del nascituro, cfr., in particolare: N. LIPARI, *La maternità e sua tutela nell'ordinamento giuridico italiano: bilancio e prospettive*, in *Rass. dir. civ.*, 1986, 568 ss. SCHLESINGER, *La persona (rilevanza della nozione e opportunità di rivederne le principali caratteristiche)*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, I, 379 ss.; ed inoltre, SEVERINO, *Sull'embrione*, Milano, 2005, 7 ss.; LOMBARDI VALLAURI, *L'embrione e le vite diversamente importanti* in *Questioni di bioetica*, a cura di S. RODOTÀ, Roma-Bari, 1993, 361 e ss.; CARUSI, *In vita, «in vitro», in potenza. Verso una donazione dell'embrione soprannumerario ?*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2010, 2, 341 ss.; P. ZATTI, *Il duttile rigore: l'approccio di Giorgio Oppo al diritto della vita nascente*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, 457 ss.; STOLFI, *I nascituri non concepiti*, in *Annali Univ. di Macerata*, 1930, 109 ss.; A. FALZEA, *Il soggetto nel sistema dei fenomeni giuridici*, Milano, 1939; Id., *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, Milano, 1941; RUBINO, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, Milano, 1939, spec. 73 ss.; F. SANTORO PASSARELLI, *Lineamenti di diritto civile. Persone fisiche*, Padova, 1940, spec. 23 ss.; PUGLIATTI, *Gli istituti del diritto civile*, Milano, 1943; CASTIGLIONE-HUMANI, *Contributo allo studio giuridico della persona*, Roma, 1944; ALBERGO, *I nascituri*, in *Vita not.*, 1995, 2, CXV; A. FINOCCHIARIO, *Alcune questioni in tema di esercizio della potestà sui nascituri*, in *Vita not.*, 1998, 1, 111.

¹² V., *infra*, quanto indicato nel successivo § 7.

In un simile contesto non sembra neppure potersi prescindere dall'uso, in argomento, di un *linguaggio*¹³ quanto più possibile attento e sensibile alla profondità delle questioni trattate, che hanno pur sempre come termine di riferimento proiezioni esistenziali di tutti i soggetti coinvolti nell'ambito della vicenda procreativa: la giovane o meno giovane mamma, il nascituro, poi, nato, i familiari tutti ed il medico *curante*, che, in molti casi, porteranno per il resto dei loro giorni il fardello di una *vita* toccata da eventi terribili. Un fardello, questo, che può risultare anche insopportabile con drammatici epiloghi, specialmente in una società a *solidarietà immatura*, per non dire fortemente carente, e soprattutto nei confronti dei *soggetti deboli*¹⁴.

2. – Ma prima, per potersi comprendere appieno la problematica come posta, pare opportuno soffermarsi sulla tutela del nascituro sotto il profilo della titolarità

¹³ «Diritto e linguaggio hanno una piattaforma comune. Innanzi tutto, per la loro intima socialità, per la loro natura di dimensioni necessariamente intersoggettive: un solo uomo vivente su un pianeta remoto non ha bisogno, finché resta in solitudine, né dell'uno né dell'altro. In secondo luogo, per il loro fondamentale carattere di essere strumenti che ordinano la dimensione sociale del soggetto, il linguaggio permettendo una efficiente comunicazione, il diritto permettendo una pacifica convivenza. E', infatti, ordinamento del sociale che, dai balbettii dell'infante, si giunga al discorso compiuto tra adulti. E' ordinamento del sociale che si disciplini la ma convivenza col vicino o i miei accordi con altri uomini di affari» (così, P. GROSSI, *Prima lezione di diritto*, Roma-Bari, 2003, spec. 25 ss., al quale si rinvia anche per ogni opportuno approfondimento di natura bibliografica. Prosegue ancora l'a., in maniera particolarmente significativa: «chi parla in un certo modo idoneo e corretto, non lo fa per obbedire ad una regola ma per la convinzione di instaurare in tal guisa un efficace rapporto comunicativo con i suoi simili. E' lo stesso identico atteggiamento dei membri della fila, che osservano non per obbedienza ma perché convinti del valore insito nella proposta organizzativa, e si auto-ordinano». Ed infine, «un lettore non più tanto novizio, memore del gran parlare che molti giuristi hanno fatto e fanno del termine/concetto di 'sanzione', e memore anche di acri e accaniti dibattiti dottrinali in proposito, potrà meravigliarsi che non se ne sia mai parlato nelle nostre pagine. Disattenzione? Ignoranza? Il motivo è molto più semplice e sta tutto in quel che ora si precisava. La cosiddetta 'sanzione', definibile come la misura messa in atto per assicurare l'osservanza o, il che è lo stesso, per castigare l'inosservanza, è soltanto un espediente estraneo alla struttura del diritto, alla sua dimensione fisiologica. Noi siamo troppo spesso abbacinati da quel che avviene nello Stato, che è un ordinamento autoritario, dove il diritto si deforma in comando e dove l'evento terribile della sanzione è una sorta di appendice normale del comando, tanto normale da farla ritenere sua parte integrante. Ma di appendice si tratta, e avente a oggetto un evento assolutamente ipotetico: la possibile inosservanza».

¹⁴ Nota e diffusa è, nel nostro Paese – ma non solo –, la non del tutto giustificabile e condivisibile «caccia alle streghe».

dei rapporti giuridici patrimoniali, in relazione alla quale sembra sostanzialmente indifferente l'essere il nascituro¹⁵ considerato o meno «persona».

Il riferimento è, innanzitutto, all'art. 1 del cod. civ., norma di altissimo valore, frutto di un processo culturale e democratico conseguente alle grandi rivoluzioni liberali europee, specialmente francese ed inglese, con l'affermazione che tutti sono eguali dinanzi alla legge ed hanno la *capacità di diritti*. Attraverso la capacità giuridica si ha, difatti, ingresso nell'Ordinamento, divenendo soggetti di diritto. In una simile prospettiva, l'art. 1 del c.c. può essere considerato norma «fondamentale».

La tutela del nascituro, sia sotto il profilo della titolarità dei rapporti giuridici negoziali e patrimoniali, sia sotto quello dell'attribuzione dei diritti fondamentali, pone, innanzitutto, una questione di imputazione di situazioni giuridiche soggettive, che nel caso dei nascituri, ed almeno con riferimento alla pretesa patrimoniale, si usa giustificare attraverso diverse ed eterogenee formule¹⁶.

¹⁵ Sul «valore uomo», come «valore assoluto in ogni sua espressione di vita», autorevolmente A. TRABUCCHI, *Il figlio, nato o nascituro*, *inaestimabilis res, e non soltanto res extra commercium*, in *Riv. dir. civ.*, 1991, I, 211 ss.

¹⁶ Vasta la bibliografia in materia di nascituri, tra i numerosi Autori, si ricordi STOLFI, *I nascituri non concepiti*, in *Annali Univ. di Macerata*, 1930, 109 ss.; A. FALZEA, *Il soggetto nel sistema dei fenomeni giuridici*, Milano, 1939; Id., *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, Milano, 1941; RUBINO, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, Milano, 1939, spec. 73 ss.; F. SANTORO PASSARELLI, *Lineamenti di diritto civile. Persone fisiche*, Padova, 1940, spec. 23 ss.; PUGLIATTI, *Gli istituti del diritto civile*, Milano, 1943; CASTIGLIONE-HUMANI, *Contributo allo studio giuridico della persona*, Roma, 1944; ALBERGO, *I nascituri*, in *Vita not.*, 1995, 2, CXV; A. FINOCCHIARIO, *Alcune questioni in tema di esercizio della potestà sui nascituri*, in *Vita not.*, 1998, 1, 111 ss.; R. NICOLO', *La vocazione ereditaria diretta e indiretta*, Messina, 1934, spec. 66 ss.; G. OPPO, *Note sull'istituzione di non concepiti*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1948, 66 ss.; GANGI, *La successione testamentaria nel vigente diritto italiano*, Milano, I, 1952, 279 ss.; V.M. TRIMARCHI, *L'eredità giacente*, Milano, 1954, spec. 23 ss.; A. CICU, *Successioni per causa di morte*, in *Tratt. dir. civ. e comm.* Diretto da A. Cicu e F. Messineo, Milano, 1961, spec. 28 ss.; AZZARITI-MARTINEZ, *Successioni per causa di morte e donazioni*, Padova, 1963, spec. 18 ss.; MIGLIORI, *I nascituri e un quesito in materia di divisione*, in *Riv. not.*, 1958, 479 ss.; PRATIS, *Alienazione di cose attribuite a nascituri per donazioni o per atti mortis causa*, in *Giur. completa Cass. civ.*, 1953, 72 ss.; G. STOLFI, *In tema di vendita delle cose donate ai non concepiti*, in *Foro it.*, 1953, 1, 298 ss.; TORRENTE, *La donazione*, in *Tratt. dir. civ. e comm.* Diretto da Cicu e Messineo, 1956, 363; B. BIONDI, *Le Donazioni*, in *Tratt. dir. civ.* diretto da F. Vassalli, Torino, 1961, 253 ss.; A. PALAZZO, *Le donazioni*, in *Comm. cod. civ.* a cura di P. Schlesinger, Milano, 2000, 263.

Si badi, però, «in nessuno di questi sensi è preliminare e decisivo il quesito se il concepito sia o non sia persona: giudizio che da un lato presuppone l'esame dei dati normativi, dall'altro non condiziona la verifica della rilevanza neanche di una tutela riferita allo stesso concepito»¹⁷.

Un'analisi in materia sembra, dunque, dover iniziare da un seppur breve esame delle norme del codice civile di immediato riferimento.

In primo luogo, la suindicata norma di apertura del codice civile, ossia l'art. 1, per il quale «la capacità giuridica si acquista al momento della nascita», e, prosegue il comma 2, «i diritti che la legge riconosce a favore del concepito sono subordinati all'evento della nascita».

L'acquisto di diritti, ossia la pretesa patrimoniale, sia da parte del concepito, sia del non concepito, viene giustificata e ricostruita attraverso l'uso di formule diverse. Possono essere ricondotte a tre principali ricostruzioni le impostazioni in materia di capacità patrimoniale dei nascituri¹⁸.

Secondo una prima ricostruzione, si configurerebbe un'ipotesi di fattispecie a formazione progressiva e complessa, che si completa con l'evento della nascita, che opererebbe come *condicio iuris*, senza la necessità di riconoscere in favore del nascituro una «soggettività» o «capacità giuridica anticipata». La fattispecie acquisitiva del diritto attribuito al nascituro si perfezionerebbe, in ogni caso, con la nascita, che opererebbe come *condicio iuris*, cui è subordinata la venuta ad esistenza della capacità giuridica (v. art. 1 c.c.)¹⁹.

¹⁷ Così, l'insigne Maestro, G. OPPO, *L'inizio della vita umana*, cit., 499 ss.

¹⁸ Per una significativa e completa sintesi delle diverse dottrine in materia, v. SCARDULLA, voce *Nascituro (dir. civ.)*, in *Enc. dir.*, 1977, 541 ss.

¹⁹ Per tutti, cfr. F. CARNELUTTI, *Nuovo profilo della istituzione dei nascituri*, in *Foro pad.*, 1954, IV, 57 ss.; F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, Milano, 1959, I, 216 ss.; F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1945, 9 ss.; P. RESCIGNO, voce *Nascita* in *Dig. Disc. Priv.*, XII, Torino, 1995. In giurisprudenza, si ricordi CASS., 1.8.1958, n. 2844, in *Foro it. Mass.*, 1958, 58 ss.; CASS., 28.12.1973, n. 3467, voce *capacità*, in *Rep. Foro it.*, 1974, n. 1. Particolarmente significative, in tale prospettiva, le considerazioni di BARASSI, *Istituzioni di diritto civile*, Milano, 1945, 34, per il quale, con riferimento al concepito, «qui il soggetto è in processo di formazione; la legge deve preoccuparsene nell'attesa e nella speranza che questo soggetto in gestazione si trasformi in una vera persona fisica capace di diritti soggettivi». Pertanto, i diritti che la legge attribuisce al concepito devono intendersi «subordinati all'evento

Secondo altra impostazione, invece, l'Ordinamento attribuirebbe ai nascituri una vera «soggettività giuridica anticipata», riconosciuta, non senza obiezioni, in favore di tali soggetti. «Soggettività giuridica anticipata», questa, che viene, poi, descritta in maniera differente, a volte come affermazione di una «personalità strumentale», altre come «capacità parziale», attraverso la quale il legislatore avrebbe inteso risolvere ogni tormentata questione in materia, subordinando ogni effetto attributivo alla nascita del soggetto «futuro»²⁰.

Infine, in maniera particolarmente significativa, secondo una terza ed opposta concezione, invece, si configurerebbero dei «diritti adespota», cioè, diritti «senza titolare», non ritenendosi necessario ricorrere a quella che, secondo tale impostazione, viene definita una «*fictio*» giuridica, qual è la soggettività giuridica anticipata. Più semplicemente, nel caso di nascituri, l'Ordinamento avrebbe inteso prescindere dall'esistenza del soggetto, e così di una sua soggettività e/o capacità giuridica, rendendoli, comunque, titolari di diritti patrimoniali²¹. Questa ricostruzione è destinata ad assumere particolare significato con riferimento all'attribuzione dei diritti fondamentali in favore dei nascituri (concepiti e non concepiti), a questi, appunto, attribuiti a prescindere da una effettiva soggettività, in quanto appartenenti al *genus* umanità. La teoria degli *adespota*, dunque, è negatrice della soggettività – non ritenuta necessaria al fine dell'imputazione della situazione giuridica soggettiva – del nascituro.

Che l'acquisto di diritti patrimoniali da parte del concepito, ed anche del non concepito, configuri fattispecie a formazione progressiva e complessa, o, piuttosto, espressione di una «soggettività giuridica anticipata», o, ancora, affermazione di una «personalità strumentale» o di una «capacità parziale», il legislatore sembra

della nascita», venendosi a creare, nell'attesa, una situazione di aspettativa giuridicamente rilevante. In tale prospettiva, sembra porsi, in maniera particolarmente significativa ed efficace, C. TRINCHILLO, *Riflessioni sui nascituri e sull'art. 715 c.c.*, in *Riv. del not.*, 2000, 621 ss.

²⁰ Riconoscono tale soggettività in favore dei nascituri, e con specifico riferimento alla materia successoria, L. COVIELLO jr., voce *Capacità di succedere a causa di morte*, in *Enc. dir.*, VI, Milano, 1960, 54 ss.; L. CARIOTA FERRARA, *Le successioni per causa di morte*, Napoli, 1961, 85 ss.

²¹ In tal senso, in particolare, B. BIONDI, *Le donazioni*, cit., spec. 245 ss. In materia, OPPO, *L'inizio della vita umana*, cit., 499 ss.; e ORESTANO, *Diritti soggettivi e diritti senza soggetto*, cit., 187 ss.

aver risolto ogni tormentata questione in materia, subordinando ogni effetto attributivo alla nascita del soggetto «futuro».

Prescindendo, in questa sede, da un approfondimento delle diverse, contrapposte ricostruzioni ora accennate, è, però, opportuno chiedersi il perché della scelta legislativa di subordinare all'evento della nascita l'attribuzione della capacità giuridica, in ambito privatistico specificamente patrimoniale. Ebbene, la ragione sembra consistere nella circostanza che, in tale momento della nascita, il «soggetto» diventa «individuo», si completa, cioè, quel processo di «individualizzazione» necessario al fine dell'attribuzione di diritti.

Si giustificano, in tal senso, disposizione patrimoniali, quali l'art. 320, co. 1, del c.c., che attribuisce ai genitori la rappresentanza e l'amministrazione dei beni spettanti ai «figli nati e nati in tutti gli atti civili»; l'art. 462 del c.c., che riconosce in favore del concepito ed anche del non concepito la capacità a succedere; l'art. 643 del c.c., in materia di amministrazione di beni ereditari «in caso di eredi nati»; la complessa norma di cui all'art. 715 del c.c., in materia di divisione ereditaria alla quale partecipino anche nati; l'art. 768-bis in materia di patto di famiglia al quale «partecipino» anche nati²²; l'art. 784 del c.c., in materia di donazione in favore di nati e l'art. 785 c.c., in materia di donazione obnuziale in favore di nati; nonché l'assicurazione sulla vita, «propria o di un terzo» ed anche in favore di terzi nati (artt. 1919 e ss. del c.c.); ed i complessi rapporti tra attività d'impresa, in forma collettiva ed individuale, e nati.

Da una lettura complessiva e sistematica di tali norme, seppure con le dovute precisazioni e distinzioni, sembra emergere che l'Ordinamento, a prescindere dal riconoscimento di una «soggettività giuridica anticipata» in favore dei nati, preveda, tuttavia, la possibilità di, sia pur limitate, attribuzioni patrimoniali in favore dei medesimi, sottoponendo l'efficacia di queste, appunto, al fatto giuridicamente rilevante della nascita, che opera come *condicio iuris* sospensiva.

²² Cfr. G. PERLINGIERI, *Il patto di famiglia tra bilanciamento dei principi e valutazione comparativa degli interessi*, in *Rass. dir. civ.*, 2008, 146 ss., ma spec. 165 ss., cui si rinvia anche per ogni opportuno approfondimento di natura bibliografica.

In tale prospettiva, è, altresì, utile tenere distinta l'attribuzione in favore di un nascituro già concepito da quella in favore di un nascituro non concepito²³. Nel primo caso, si avrebbe l'ipotesi di fattispecie a formazione progressiva e complessa, destinata a completarsi, in tutti i suoi elementi, con la nascita, essendovi una *spes hominis*. Nel caso del nascituro non concepito, invece, si configurerebbe una pura fattispecie condizionale, subordinata alla *condicio iuris* sospensiva della nascita²⁴.

Naturalmente, pare potersi osservare, tali questioni non si porrebbero nel caso in cui si aderisse alla accennata teoria dei «diritti adespota», come accennato, negatrice della necessità di una soggettività giuridica del nascituro.

Anche le richiamate norme in materia del codice civile sembrano, tuttavia, andare in senso contrario alla necessità del riconoscimento in favore del nascituro, anche concepito, di una discutibile *soggettività giuridica anticipata*, dal momento che al di fuori dei casi tassativi previsti dal legislatore non sembra riconoscersi ai nascituri una soggettività e/o capacità giuridica generalizzata, nel senso di titolarità, seppure futura, di pretese patrimoniali, atteso che non sembrano poter essere considerati né parte contrattuale né soggetti «rappresentabili», al di fuori delle ipotesi normativamente, quindi, tassativamente, previste, trattandosi, in ogni caso, di soggetti non esistenti.

²³ Cfr. TRINCHILLO, *Riflessioni sui nascituri e sull'art. 715 c.c.*, cit., il quale ricorda le riflessioni del LANFRANCHI, voce *Nascituri (Diritto Romano)*, in *Noviss. Dig. It.*, XI, Torino, 1965, per il quale «la figura del nascituro nel diritto romano, nel corso delle varie epoche, ha subito una profonda evoluzione: dall'intransigenza dei giureconsulti del periodo classico, per i quali il «*conceptus nondum editus*» non è «*in rebus humanis*», si perviene ad una maggiore elasticità nello «*ius civile*», quanto meno per il «*conceptus ex iustis nuptis*». Nell'età imperiale assumono rilievo i «*commoda*» del nascituro, anche la riserva a suo favore di diritti acquisibili al momento della nascita, ma con effetto retroattivo. Tuttavia, non va ritenuto che la massima «*conceptus pro iam nato habetur*» sia dovuta ai compilatori giustiniani, in quanto per il diritto romano, anche nella fase finale, il requisito per l'acquisto della capacità giuridica è costituito dalla nascita. La massima è dovuta pertanto ad interpolatori o ad interpreti posteriori alla compilazione giustiniana, portati a generalizzazioni o semplificazioni tese più all'efficacia rappresentativa che alla precisione dei concetti». In materia, cfr., altresì, ALBERTARIO, *Conceptus pro iam nato habetur*, in *Studi di diritto romano*, I, 1933; BUSO, *La rappresentanza negli atti inter vivos dei nascituri*, in *Riv. dir. priv.*, 1933, II, 32 ss.; CASTELLO, *Sulla condizione del figlio concepito legittimamente e illegittimamente nel diritto romano*, in *Rév. Intern. Droit Antiquité*, IV, 1950, 267 ss.

²⁴ L'inesistenza del soggetto destinatario degli effetti giuridici della disposizione in suo favore, potrebbe configurare un'ipotesi, non di semplice inefficacia dell'atto, ma di inesistenza.

L'assenza di produzione immediata di effetti giuridici in favore del nascituro, concepito e non concepito, sembra, difatti, indurre a poter ritenere *fictio iuris* il riconoscimento di una «soggettività giuridica anticipata» in favore del medesimo, che, comunque, come magistralmente afferma Giorgio Oppo, si mostra neutra sotto il profilo della protezione di tale soggetto da parte dell'Ordinamento, a prescindere, cioè, dal considerarlo o meno come «persona», seppure *in fieri*.

Un dibattito in materia, condotto in tale direzione, può, pertanto, apparire sterile. Osserva, in proposito, Oppo, «basta questo, per ipotizzare una persona o un personalità del concepito, ancorché l'art. 1 del codice rinvii l'acquisto della capacità giuridica alla nascita? Non sembra»²⁵.

Non è possibile in questa sede, anche per ragioni di sintesi, esaminare ogni singola disposizione normativa di riferimento, dalle quali pare, tuttavia, possibile, con ogni dovuta distinzione e precisazione, trarre alcune considerazioni di carattere generale.

Fattispecie particolarmente significative nel senso innanzi indicato, a sostegno, cioè, della non necessità di riconoscere una «finta» soggettività giuridica anticipata in favore dei nascituri, sembrano essere, in particolare, quelle di cui all'art. 462 del c.c., in materia di capacità dei nascituri a ricevere per successione; all'art. 643 del c.c., in materia di amministrazione e rappresentanza in ordine a beni ereditari attribuiti ai nascituri; all'art. 784 del c.c., in materia di donazione in favore di nascituri; nonché, ipotesi particolarmente interessante, quella di cui all'art. 715 del c.c., in materia di divisione ereditaria alla quale partecipino soggetti nascituri, concepiti e non concepiti, significativamente rubricata come *casi di impedimento alla divisione*²⁶.

²⁵ OPPO, *L'inizio della vita umana*, cit., 502 ss.

²⁶ Cfr., in particolare, TRINCHILLO, *Riflessioni sui nascituri e sull'art. 715 c.c.*, cit.; CARRESI, voce *Nascituri (Diritto Vigente)*, in *Noviss. Dig. It.*, XI, Torino, 1965; DOGLIOTTI, in *Trattato di diritto privato* a cura di P. Rescigno, II, Torino, 1982, 9 ss. Per la piena comprensione di tale norma se ne rende opportuno il suo inquadramento sistematico. Dettata sintomaticamente dopo gli artt. 713 e 714 del c.c., fa esplicito riferimento alla divisione giudiziale, alla quale ciascun erede condividente può ricorrere, effettuando la relativa istanza di volontaria giurisdizione; e, rubricata «impedimenti alla divisione», pone ben in evidenza come la presenza di un nascituro

in sede di divisione ereditaria, senza distinguere tra concepiti e non concepiti ed a prescindere dalla istituzione o meno in quote ereditarie, costituisca «impedimento» alla divisione, che, però, può essere nel senso indicato rimosso. Sotto il profilo procedurale, è, poi, interessante la natura di norma anche processuale dell'art. 715 del c.c., nel senso, cioè, che è sicuramente applicabile nel caso di non concepiti. In caso di concepiti, invece, può discutersi se la descritta istanza di volontaria giurisdizione, al fine di rimuovere l'«impedimento» alla divisione, debba essere effettuata attraverso l'uso della previsione autonoma di cui all'art. 715 del c.c. o, piuttosto, applicando le ordinarie regole in materia di volontaria giurisdizione. In considerazione del fatto che, in caso di concepiti, i futuri genitori, si è osservato, ne hanno la rappresentanza e l'amministrazione dei beni ereditari, secondo le previsioni di cui agli artt. 643 e 644 del c.c., e trattandosi, inoltre, comunque, di *spes hominis*. Pertanto, potrebbe sostenersi che competente a ricevere la relativa istanza di divisione ereditaria sia il Tribunale Ordinario, in finzione di giudice delle successioni, non secondo la previsione autonoma di cui all'art. 715 del c.c., bensì secondo le regole ordinarie di cui agli artt. 643, 644 del c.c. e 782 del c.p.c. Tale peculiare disciplina suscita alcuni interrogativi. In primo luogo, chi è legittimato a presentare l'istanza per l'autorizzazione alla divisione ereditaria nella quale siano presenti coeredi nascituri? E, qual è l'autorità giudiziaria competente? Ebbene, alla luce delle riflessioni che precedono e dei principi generali che regolano la materia, sembra potersi osservare che, essendo i nascituri, concepiti e non concepiti, soggetti inesistenti, non potranno essere considerati parte dell'atto di divisione, sicché non potranno ritenersi legittimati alla presentazione di detta istanza i rappresentanti legali (i futuri genitori), ma soltanto i coeredi dividendi viventi. I rappresentanti legali dei nascituri potranno, al più, effettuare, secondo le previsioni di cui agli artt. 320, co. 1, del c.c., e 105 del c.p.c., un intervento volontario all'interno del procedimento di volontaria giurisdizione per ottenere la divisione, al fine di rappresentare gli interessi dei nascituri. Per quanto concerne, poi, il Giudice competente, sembra potersi ritenere il Tribunale Ordinario del luogo di apertura della successione, ma come autonoma previsione, ossia ai sensi e per gli effetti degli artt. 715 del c.c. e 38, co. 2, disp. att., del c.c., e non, invece, ex artt. 747 o 782 del c.p.c., come pure si è sostenuto. A conferma di tale conclusione, si consideri, altresì, la non equiparabilità dei nascituri agli incapaci e conseguentemente la non necessità dell'acquisizione del parere del Giudice tutelare (v. art. 747, co. 2, del c.p.c.), attesa anche la diversità degli interessi protetti, come in precedenza osservato. Un'ultima osservazione s'impone in materia di divisione con coeredi nascituri. Con specifico riferimento soltanto al caso di non concepiti, nella norma in esame (l'art. 715, ult. co., del c.c.) rileva pure la istituzione di questi con o senza determinazione di quote, dispone l'art. 715, ult. co., del c.c.: «se i nascituri non concepiti sono istituiti senza determinazione di quote, l'autorità giudiziaria può attribuire agli altri coeredi tutti i beni ereditari o parte di essi, secondo le circostanze, disponendo le opportune cautele nell'interesse dei nascituri». Se vi è determinazione di quote, valgono le stesse regole stabilite per i nascituri concepiti (v. art. 715, co. 1 e 2, c.c.); se non vi è istituzione in quota ereditaria, l'art. 715, ult. co., c.c., prevede la possibilità, con ricorso all'autorità giudiziaria di devolvere tutti i beni ereditari o parte di essi agli altri coeredi dividendi viventi, salva la disposizione di opportune cautele, configurandosi, in tal caso, una vera e propria ipotesi di esclusione dalla divisione. In tal senso, cfr., in particolare, G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, II, Milano, 1982, 704 ss. Osserva l'a. «non si ha, in tal caso, un vero atto divisorio, ma un provvedimento di esclusione perché il giudice nulla attribuisce ai nascituri non concepiti, ma li elimina dalla comunione, assegnando tutti i beni ereditari ai coeredi esistenti. Questo provvedimento, peraltro, non avrà carattere definitivo, ma provvisorio perché si ritiene sottoposto, come risulta anche dalla relazione al codice, alla condizione risolutiva della nascita». L'art. 715 del c.c. si ritiene applicabile anche in caso di donazione nell'ambito della quale siano presenti, quali donatari, nascituri, concepiti e non concepiti. In tal caso, il Giudice competente sarà il

L'art. 462 del c.c., nell'attribuire ai nascituri la capacità a ricevere per successione legittima e testamentaria²⁷, configura ipotesi di delazione dell'eredità sospensivamente condizionata all'evento della nascita (*condicio iuris*). Si tratta, cioè, di una delazione dei beni ereditari non ancora divenuta attuale ed efficace, sicché l'eredità devoluta ai nascituri non potrà essere accettata dai futuri genitori (secondo le modalità di cui all'art. 320, co. 3, del c.c.), fino a che non ne sopravvenga la nascita, divenendo, in tale momento, attuale la delazione²⁸. Si esclude, pertanto, un diritto del nascituro ad accettare l'eredità prima della sua nascita²⁹.

Anche l'art. 643 del c.c., norma particolarmente complessa, sembra fornire ulteriore argomento a sostegno della natura di fattispecie sospensivamente condizionata delle attribuzioni in favore dei nascituri, confermando, in particolare, la costruzione della istituzione ereditaria del nascituro come ipotesi di istituzione di erede sotto condizione sospensiva³⁰.

La norma che si annota pone una prima distinzione: se si tratta di concepiti, i genitori, o quello che esercita in via esclusiva la potestà (v. art. 317 del c.c.),

Tribunale Ordinario argomentando dall'art. 38, co. 2, disp. att., del c.c., del luogo del domicilio dell'istante, presumibile luogo di nascita del futuro donatario. Fortemente dibattuta è la legittimazione al ricorso di volontaria giurisdizione. Per una sintesi, v. G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, II, cit., 807 ss.; A. PALAZZO, *Le Donazioni*, cit., 263 ss.

²⁷ Se concepiti, solo per testamento, se non concepiti, e, seppure a determinate condizioni.

²⁸ Nel senso della istituzione ereditaria sospensivamente condizionata all'evento della nascita, operante come *condicio iuris*, cfr. CARNELUTTI, *Nuovo profilo della istituzione dei nascituri*, cit.; MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, cit.; ed in giurisprudenza, si ricordi CASS., 1.8.1958, n. 2844, cit. In senso contrario, invece, F. SANTORO PASSARELLI, *Su un nuovo profilo dell'istituzione dei nascituri*, in *Foro pad.*, 1954, III, 65; Id., in *Scritti giuridici raccolti per il centenario della casa Novene*, Napoli, 1954, 291 ss.; L. COVIELLO jr., voce *Capacità di succedere a causa di morte*, in *Enc. dir.*, VI, Milano, 1960, 54 ss.; L. CARIOTA FERRARA, *Le successioni per causa di morte*, Napoli, 1961, 85 ss.

²⁹ Cfr., in particolare, SANTARCANGELO, *La volontaria giurisdizione nella attività negoziale*, III, Milano, 1986, 415.

³⁰ In materia, cfr. C.M. BIANCA, *Diritto civile, 2, La famiglia. Le successioni*, Milano, 2001, 405 ss.; V.M. TRIMARCHI, *L'eredità giacente*, Milano, 1954, 23 ss.; GROSSO-BURDESE, *Le successioni, Parte generale*, Torino, 1977, 108 ss.; SANTARCANGELO, *La volontaria giurisdizione nella attività negoziale*, III, cit., spec. 396 ss.; ed in maniera particolarmente significativa, P. LOREFICE, *Dei provvedimenti di successione*, in *Tratt. della Vol. Giurisd.* diretto da F. VERDE, 98, il quale osserva che «se la capacità giuridica è la idoneità ad essere titolare di situazioni soggettive e se il diritto soggettivo è la forma di tutela, che l'ordinamento attua con riguardo all'interesse di un soggetto, è chiaro che in mancanza di quest'ultimo, non potrà aversi (un suo) interesse, quindi (un suo) diritto soggettivo, quindi ancora e da ultimo (una sua) capacità giuridica».

rappresentano il nascituro ed amministrano i beni al medesimo devoluti fino al verificarsi della condizione della nascita; nel caso di non concepiti, l'amministrazione dei beni devoluti ai nascituri spetta, invece, ai soggetti indicati nell'art. 642 del c.c.³¹, mentre la rappresentanza del nascituro compete sempre ai futuri genitori.

Si badi, però, sia i genitori (nel caso di concepiti), sia i soggetti indicati dall'art. 642 del c.c. (nel caso di non concepiti), dovranno, nell'amministrare tali beni, osservare le regole dettate in materia di curatori dell'eredità giacente (v. artt. 528 del c.c. e 782-783 del c.p.c.), secondo la previsione di cui all'art. 644 del c.c.

La disposizione risulta di particolare interesse, atteso che tali «amministratori» dei beni devoluti a nascituri agiranno quali curatori dell'eredità giacente, nell'interesse, pertanto, non dei nascituri, in quanto soggetti non ancora esistenti, bensì nell'interesse dell'eredità.

Inoltre, la rappresentanza, cui fa riferimento l'art. 643 del c.c., con particolare riferimento alla dissociazione dall'amministrazione dei beni, che si verifica nel caso di non concepiti, deve essere intesa, non in senso, come dire, «tecnico» o «proprio», cioè, nel senso della rappresentanza legale, bensì, più semplicemente, come «tutela di interessi» dei nascituri, per il caso di eventuale ed ipotetico conflitto con gli interessi dell'eredità e degli altri chiamati all'eredità.

Per intenderci, nel caso di erede non concepito, spetterà all'amministratore ex art. 642 del c.c., persona diversa dal genitore/rappresentante, l'amministrazione dei beni al nascituro devoluti, soggiacendo alle regole della curatela dell'eredità giacente³².

³¹ La norma dispone che «l'amministrazione spetta alla persona a cui favore è stata disposta la sostituzione, ovvero al coerede o ai coeredi, quando tra essi e l'erede condizionale vi è il diritto di accrescimento»; prosegue il comma 2, «se non è prevista la sostituzione o non vi sono coeredi a favore dei quali abbia luogo il diritto di accrescimento, l'amministrazione spetta al presunto erede legittimo»; infine, il comma 3, «in ogni caso l'autorità giudiziaria, quando concorrono giusti motivi, può provvedere altrimenti».

³² Così ad esempio, l'amministratore ex art. 642 del c.c., potrà alienare i beni dell'eredità devoluti al nascituro, ma soltanto in caso di necessità e secondo le regole di cui all'art. 528 del c.c. e 782 e 783 del c.p.c. E, si osservi, l'art. 782 del c.p.c., a differenza dell'art. 747 del c.p.c., non prevede alcun previo parere del Giudice tutelare, confermando, in tal modo, che gli interessi

Una eccezione nell'ambito della costruzione sino ad ora proposta, che, però, conferma la regola, sembra essere rappresentata dall'art. 784 del c.c., norma significativa in materia di donazione in favore di nascituri³³.

La norma si presenta effettivamente «eccezionale» rispetto alla costruzione sinora prospettata, in quanto consente ai futuri genitori di accettare la donazione, secondo le regole ordinarie di cui, cioè, agli artt. 317, 320, co. 3, 321 e ss. del c.c., affermando, quindi, contrariamente a quanto in precedenza osservato, la possibilità di rappresentare soggetti inesistenti, riconoscendo, conseguentemente ad essi una soggettività giuridica anticipata.

Tuttavia, tale peculiare regola giuridica risulta comprensibile, se si considera che la donazione è un contratto, peraltro affatto singolare, e come tale ha bisogno di essere perfezionato, onde evitare la revoca della proposta da parte del donante o la sua caducazione in caso di morte dello stesso.

Sotto il profilo della titolarità del bene donato in attesa della nascita, possono riscontrarsi due opposti, significativi, orientamenti³⁴. Secondo una prima ricostruzione, il bene donato, in attesa della nascita, risulterebbe esser temporaneamente e provvisoriamente senza soggetto («un diritto adespota»)³⁵, in quanto non è nella titolarità del donante, che se ne è spogliato, non è nella titolarità del donatario nascituro, soggetto non ancora esistente. Secondo altra impostazione, invece, la fattispecie risulterebbe essere più semplicemente incompleta, per assenza

presi in considerazione e tutelati dalle norme in materia di eredi nascituri non concepiti sono preminentemente gli interessi dell'eredità e non, invece, quelli di soggetti non esistenti. Le medesime regole, anche di carattere procedurale, si applicano pure nel caso di nascituri concepiti con riferimento ai poteri di amministrazione e rappresentanza dei futuri genitori. Benché sia opportuno, in proposito, precisare che i nascituri, sia concepiti, sia non concepiti, sono soggetti «non rappresentabili, in quanto pur sempre soggetti non ancora esistenti». In proposito, si ricordino le diverse teorie in materia di rappresentanza di soggetti non esistenti, come ad esempio, la rappresentanza *in incertam personam* e quella *per conto di chi spetta*.

³³ In materia, cfr., in particolare, PALAZZO, *Le donazioni*, cit., 263 ss.; BIONDI, *Le donazioni*, cit., 242 ss.; G. BALBI, *La donazione*, in *Tratt. dir. civ.* diretto da Grosso e Santoro Passarelli, Milano, 1964, 23 ss.; G. STOLFI, *In tema di vendita delle cose donate ai nascituri non concepiti*, cit., 857 ss.; C.M. PRATIS, *Alienazione di cose attribuite a nascituri per donazione o per atto mortis causa*, cit., 72 ss.

³⁴ Cfr. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, II, cit., 809 ss.

³⁵ In tal senso, BIONDI, *Le donazioni*, cit., 245 ss.

di un elemento essenziale (l'esistenza del donatario), che impedisce il prodursi dell'effetto traslativo-costitutivo. Il diritto sul bene, pertanto, resterebbe in capo al donatario, ma non come diritto pieno, bensì risolutivamente condizionato all'evento della nascita del donatario³⁶.

Situazione, questa, dell'atto donativo in favore di nascituri che si prospetta ancor più significativa con riferimento alla fattispecie della *donazione obnuziale* in favore di nascituri³⁷, di cui all'art. 785 c.c., destinata a perfezionarsi senza bisogno di accettazione ma con il matrimonio. E' evidente che, ove il matrimonio anticipi la nascita, come di regola accade, l'atto si è perfezionato, a prescindere dall'esistenza in vita dell'avente diritto ed i conseguenti atti di amministrazione in rappresentanza spetteranno ai genitori³⁸.

In conclusione, può osservarsi che il quadro normativo di riferimento, e quello interpretativo che ne consegue, si mostra particolarmente complesso ed incerto, essendovi indici normativi in entrambe le direzioni, cioè, sia della necessità che non necessità di una soggettività giuridica anticipata.

3. – Si giunge, quindi, alla questione relativa al riconoscimento della «pretesa personale» in favore del nascituro, ossia alla possibilità di questi di essere titolare di diritti fondamentali, potendo assumere pure rilevanza l'accertamento del momento dell'*inizio* o, ove si preferisca, della *nascita della vita*.

In proposito, assume peculiare significato il dibattito circa il *diritto a nascere*, *diritto a nascer sani*, *diritto a non nascere*, *diritto a non nascere se non sani*, diritti, questi, diffusamente trattati nell'ambito della problematica descritta in termini «*nascita*

³⁶ In tal senso, TORRENTE, *La donazione*, cit., 151 ss.; OPPO, *Note sull'istituzione di non concepiti*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1948, 66 ss.; Id., *Diritti soggettivi e diritti senza soggetto*, cit.; G. STOLFI, *In tema di vendita delle cose donate ai nascituri non concepiti*, cit., 299.

³⁷ Il comma 1 dell'art. 785 stabilisce quanto segue: «la donazione fatta in riguardo di un determinato futuro matrimonio, sia dagli sposi tra loro, sia da altri a favore di uno o di entrambi gli sposi o dei figli nascituri da questi, si perfeziona senza bisogno che sia accettata, ma non produce effetto finché non segua il matrimonio».

³⁸ L'argomento meriterebbe maggiore approfondimento.

indesiderata» ed oggetto specifico della recente significativa decisione del 2012, alla quale si è fatto riferimento³⁹.

Tale problematica si è manifestata nella realtà in casi assai significativi, tra i quali, sono noti il caso dell'operazione chirurgica di sterilizzazione non andata a buon fine, o della interruzione di gravidanza, anche questo senza avere esito positivo; l'ipotesi di omessa informazione, nel corso della gravidanza, di possibili malformazioni del feto e l'ipotesi di omessa informazione che impedisce l'esercizio

³⁹ Al fine di potersi meglio comprendere la problematica, nei termini in cui viene proposta, sembra opportuno, innanzitutto, ricordare le fasi della vicenda procreativa: «1) il gesto procreativo in sé considerato, che coinvolge i genitori in via esclusiva, se avviene senza l'ausilio delle tecnologie per la riproduzione assistita, ma anche soggetti diversi, comunque legati all'evento, quali gli operatori medici e paramedici dei centri di fecondazione artificiale; l'autore di uno stupro; i produttori di anticoncezionali; 2) la gestazione, periodo durante il quale possono essere inferte lesioni alla donna e al feto: emblematici i casi dei bambini nati focomelici e causa del talidomide prescritto alla donna in gravidanza e del medico che, nonostante i controlli regolari, non diagnostica malformazioni sulle quali si sarebbe potuto intervenire prima della nascita, evitando successivamente più gravi conseguenze; 3) il parto: la rilevanza di questo momento per il sorgere di una responsabilità civile può essere collegata ad un errato trattamento ostetrico». Per questa pregevole sintesi, v. F. PARENTE, *Malformazioni fetali e danni esistenziali da procreazione*, in *Rass. dir. civ.*, 2005, 4, 1003 ss., spec. nota 1, cui si rinvia anche per opportuni approfondimenti di natura bibliografica. Questa sintesi ricostruttiva dello svolgimento della vicenda procreativa sembra, altresì, consentire di comprendere meglio anche la complessa problematica circa gli *effetti diacronici* dell'illecito civile, sui quali l'annotata decisione si sofferma ampiamente. *Effetti diacronici* dell'illecito – in contrapposizione ad *effetti sincronici* –, ossia *effetti e fatti* che si susseguono distintamente nel tempo. In materia di responsabilità del medico e *danni da procreazione*, cfr. anche: A. FRACCON, *Relazioni familiari e responsabilità civile*, Milano 2003, 421 ss.; G. FACCI, *I nuovi danni nella famiglia che cambia*, Milano, 2004, 189 ss.; S. PASSAFIUME, *Malformazioni del feto ed errori sanitari*, in *Tratt. della resp. civ. e pen. in famiglia* a cura di P. Cendon, II, Padova, 2004, 986 ss.; F. BILOTTA, *La nascita di un figlio ti cambia la vita: profili del danno esistenziale nella procreazione*, in *Il danno esistenziale* a cura di P. Cendon e P. Ziviz, Milano, 2000, 229 ss.; M. PARADISO, *La responsabilità medica dal torto al contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, p. 325 ss.; G. FERRANDO, *Libertà, responsabilità e procreazione*, Padova, 1999, p. 278 ss.; A. CORDIANO, *Identità della persona e disposizioni del corpo (La tutela della salute nelle nuove scienze)*, Roma, 2011, 2 p. ss.; G. BALDINI, *Il danno da procreazione: evoluzione dei profili di responsabilità alla luce delle nuove tecniche di riproduzione artificiale*, in *Riv. dir. civ.*, 1995, II, p. 490 ss.; F.D. BUSNELLI, *La parabola della responsabilità civile*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1988, p. 634; F. GALGANO, *Le mobili frontiere del danno ingiusto*, in *Contr. Imp.*, 1983, p. 1 ss.; G. ALPA, *La responsabilità civile. Parte generale*, in *Trattato di diritto civile*, IV, Milano, 2010, p. 3 ss.; E. LAMARQUE, *L'attuazione giudiziaria dei diritti costituzionali*, in *Quad. cost.*, 2008, p. 269 ss.; S. CHIESSI, *Diagnosi prenatale e risarcimento del danno a favore del bambino nato handicappato*, in *Famiglia*, 2003, I, 167.

del diritto all'interruzione della gravidanza, secondo le prescrizioni di cui alla legge del 1978 in materia di aborto, tanto per proporre alcuni esempi⁴⁰.

In simili ipotesi, ci si è chiesti se sussista, ed in che limiti, un diritto al risarcimento del danno da nascita, appunto, «indesiderata». Ci si è chiesti, cioè, se il danno da «nascita indesiderata» di un bambino nato con malformazioni sia un danno risarcibile in favore della madre, che non lo avrebbe, appunto, «desiderato», nonché in favore degli altri componenti il nucleo familiare (padre, fratelli) ed anche, cosa questa che qui particolarmente interessa, in favore del nato malformato, che avrebbe preferito *non nascere*.

Così, a titolo meramente esemplificativo, in casi del genere è, difatti, possibile il configurarsi, sia del c. d. danno patrimoniale «da mantenimento», sia naturalmente

⁴⁰ Si tratta di discusse ed eterogenee fattispecie di danni «da procreazione», ricondotte, fondamentalmente, a comportamenti definiti di tipo «*endo familiare*» o «*eso familiare*», a seconda se la illecita condotta sia imputabile a soggetti facenti parte del nucleo familiare o a soggetti «terzi non legati da rapporti parentali con il danneggiato». Tra le numerose pronunzie, noti i casi esaminati da TRIB. PADOVA, 9.8.1985, in *Foro it.*, 1986, I, 1985 ss., con nota di V. ZENO ZENCOVICH, *Responsabilità e risarcimento per mancata interruzione della gravidanza*; APP. VENEZIA, 23.7.1990, in *Riv. it. med. leg.*, 1991, 1320 ss., con nota di M. ZANCHETTI, *Il "danno ingiusto" conseguente alla mancata interruzione di una gravidanza per colpa dei sanitari*; TRIB. VERONA, 15.10.1990, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1991, 357 ss., con nota di R. PUCCELLA, *Responsabilità medica per lesione del diritto a nascere sani*; TRIB. CAGLIARI, 23.2.1995, in *Resp. civ. e prev.*, 1995, 604 ss., con nota di M. GORGONI, *Sul danno in caso di non riuscito intervento di interruzione della gravidanza: un'anarchica decisione di merito*; TRIB. BERGAMO, 2.11.1995, in *Danno e resp.*, 1996, 249 ss.; CASS., 22.11.1993, n. 11503, in *Giur. it.*, 1994, I, 1, 550 ss., con nota di D. CARUSI, *Responsabilità contrattuale ed illecito anteriore alla nascita del danneggiato*; CASS., 8.7.1994, n. 6464, in *Giur. it.*, 1995, I, 1, 790 ss.; TRIB. ROMA, 13.12.1994, in *Dir. fam. e pers.*, 1995, 662 ss.; TRIB. MILANO, 20.10.1997, in *Resp. civ. e prev.*, 1998, 1156 ss.; CASS., 1.12.1998, n. 12195, in *Danno e resp.*, 1999, 522 ss., con nota di E. FILOGRANA, «*Se avessi potuto scegliere ...*»: *la diagnosi prenatale e il diritto all'autodeterminazione*; CASS., 24.3.1999, n. 2793, in *Foro it.*, 1999, 1804 ss.; APP. CAGLIARI, 12.11.1998, in *Danno resp.*, 1999, 1031 ss., con nota di R. DE MATTEIS, *Nascite indesiderate, interessi protetti, danni risarcibili*; CASS., 10.9.1999, n. 9617, in *Resp. civ. e prev.*, 2000, 315 ss., con nota di G. CITARELLA, *Intervento medico di sterilizzazione e profili di responsabilità (in margine a Cass. 10 settembre 1999, n. 9617)*; TRIB. VENEZIA, 10.9.2002, in *Giust. civ.*, 2003, I, 2597 ss., con nota di E. GIACOBBE, *La filiazione da inadempimento*, e di S. BALDASSARRI, *Sterilità mancata. La nascita indesiderata e la responsabilità del medico*; sino alle più recenti, TRIB. PALERMO, 3.3.2003, in *Danno e resp.*, 2003, 671 ss.; CASS., 21.7.2003, n. 11316, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2004, I, 265 ss., con nota di C. PASQUINELLI, *Responsabilità medica: la Cassazione torna ad interrogarsi sui temi della colpa e della causalità omissiva*. Cfr., per una sintesi, F. PARENTE, *op. cit.*, 1006 ss.; in materia, v. P. CENDON, *Dov'è che si sta meglio che in famiglia? Domestic torts e risarcimento del danno*, in *Rapporti familiari e responsabilità civile* a cura di F. Longo, Torino, 2004, 2 ss.

di quello biologico, se si verifica anche una c. d. «somatizzazione depressiva» in conseguenza del non desiderato evento, nonché il danno «esistenziale», consistente nello «stravolgimento» dell'esistenza, interesse costituzionalmente protetto⁴¹.

La delicata problematica è stata già affrontata in alcune note decisioni, alle quali fa riferimento anche la richiamata recente decisione del 2012. In particolare, alla nota decisione francese «*affaire Perruche*» (*Cour de Cassation, Assemblée plénière*, 17.11.2000)⁴², che ha affermato il diritto al risarcimento del danno in caso di omessa informazione sulla malattia prenatale, non soltanto in favore della madre, ma anche in favore del nato malformato, affermando, con massima determinazione, l'esistenza di un diritto a non nascere o, meglio ancora, un diritto a non nascere se non sani.

La decisione francese ha determinato, com'è noto, l'approvazione da parte del Parlamento francese della legge 4 marzo 2002, n. 303 – nota anche come legge *Kouchner*, dal nome dell'allora Ministro della Salute –, che, però, all'art. 1, ha negato il risarcimento del danno, in favore del nascituro, per il solo fatto della nascita

⁴¹ In proposito, cfr. C. FAVILLI, *I c.d. danni da nascita indesiderata*, in *I danni non patrimoniali a cura di E. Navarretta*, Milano, 2004, 379 ss.; R. SIMONE, *Danno alla persona per nascita non desiderata*, in *Danno e resp.*, 2002, 460 ss.; R. FAVALE, *Genitori contro volontà e risarcimento per danno da nascita*, in *Danno e resp.*, 2001, 484 ss.; M. BONA, *Mancata diagnosi di malformazioni fetali: responsabilità del medico ecografista e risarcimento del danno esistenziale da wrongful birth*, in *Giur. it.*, 1999, 1033 ss.; D. CARUSI, *Fallito intervento di 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.*, 1996, 343 ss.; M. GORGONI, *Interruzione della gravidanza tra omessa informazione e pericolo per la salute (psichica) della partoriente*, in *Danno e resp.*, 1999, 768 e ss.; ed in maniera particolarmente significativa, G. BALDINI, *Il danno da procreazione: evoluzione dei profili di responsabilità alla luce delle nuove tecniche di riproduzione artificiale*, in *Rass. dir. civ.*, 1995, 481 ss., al quale si fa espresso rinvio per ulteriori approfondimenti di natura anche bibliografica in materia.

⁴² Pubblicata in *Nuova giur. civ. comm.*, 2001, I, 209 ss., con commento di E. PALMERINI, *Il diritto a nascere sani e il rovescio della medaglia: esiste un diritto a non nascere affatto*, e con "postilla" di F. D. BUSNELLI, in *Danno e resp.*, 2001, 475 ss. Dell'insigne a., si cfr. anche *L'inizio della vita umana*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, 533 ss. Il celebre pronunciato francese ha dato luogo ad un'altrettanto nota monografia dal titolo *Du droit de ne pas naître. A propos de l'affaire Perruche* a cura di O. CAYLA-Y. THOMAS, Paris, 2002, trad. it. a cura di L. Colombo, pubblicata nella «Serie» «Derive», diretta da C.M. MAZZONI, Milano, 2004, e preceduta da un saggio di F. D. BUSNELLI, *Diritto di non nascere o diritto a nascere sani ?* Per un'indagine di tipo comparatistico della giurisprudenza specialmente italiana, francese e tedesca, cfr. A. GUARNIERI, *Nascita di figlio malformato, errore diagnostico del medico e regola di responsabilità civile*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, II, 849 ss.

malformata e, dunque, *indesiderata*, riconoscendolo solo in caso di errore medico da accertarsi secondo un rigoroso nesso di causalità⁴³.

In Italia, immediato riferimento è alla decisione della Suprema Corte del 2004 (decisione negativa), nonché a diverse decisioni di merito (invece, favorevoli), che hanno analizzato la tematica sia con riferimento alla madre ed ai parenti, sia con riferimento al figlio. Vi sono, poi, le note decisioni di Cass., 10741 del 2009, e di Cass., 9700/2011, alla quale fa particolare riferimento la decisione qui annotata Cass., 16754 del 2012, che, in effetti, si dimostra innovativa specialmente nell'argomentazione.

4. – Quanto ai soggetti coinvolti nella vicenda procreativa «indesiderata» è, dunque, possibile osservare quanto segue.

L'ordinamento ha preminente cura di assicurare il diritto alla salute della madre in relazione, specificamente, al profilo della carenza di adeguata informazione – *consenso informato* della gestante – da parte del medico ginecologo circa la situazione di salute del feto (possibilità di malformazioni), con la conseguenza della lesione – contrattuale, dato il rapporto medico-paziente – del suo diritto di scelta consapevole (*autodeterminazione*) circa l'interruzione della gravidanza⁴⁴.

⁴³ Il testo dell'art. 1 è il seguente: «*la personne née avec un handicap dû à une faute médicale peut obtenir la réparation de son préjudice lorsque l'acte fautif a provoqué directement le handicap ou l'aggravé, ou n'a pas permis prendre les mesures susceptibles de l'atténuer*». In proposito, cfr. BUSNELLI, *L'inizio della vita umana*, cit., 535 ss. In argomento, più di recente ed in maniera particolarmente significativa, è opportuno richiamare il saggio del Prof. M. CAVINO, *Il diritto a non nascere tra giudici e legislatore: Italia e Francia a confronto*, apparso sulla nostra *Rivista*, www.dirittifondamentali.it, p. 1-32, ma v. spec. 22 ss., il quale, in un approfondito studio comparato, nel § 8 tratta esplicitamente del *dialogo tra Parlamento e Corte di Cassazione*. Dialogo, questo, particolarmente sentito nel sistema giuridico francese e che si ripropone, in questi giorni, con riferimento ad un altro tema che divide gli animi degli interpreti, ossia il tema del riconoscimento delle famiglie omosessuali. La proposta di legge francese di riferimento è al vaglio della Cassazione francese.

⁴⁴ In argomento, cfr., in particolare: P. BENCIOLINI, A. APRILE, *L'interruzione volontaria della gravidanza: compiti, problemi, responsabilità*, Padova, 1990; R. SIMONE, *Danno alla persona per nascita indesiderata*, in *Danno e resp.*, 2002, 469 ss.; P. ZATTI, U.G. NANNINI, *Gravidanza (interruzione della) nel diritto civile*, in *Dig. priv., sez. civ.*, IV, Torino, 1993, 263 ss.; B. PEZZINI, *Inizio e interruzione della gravidanza*, in S. CANESTRARI, G. FERRANDO, C.M. MAZZONI, S.

E' noto, la legge sull'aborto (l. 194 del 1978) non consente l'aborto eugenetico, ma soltanto quello a fini terapeutici, cioè, nel caso in cui continuare la gravidanza possa esporre a grave rischio la salute psico-fisica della madre (v. spec. artt. 4, 6 e 7 della l. 194 del 1978). Sembra, quindi, ragionevole osservare che, almeno in prima approssimazione, la legge sull'aborto tutela preminentemente la salute della madre, non prendendo in particolare considerazione i diritti del nascituro, il cui stato di salute (la malformazione) pare essere preso in considerazione solo indirettamente, cioè, in termini di effetti *riflessi*⁴⁵, e ricadute sulla salute, anche solo psicologica, della madre: «come farò ora?», «sarò in grado di mantenerla e curarla adeguatamente?», «chi penserà a lei dopo di me?».

Interrogativi ai quali, con onestà intellettuale, nessuno vorrebbe mai dover rispondere e pochissimi sarebbero in grado di farlo in termini positivi, non potendocisi esimere dal rilevare neppure, e senza enfasi, che ci si trova dinanzi ad una *realtà sociale* violenta, nell'ambito della quale i deboli sono difficilmente ammessi, con buona pace dei tanto declamati valori di solidarietà.

In una simile prospettiva, dunque, l'informazione circa lo stato di salute del feto può risultare determinante del consenso alla prosecuzione o meno della gravidanza al fine di assicurare, insieme al *consenso informato* (autodeterminazione) della partoriente, soprattutto una *maternità cosciente e responsabile*⁴⁶.

RODOTÀ, P. ZATTI (a cura di), *Il governo del corpo*, II, *Trattato di Biodiritto*, diretto da S. Rodotà, P. Zatti, Milano, 2011, 1660 ss.; G. CIAN, *Osservazioni a commento della legge 22 maggio 1978, n. 194*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1978, 907 ss.; M. BIANCA, in *Commentario alla legge 22 maggio 1978, n. 194*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1978, sub art. 1, sez. I, 1593 ss.; G. OPPO, *L'inizio della vita umana*, in *Riv. dir. civ.*, 1982, I, 499 ss.; F.D. BUSNELLI, *Il diritto e le nuove frontiere della vita umana*, in *Scritti in onore di Falzea, I, Teoria generale e filosofia del diritto*, Milano, 1991, 75 ss.; nonché, C. CARDIA, *Aborto e diritti sociali di libertà*, in *Dem. dir.*, 1975, 449 ss.; Id., *La disciplina dell'interruzione della gravidanza*, *ibidem*, 1978, 443 ss.; A. LOIODICE, *Il protagonista della vita (l'embrione) nell'incertezza delle discipline giuridiche: profili costituzionali*, in A. TARANTINO (a cura di), *Culture giuridiche e diritti del nascituro*, Milano, 1997, 124 ss.; e, più di recente, ed in maniera particolarmente significativa, C.A. DEFANTI, *Eugenetica: un tabù temporaneo. Storia di un'idea controversa*, Torino, 2012.

⁴⁵ Evoca la complessa fattispecie delle c.d. *vittime di rimbalzo* o di *riflesso* dell'illecito.

⁴⁶ In argomento, basti rinviare a E. QUADRI, in F. BOCCHINI e E. QUADRI, *Diritto privato*, Torino, 2011, 385 ss.

Non sembra, pertanto, sorgano particolari difficoltà ad ammettere che l'omessa informazione impedisca, in effetti, una serena valutazione circa le condizioni per l'esercizio del diritto di interruzione della gravidanza. Problematico in proposito, è, tuttavia, l'accertamento del nesso di causalità, dovendosi, cioè, valutare se, ove vi fosse stata l'informazione, la madre avrebbe o meno interrotto ugualmente la gravidanza. In sede di tale delicato accertamento causale, rileva l'analisi della disciplina di cui agli artt. 4, 6 e 7 della legge 194/1978, che, come indicato, disconosce l'aborto «eugenetico», cioè, l'aborto, non a fini terapeutici, bensì destinato soltanto ad evitare la nascita del soggetto portatore di una malformazione genetica, essendo la liceità dell'aborto determinata solo ed esclusivamente dalla esigenza di proteggere la salute della donna, seppure previa adozione di ogni misura atta ad assicurare la vita del feto⁴⁷.

Per intenderci, si può abortire soltanto nell'ipotesi di serio o grave pericolo della salute fisica o psichica della gestante. Si può abortire anche in considerazione delle previsioni di anomalie e malformazioni del concepito, ma soltanto se collegate a problemi di salute della gestante.

Il descritto meccanismo giuridico, pertanto, funziona nel senso che la conoscenza della malformazione può provocare alla donna, immediatamente o anche dopo il parto, secondo una certa giurisprudenza, una condizione di disagio psicofisico, che degenera nella malattia e, quindi, giustificare l'interruzione della gravidanza. Naturalmente, come accennato, laddove si accerti, con un certo grado di sufficienza, che, causalmente, la conoscenza della malformazione avrebbe determinato nella donna le condizioni di disagio psicofisico, alle quali la legge condiziona l'esercizio del diritto di interruzione della gravidanza. In tal senso, accertata la sussistenza del nesso di causalità tra omessa informazione e nascita indesiderata, secondo la logica del «danno conseguenza», può ammettersi il risarcimento del danno in favore della donna, vittima, in tal caso, di un inadempimento contrattuale, ancor prima che di un illecito aquiliano.

⁴⁷ In materia, v. N. LIPARI, *La maternità e sua tutela nell'ordinamento giuridico italiano: bilancio e prospettive*, in *Rass. dir. civ.*, 1986, 568 ss.

Per quanto concerne, poi, la risarcibilità del danno in favore degli altri familiari (generalmente, il padre e gli altri figli), il discorso diventa più complesso, dal momento che è solo la donna il soggetto titolare del diritto che viene tutelato dalla legge sull'aborto, diritto fondamentale e personalissimo. La legge, infatti, attribuisce soltanto alla donna, ed in considerazione delle sue condizioni di salute, la scelta circa l'interruzione della gravidanza, non assumendo alcuna rilevanza, in tal senso, il consenso del padre/marito⁴⁸. Analoga situazione sembra potersi rilevare anche con riferimento alla l. 40 del 2004, in materia di riproduzione assistita.

Tuttavia, pur non mancando alcuni recenti tentennamenti⁴⁹, soluzione positiva è data, in particolare, dalla giurisprudenza, sia di merito che di legittimità, per la quale il contratto di assistenza medico/sanitaria tra la madre ed il medico curante, è un contratto terapeutico con effetti protettivi a vantaggio anche del coniuge e degli altri componenti il nucleo familiare, che, quindi, possono subire le conseguenze di una nascita indesiderata. Si è, in tal modo, e pur sollevando opposte reazioni, riconosciuto il diritto al risarcimento del danno da «nascita indesiderata» anche nei confronti del marito e dei figli, e persino nei confronti del fratello del nato malformato, che subisca medesimi o simili disagi esistenziali.

Problematica, questa, che qui direttamente interessa, e particolarmente delicata, è, infine, la questione del figlio nato malformato, chiudendocisi se anche questi abbia il diritto al risarcimento del danno per esser nato con una malformazione o handicap, che avrebbe preferito non avere, al punto da preferire di non nascere, se non sano.

Certo, ove si fosse in grado di dimostrare che, ad una più attenta e completa diagnosi ed informazione, si sarebbe potuto praticare cure in utero tali da impedire

⁴⁸ Al riguardo, com'è noto e come si approfondirà in prosieguo, è sorta questione di costituzionalità circa detta esclusione.

⁴⁹ Ci si riferisce a CASS., 8.3.2012, n. 6914, in *Danno e resp.*, 2012, 1201 ss., con commento di D. Zorzit, *La Cassazione «dimentica» il contratto con effetti protettivi a favore del terzo: vero oblio o consapevole ripudio?* La Corte, in materia di responsabilità della casa di cura nei confronti di congiunti del paziente/degente ha affermato la natura aquiliana di detta responsabilità, con ogni ovvia conseguenza.

o limitare la malformazione, non dovrebbero sorgere particolari difficoltà ad ammettere che la mancata informazione incide sul diritto del concepito a nascere, se non altro, il più possibile sano.

In questo senso la giurisprudenza tende a riconoscere il contratto con effetti protettivi in favore di terzi, sull'esperienza tedesca e francese. Per intenderci, il contratto con il ginecologo e con la struttura medica che si impegna a praticare tutte le cure per far sì che la nascita avvenga nelle condizioni migliori, è un contratto finalizzato certamente a proteggere il feto, argomentando, specialmente in campo medico, dai più generali «doveri (sociali) di protezione»⁵⁰ della persona e dei beni ad essa spettanti, inerenti allo *status* del soggetto professionale, «alle cui conoscenze tecniche ci si affida e che tali conoscenze non può non mettere a frutto nel fornire l'informazione»⁵¹ e nel prestare le proprie cure. Di conseguenza, dall'inadempimento di tale contratto terapeutico deriva un danno risarcibile per il fatto che il feto ha subito una malattia e/o malformazione, ed anche per il fatto che

⁵⁰ Ci si riferisce alla ricostruzione degli obblighi e/o doveri di protezione scaturenti dal c. d. «contratto con effetti protettivi nei confronti del terzo» di origine tedesca («*Versprechen der Leistung an einen Dritten*»). La ricostruzione risale a due celebri precedenti, in materia di responsabilità medica, la sentenza del 5 ottobre 1917 del *Reichsgericht*, in *Entscheidungen des Reichsgericht in Zivilsachen*, 1918, 21 e ss.; e la sentenza del 3 giugno 1921 del *Reichsgericht*, in *Entscheidungen des Reichsgericht in Zivilsachen*, 1921, 232 e ss. In dottrina, LARENZ, in commento alla sentenza del 25 aprile del 1956 del *Bundesgerichtshof*, in *Neur jur. Wochenschrift*, 1956, 1193 e ss.; Id. *Lehrbuch des Schuldrechts, I, Allgemeiner Teil*, spec. 184 e ss.; GERNHUBER, *Drittwirkungen im Schuldverhältnis kraft Leistungsnähe. Zur Lehre von den Verträgen mit Schutzwirkung für Dritte*, in *Festschrift für A. Nikisch*, Tübingen, 1958, 249 e ss.; KRÜGER, *Verträglicher Schutz von Drittinteressen*, in *Gli effetti del contratto nei confronti dei terzi nella prospettiva storico-comparatistica* a cura di Vacca, Torino, 2001, 53 e ss. Per un'approfondita ricostruzione dei doveri di protezione nei confronti dei terzi anche in chiave comparatistica, v.: E. MOSCATI, *I rimedi contrattuali a favore di terzi*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, 357 e ss.; Id. *Il contratto e la responsabilità dei terzi*, in *Gli effetti del contratto nei confronti dei terzi nella prospettiva storico-comparatistica*, cit., 255 e ss.; Id. *Iuris vincula. Studi in onore di M. Talamanca*, Napoli, 2001, 473 e ss.; AA. VV. *Effetti del contratto nei confronti dei terzi* a cura di Alpa e Fusaro, Milano, 2000; A. DI MAJO, *La protezione del terzo tra contratto e torto*, in *Europa e dir. priv.*, 2000, 1.

⁵¹ CASTRONOVO, *L'obbligazione senza prestazione ai confini tra contratto e torto*, in *Le ragioni del diritto, Scritti in onore di Luigi Mengoni*, I, *Diritto civile*, Milano, 1995, spec. 224 e ss. L'a. indica come fondamento normativo degli obblighi di protezione, il principio di solidarietà di cui all'art. 2 della Cost., cfr. Id. voce «*Obblighi di protezione*», in *Enc. giur.*, XX, Roma, 1991, n. 9, 7 e ss. In argomento, inoltre, cfr. S. ROSSI, voce *Contatto sociale*, in *Dig. priv.*, 2010, 346 ss. In giurisprudenza, il riconoscimento di questa peculiare fattispecie è avvenuto ad opera della nota decisione di CASS., 22.1.1999, n. 589, in *Giur. it.*, 2000, 740 ss., con commento di Pizzetti; ed in *Corr. giur.*, 1999, 441 ss., con commento di Di Majo.

ha subito una malattia più grave rispetto a quella che avrebbe subito, ad una più attenta diagnosi e terapia.

Si tratta di tendenze innovative in direzione di una erosione del principio di relatività degli effetti contrattuali, sulla scia per la verità di non recenti orientamenti manifestatisi specialmente nella giurisprudenza d'oltralpe in materia di responsabilità della struttura ospedaliera⁵². Senza dilungarsi eccessivamente, si desidera porre in giusta evidenza la nuova «dimensione» assunta dal contratto, come fatto giuridico, cioè, rilevante, non soltanto tra le parti contraenti, ma anche nei confronti dei terzi eventualmente interessati dagli effetti del medesimo, ed argomentandosi dai doveri di protezione e di solidarietà⁵³.

5. – Le riflessioni sin qui svolte ineriscono, però, al diritto a nascere sani, della cui esistenza e necessità di protezione nessuno dubita.

Questione controversa, invece, è quella della esistenza del diritto a non nascere se non sani. Se, cioè, sia o meno risarcibile il danno consistente nella lesione del diritto a non nascere, considerando come bene della vita la «non vita», ossia, se si preferisce, il diritto alla non nascita, ma esercitabile dal nascituro nel momento in cui è nato. Che, poi, è oggetto specifico di questa indagine ed in particolare

⁵² Ci si riferisce al celebre pronunciato della Cass. francese, 17.12.1954, in *Dalloz*, 1955, *Jur.*, 269, con commento di R. RODIÈR, *La responsabilité contractuelle du Centre national de transfusion sanguine, en cas de contamination d'un malade hospitalisé*, in materia di prestazioni sanitarie. Precisamente, la Corte affermò la diretta responsabilità contrattuale del centro fornitore del plasma nei confronti del malato, benché il contratto di fornitura fosse stato concluso con l'ente ospedaliero.

⁵³ Precisamente, si adopera l'espressione di «contratti con effetti protettivi nei confronti dei terzi», mutuando dall'espressione tedesca *Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte*, che si inseriscono nel più ampio fenomeno del c. d. «contatto sociale». Per una recente ed approfondita ricostruzione in materia, v. E. MOSCATI, *I rimedi contrattuali a favore dei terzi*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, 357. L'a. osserva che «l'azione che il terzo danneggiato fa valere non attiene all'adempimento dell'obbligazione (primaria) di prestazione, bensì riguarda i cc.dd. obblighi di comportamento che sono strumentali rispetto all'obbligazione primaria e che hanno una funzione protettiva anche dei terzi alla luce dell'integrazione del rapporto contrattuale sulla base dei principi di correttezza e di buona fede». Si aggiunga solo il riferimento, in tempi più recenti, alla utilizzazione di questa «categoria» nell'ambito dei rapporti tra il privato/«amministrato» o «frontista» e la P.A., in termini di responsabilità da «contatto procedimentale», riconosciuta da alcune significative decisioni dei giudici amministrativi.

dell'ultima decisione del 2012 della Suprema Corte, la quale argomenta diversamente dal diritto alla salute e non dal *diritto a non nascere*, che non sembra essere, dunque, ammesso.

E' questo il quesito, al quale la accennata Cassazione plenaria francese del 17.11.2000 ebbe a rispondere positivamente, mentre il legislatore francese negativamente, soluzione, quest' ultima, accolta anche dalla giurisprudenza interna, che ha concluso nel senso dell'inesistenza di tale diritto a non nascere se non sani⁵⁴.

Diritto negativo, questo, alla *non nascita* che, dunque, non sembra poter essere ammesso, secondo le riflessioni della dottrina e della giurisprudenza (anche più recente), argomentando da tre principali ragioni.

Il primo, consiste nel fatto che non esiste il soggetto titolare del diritto al momento del verificarsi del fatto lesivo. Per intenderci, si configurerebbe un «diritto adespota», non essendo individuabile alcun soggetto che possa essere in alcun modo considerato portatore del diritto a non nascere se non sano. In proposito, si ricordi quanto in precedenza osservato in ordine ai diritti patrimoniali del nascituro, la cui esistenza, almeno secondo la ricostruzione che suscita maggiore consenso, è subordinata all'evento della nascita, che opera come *condicio iuris* (si cfr. l'art. 1, co. 2, del c.c.).

Anteriormente alla nascita non si ritiene esista alcun titolare del diritto a non nascere, giacché il soggetto, appunto, deve ancora nascere ed il diritto è subordinato alla nascita. Successivamente alla nascita, invece, esiste il titolare, ma ontologicamente non esiste più il diritto a non nascere.

Insomma, secondo tale orientamento si configurerebbe un «diritto adespota», che, però, non sembra ammissibile nel caso in esame, in considerazione anche del fatto che si tratterebbe, peraltro, di un diritto affatto peculiare, riconoscibile in via postuma per il solo fatto che è stato lesa, in quanto il soggetto ne diverrebbe titolare

⁵⁴ Si ricordi la celebre CASS., 29.7.2000, n. 14488, in *Foro it.*, 2004, I, 3327 ss. Per un significativo commento, cfr. F. ROLFI, *Wrongful life: dal danno esistenziale al danno «assistenziale» ?*, in *Il Corr. del merito*, 2005, 5, 501 ss.

proprio in presenza del verificarsi di una lesione al diritto. Non si ritiene, cioè, ammissibile un diritto che, oltre ad essere «adespota», non essendo individuabile alcun soggetto che possa esserne considerato titolare, è pure subordinato, nel suo nascere, al verificarsi della lesione.

Questa ricostruzione è, dunque, utilizzata per escludere la soggettività giuridica anticipata e, con questa, ogni possibilità di riconoscimento di azione risarcitoria diretta in favore del nascituro. In questa prospettiva, proprio Cass. n. 16754 del 2012, qui annotata, che, difatti, nel riconoscere detta azione in favore del nascituro, argomenta dal diritto alla salute e non da un *diritto a non nascere*.

Il secondo argomento può essere individuato nel silenzio da parte del legislatore ed è di carattere sistematico, attenendo ad una valutazione complessiva delle scelte di politica legislativa, che il legislatore sembra aver adottato in tale materia. Precisamente, in materia di interruzione della gravidanza, il legislatore non sembra aver preso in considerazione il diritto del feto a non nascere se non sano, bensì solo ed esclusivamente il diritto alla salute della donna, attribuendole, solo ove si manifestino pericoli per la salute psicofisica della stessa, il diritto di scegliere se far nascere o non far nascere il feto. Proibendo anche, come osservato, l'aborto eugenetico.

Quindi, almeno stando alla volontà del legislatore, e per quanto ciò possa sollevare opposte, legittime reazioni, se non si verificano pericoli per la salute della donna, non esiste alcun diritto a non nascere se non sani. In altri termini, soltanto ripercussioni negative per la salute della donna, che possano essere determinate dalla malformazione del feto, possono legittimare la sola donna, e nel suo esclusivo interesse, alla interruzione della gravidanza.

De iure condito, il legislatore, dunque, pur riconoscendo il diritto della donna alla maternità consapevole, non riconosce alcun diritto del feto a non nascere se non sano. Anzi, paradossalmente, riconosce al feto il diritto opposto, ossia a pretendere di nascere, anche se «non sano», se non si verifica alcuna ripercussione

negativa sulla salute della donna, vietando l'aborto eugenetico, ossia se non a fini terapeutici.

In tale direzione, è agevole, *de iure condito*, affermare come il legislatore non sembri considerare «bene» meritevole di protezione la «non vita», non consentendo, pare il caso di ribadire, nell'interesse del feto, l'aborto eugenetico.

Situazione di «silenzio» legislativo, questa, che sembra riproporsi anche nell'ambito della l. n. 40 del 2004, cui si è fatto cenno.

Terzo argomento a sostegno dell'inesistenza di un diritto a non nascere se non sani, è rappresentato dalla impossibilità di affermare l'esistenza di un danno risarcibile, atteso che un simile risarcimento rende necessaria una valutazione di carattere comparativo delle condizioni, cioè, che si sarebbero potute verificare se non si fosse verificato l'illecito rispetto a quelle che, invece, si sono verificate per effetto dell'illecito.

Per essere più chiari, l'illecito rende peggiore la situazione del soggetto danneggiato, rispetto alla situazione preesistente all'illecito stesso, lo *status quo ante*.

Tale valutazione comparativa è impossibile nel caso del risarcimento di un diritto a non nascere se non sani. Difatti, è possibile comparare gli effetti peggiorativi derivanti da una malattia provocata da un fatto illecito rispetto alla situazione di «sanità» o «salute» che ci sarebbe stata in assenza dell'illecito. Ma, poiché nel caso in esame l'alternativa alla nascita è la «non nascita», risulta oggettivamente evidente l'impossibilità di una comparazione. Per intenderci, l'illecito non ha procurato un peggioramento alla situazione *quo ante*, giacché il parametro rispetto al quale valutare il peggioramento non è un parametro di carattere positivo, bensì negativo, rappresentato, appunto, dalla non vita, dalla non nascita.

Certo, tali valutazioni, di carattere, per così dire, più pragmatico, non escluderebbe del tutto il ricorso, anche sotto il profilo del danno risarcibile, al giudizio secondo equità.

6. – Il legislatore – l. 194/1978 sull'aborto e l. 40/2004 sulla riproduzione assistita – e la giurisprudenza di riferimento (sembra discostarsi, solo in parte, l'annotata decisione del 2012) sembrano avvalorare, dunque, l'idea di un sistema, forse, costituzionalmente orientato nella direzione di una preminente necessità di protezione della salute della donna: bene supremo, questo, dinanzi al quale, almeno *de iure condito*, ogni altro bene, anche il diritto alla vita o, ove lo si ammetta, anche alla non vita se non sana, sembra essere costretto a cedere il passo, giusto o sbagliato che possa apparire ! In tal senso, quindi, in senso contrario all'antico brocardo *primum vivere, deinde filosofari*.

Si manifesta evidentissima, dunque, la tensione tra due opposti paradigma: quello della «bioetica laica», consistente nel «principio della qualità della vita»; e quello della «bioetica cattolica», consistente, invece, nel principio di «sacralità della vita»⁵⁵. Entrambi, però, da potersi considerare come giusti «limiti al progresso tecnico-scientifico»⁵⁶. Limiti, sui quali, com'è noto si è energicamente cominciato a discutere seriamente con le tragiche e drammatiche rivelazioni rese nel corso del celeberrimo «Processo di Norimberga»⁵⁷ e con l'inizio dell'era atomica.

In una simile prospettiva, pertanto, la bioetica pure sarebbe da considerare come strumento di individuazione di giusti limiti al «progresso tecnico-scientifico» ed in conseguenza della «crisi di morali assolute», manifestatasi, in maniera tragicamente devastante, con il movimento nazista e con i tragici eventi sopra riferiti, che hanno segnato, com'è stato autorevolmente osservato, la fine dell'«età dell'innocenza della scienza», venendo messa in discussione la sua *auctoritas*⁵⁸.

⁵⁵ Sul punto, v. E. D'ANTUONO, *Bioetica*, cit., 16, nel riferire il pensiero di U. SCARPELLI, *Bioetica laica*, Milano, 1998.

⁵⁶ Cfr. M. MORI, nell' *Introduzione* al saggio di U. SCARPELLI, *Bioetica laica*, cit., XVIII. L'a. osserva come «tali limiti non sono sostenibili in base ad un astratto diritto naturale, né, e tantomeno, facendo leva su di una qualche prospettiva metafisica o sui costumi tradizionalmente invalsi in una società». La citazione è tratta da E. D'ANTUONO, *op. ult.*, cit., 17.

⁵⁷ Per una recente opera particolarmente significativa in materia, v. L. GOLDENSOHN, *I taccuini di Norimberga. Uno psichiatra americano incontra imputati e testimoni*, Milano, 2005.

⁵⁸ Sul punto, v. D'ANTUONO, *Bioetica*, cit., 26.

Ed è così che un insigne Maestro, pare il caso di ricordare, osserva che la problematica dei *diritti umani*, oggi, non è tanto più quella di «giustificarli», quanto, invece, quella di «proteggerli», una questione, quindi, «non filosofica, ma politica»⁵⁹.

Ove si condividano le riflessioni che precedono in materia di diritti del nascituro, se sotto il profilo dei diritti patrimoniali, diritti c. d. «secondari», si tratta di consentire, quindi, da parte dell'Ordinamento la anticipata protezione di interessi di natura prettamente economica, sotto il profilo dei diritti fondamentali, invece, viene in essere l'imprescindibile esigenza di tutelare la persona, potendo, dunque, assumere specifica rilevanza l'individuazione dell'inizio della «vita umana».

Appare subito evidente come l'art. 1 del c.c., benché da intendersi norma fondamentale in materia, non sembri, tuttavia, essere sufficiente al fine di coordinare la tutela della soggettività giuridica con quella della persona. Sembra, cioè, esservi disomogeneità tra il concetto di «soggetto di diritti» e, quindi, di «soggettività», cui fa riferimento l'art. 1 del c.c., e quello di «persona», cui si rivolge, invece, la Carta Costituzionale e le altre norme sovraordinate ed extracostituzionali, quali, in particolare, la Convenzione sui Diritti dell'Uomo. «Persona» sembra essere considerata, nell'ambito di tale disciplina fondamentale, ed in linea generale, l'«essere naturale» che, di regola ed almeno stando ad una concezione giusnaturalistica, è necessariamente anche soggetto di diritti per l'Ordinamento⁶⁰.

⁵⁹ N. BOBBIO., *Sul fondamento dei diritti dell'uomo*, in *L'età dei diritti*, Torino, 1990, 52 ss.

⁶⁰ Sul concetto di «persona», v., in particolare, P. RESCIGNO, voce *Personalità (diritti della)*, in *Enc. giur.*, XXIII, 1990, 1 ss.; nonché P. STANZIONE, voce *Persona fisica, Diritto civile*, in *Enc. giur.*, XXIII, 1990, 1 ss.; più di recente ed in maniera particolarmente significativa, G. MARINI, *La giuridificazione della persona. Ideologie e tecniche nei diritti della personalità*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, 3, 277 ss. In chiave comparatistica, con riferimento all'ordinamento francese, cfr. C. LABRUSSE-RIOU, *Produrre l'uomo: con quale diritto ? Riflessioni «laiche» sulla procreazione medicalmente assistita*, trad. it. a cura di S. Visciano, in *Riv. dir. civ.*, 2006, 3, 387 ss. Senza, naturalmente, doversi dimenticare la fondamentale opera di S. PUGLIATTI, voce *Acquisto del diritto, Teoria generale*, in *Enc. dir.*, I, 1958, Milano, 508 ss. Agli aa. si rinvia per opportuni approfondimenti di natura anche bibliografica.

Insomma, «soggetto di diritti» e «persona umana» sono concetti distinti, non omogenei e che hanno anche diversi riferimenti normativi, se si vuole, più ampia risultando la protezione della persona. Quello di «persona» è un concetto che preesiste all'ordine giuridico che, pertanto, non la determina e non è neppure in grado, pare potersi osservare seppure con le dovute precisazioni e distinzioni, di porre limiti alla protezione di essa.

Si spiega forse meglio, in tal senso, l'*incipit* con il quale esordisce l'art. 1, co. 1 della legge sulla interruzione della gravidanza⁶¹: «lo Stato tutela la vita umana dal suo inizio».

La legge sembra, cioè, prescindere da una «personificazione» del vivente. Per intenderci, è assicurata tutela al nascituro a prescindere dal suo essere «persona», almeno tradizionalmente intesa. Per ciò che pare direttamente interessare tale disciplina, vi è vita nell'embrione, vi è vita nel feto.

L'unico limite tollerabile alla protezione della vita del nascituro è, come osservato, la tutela della salute della donna, essere naturale non in divenire, se si preferisce, «persona» fattasi.

Questa situazione giuridica soggettiva più favorevole per il nascituro, in termini di estensione della tutela della persona, rappresenta, forse, la vera novità introdotta nell'Ordinamento dalla legge n. 40 del 2004.

L'art. 1 della legge n. 40 del 2004, difatti, «assicura i diritti di tutti i soggetti coinvolti, compreso il concepito». La dizione appare evidentemente oscura, ambigua, sorgendo questione in ordine a quali diritti faccia, in effetti, riferimento tale legge. In tale oscura dizione normativa, sembra, tuttavia, chiaro il riferimento

⁶¹ La legge 22 maggio 1978, n. 194, recante *Norme per la tutela sociale della maternità e sull'interruzione volontaria della gravidanza*, in *Gazz. Uff.*, 22 maggio, n. 140. Il testo integrale dell'art. 1, co. 1, che non ha subito modifiche, è il seguente: «lo Stato garantisce il diritto alla procreazione cosciente e responsabile, riconosce il valore sociale della maternità e tutela la vita umana dal suo inizio». Prosegue la norma, al co. 2, «l'interruzione volontaria della gravidanza, di cui alla presente legge, non è mezzo per il controllo delle nascite»; ed al co. 3, «lo Stato, le regioni e gli enti locali, nell'ambito delle proprie funzioni e competenze, promuovono e sviluppano i servizi socio-sanitari, nonché altre iniziative necessarie per evitare che lo aborto sia usato ai fini della limitazione delle nascite».

al diritto alla vita e alla dignità⁶² del nascituro, potendosi, poi, giustamente discutere addirittura sulla possibile estensione del diritto alla vita sino a ricomprendere anche il diritto a nascere sani.

Quella del bilanciamento tra il diritto alla vita e alla dignità del nascituro e quello alla salute e alla dignità della madre è una questione particolarmente conflittuale e «violenta», tanto da spingere il noto quotidiano *Le Monde* a definire, senza mezzi termini, la legge 40/2004 una «legge *Burqa*», ed uno dei più autorevoli giuristi contemporanei, S. Rodotà, ad affermare che «dietro questo proibizionismo esasperato, si scorge agevolmente la volontà di imporre un modello di gestione del corpo della donna, sottratto alla libera gestione della persona interessata (...) La regressione culturale e istituzionale è evidente, anche rispetto a scelte fatte negli anni settanta dal legislatore italiano (...) la legge sulla procreazione assistita si presenta con i chiari segni di una voglia di rivincita, dell'imposizione di un'etica di stato che falsa anche la necessaria discussione dei rapporti tra etica e scienza, e sui limiti di quest'ultima. Il prevalere di un astratto furore ideologico impone crudeli vincoli alla più intima e creativa delle scelte»⁶³.

E', dunque, legittimo porsi i seguenti interrogativi.

In primo luogo, ci si chiede se sia in atto un parziale mutamento della concezione stessa dei diritti fondamentali, con specifico riferimento ai diritti umani, tradizionalmente intesi come «diritti universali ed inalienabili, a cui ogni individuo può appellarsi, per il fatto che, nascendo, arriva nel mondo come membro dell'umanità»⁶⁴.

⁶² Sul concetto di «dignità» della persona, basti rinviare a V. BALDINI, *Teoriche della dignità umana e loro riflessi sul diritto positivo (a proposito della disciplina sul trattamento del malato mentale)*, in questa *Rivista*, 2012, 1 ss., ma spec. 4 e 6 ss. All'a. si rinvia anche per ogni opportuno approfondimento di carattere bibliografico.

⁶³ La citazione è tratta da G. CASBURI, *op. cit.*

⁶⁴ Secondo la pregevole definizione di D'ANTUONO, *Bioetica*, cit., 39. In materia, si ricordino le autorevoli osservazioni di N. BOBBIO., *Sul fondamento dei diritti dell'uomo*, in *L'età dei diritti*, Torino, 1990, il quale pone l'attenzione sul fatto che la problematica dei diritti umani non è tanto quella di «giustificarli», quanto quella di «proteggerli», una questione, quindi, «non filosofica, ma politica».

In secondo luogo, se ci si trovi dinanzi ad una «*crise bioéthique du droit*»⁶⁵, nel senso, cioè, che sia la bioetica (come scienza), sia l’affermazione dei diritti umani, sembrano, in parte, abdicare alla loro funzione di individuazione di giusti limiti al potere della scienza e della tecnica⁶⁶, cui si è fatto cenno nelle pagine che precedono.

Una risposta, per quanto soltanto parziale, sembra, tuttavia, essere data dal riconoscimento da parte della legge n. 40 del 2004 di una seppure dubbia e, se si vuole, anche ridotta soggettività all’embrione, con l’evidente scopo di assicurargli accesso alle forme di tutela predisposte dall’Ordinamento, seppure con le dovute, accennate precisazioni. Da valere, quanto meno, come invito ad essere cauti e prudenti nel trattare con l’embrione⁶⁷, non dovendo essere considerato «nulla».

Questa sembra poter essere la linea interpretativa da percorrere in materia, benché ciò non escluda il rischio, come sovente accade, di pericolosi eccessi e strumentalizzazioni⁶⁸.

Viene, in tal modo, in evidenza l’estrema complessità e vastità dell’argomento, dovendo, come è stato significativamente osservato, l’indagine essere condotta anche e necessariamente sui doveri, specialmente in ambito familiare, di preservare l’integrità, di garantire la nascita, la crescita, di proteggere la salute del nascituro. «Bisogni ed interessi», questi, «non diritti», scrive Giorgio Oppo, «attuali di quella entità vivente che è il feto a prescindere dalla sua qualificazione come «persona»»⁶⁹. Ciò posto, l’insigne Autore ci invita a considerare come, oggi, ci si trovi di fronte al «declino del soggetto» ed all’«ascesa della persona», nel senso, cioè, che «il progressivo passaggio dei diritti umani dall’ordine sociale all’ordine (anche)

⁶⁵ O. SALAZAR-FERRER, *La crise bioéthique du droit*, in *Agone*, 1992, 181 ss., il quale pone l’attenzione sulla inadeguatezza della legge “non più sufficiente a risolvere questioni di legittimità” in materia, specialmente, di “procreazione e disponibilità del corpo”.

⁶⁶ Cfr., D’ANTUONO, *op. ult. cit.*, 43.

⁶⁷ Si ricordino, in proposito, ancora una volta le significative riflessioni di CORTE COST., 18.2.1975, n. 27, cit.

⁶⁸ In proposito, viene alla mente un recente, autorevole articolo di Sartori, *Embrione, anima e fede: non si emargini la ragione*, apparso sul *Corriere della Sera* del 16 aprile 2005, nel quale l’a., contro la diagnosi preimpianto, reclama ironicamente il diritto dell’embrione alla *privacy*.

⁶⁹ OPPO, *L’inizio della vita umana*, cit., 504.

statuale, può essere descritto come ascesa della «persona» rispetto al «soggetto»; ma è anche ascesa dello stesso soggetto, da una condizione di soggezione a una condizione di sempre più centralità nell'ordine giuridico. Un «declino» è quindi configurabile solo come riduzione di una posizione di prevalenza della nozione e della realtà giuridica del soggetto rispetto alla nozione e alla realtà della persona, non come perdita di sostanziale giuridicità⁷⁰. Come accadeva nell'antico diritto romano, del quale sempre sorprende la modernità, chi è capace, anche prima della nascita, è da considerare a tutti gli effetti «persona»⁷¹.

Non dovendosi neppure dimenticare che l'uomo è un «ente di relazione» e la sua «condizione sociale è una condizione di diritto perché è di esistenza nella società e la società è tale perché ha in sé diritto, è tale perché tra gli uomini vi è una relazione che è già diritto: il primo, l'originario diritto»: «*ubi societas ibi ius*, non *ubi ius ibi societas*, meno che mai *ubi lex* (solo *ubi lex*) *ibi ius*»⁷².

L'argomento meriterebbe maggiore approfondimento in relazione alla «dottrina degli *status*»⁷³. Difatti, in conseguenza dell'estensione in favore dei

⁷⁰ OPPO, *Declino del soggetto e ascesa della persona*, cit., 829 ss.

⁷¹ Cfr. P. CATALANO, *Diritto, soggetti, oggetti*, in *Iuris vincula*, Studi per M. Talmanca, Napoli, 2000, 98 ss.

⁷² OPPO, *op. ult. cit.*, 832. La definizione «uomo ente di relazione» di Sergio Cotta è tratta da OPPO.

⁷³ Per ciò che interessa direttamente la «scienza giuridica», comunemente, si segnalano due tradizionali «modi di atteggiarsi» dello stato delle persone: il primo, tende a definire, anche etimologicamente, il termine *status* nel senso di «condizione, posizione, situazione» e, dunque, *stato giuridico* come posizione di un soggetto rispetto ad un determinato gruppo sociale, che può essere l'intera collettività o un gruppo minore, dalla quale derivano determinate situazioni giuridiche soggettive. Con maggiore precisione, questo *status*, definito «comunitario», si caratterizza come «posizione (...) tendenzialmente stabile o addirittura permanente, dell'essere umano rispetto a una collettività, onde esso trae la sua forza e quasi la sua identità (...)». Il secondo, invece, esprime lo *status* come «qualità essenziale che individua, o concorre a individuare, un essere umano come soggetto, vale a dire come entità sempre identica a sé stessa al di là delle vicende che in relazione alla detta qualità possano ad essa riferirsi e delle conseguenze che ad essa, per effetto di tali vicende, possano imputarsi sul piano giuridico». *Status*, questo, che viene definito «soggettivistico, individualistico» o anche «personalistico». Cfr. A. CORASANITI, voce *Stato delle persone*, in *Enc. dir.*, XLIII, Milano, 1990, p. 948 e ss., cui si rinvia anche per opportuni ed ulteriori approfondimenti di natura bibliografica. In argomento, cfr., in particolare: P. RESCIGNO, voce *Status (teoria generale)*, in *Enc. giur.*, XXXII, 1993, p. 1 e ss.; Id., *Situazione e «status» nell'esperienza del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1973, I, 209 ss.; A. CICU, *Il concetto di status*, 1917, ora in *Scritti minori*, I, 1, Milano, 1965, p. 181; A. D'ANGELO, *Il concetto*

nascituri dello *status personae*, in una dimensione quindi più generale ed astratta, non può non aversi in debita considerazione il valore assunto dalla «persona umana» nelle sue proiezioni «esistenziali», nodo gordiano del sistema della «capacità» e della «soggettività giuridica», tanto da indurre un'autorevole linea di pensiero ad affermare l'«incompatibilità» con il valore della persona della distinzione tra capacità giuridica e capacità d'agire, o meglio della «scissione, quanto alle situazioni esistenziali, tra attitudine alla titolarità e attitudine all'esercizio»⁷⁴.

7. – Con una decisione particolarmente significativa, la Suprema Corte⁷⁵, sulla scorta di diverse argomentazioni, conclude per l'attribuzione direttamente in

giuridico di «*status*», Roma, 1938; V. PARLATO, voce *Status (diritto canonico)*, in *Enc. giur.*, 1993; SARACENI, *Il concetto di status e sua applicazione nel diritto ecclesiastico*, in *Arch. giur.*, CXXXII, 1945, 107; D. COMPOSTA, *Gli stati societari nella comunità ecclesiale*, in *Jus*, 1969, 250; A. VITALE, *Diritto-Sacramenti*, Freiburg-Roma, 1969; G. JELLINEK, *La dottrina generale dello Stato*, trad. it., Milano, 1912, p. 23 e ss.; Id., *Sistema dei diritti pubblici soggettivi*, trad. it., Milano, 1912, p. 60 e ss.; HÄBERLE, *Grundrechte in Leistungsstaat*, in *Veröffentlichungen der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer*, XXX, Berlino-New York, 1972, p. 80 e ss.; GRAVESON, *Status in the common law*, Londra, 1953, spec. p. 2. FRIEDMANN, *Some reflection on Status and Freedom. Essays in Jurisprudence in honor of R. Pound*, Indianapolis (New York), 1962, p. 222 e ss.; M. REHBINDER, *Status, contract and the Welfare-state*, in *Stanford law review*, 1971, XXIII, n. 5, p. 941 e ss., ma spec. 946. In proposito, E. QUADRI, in F. BOCCHINI e E. QUADRI, *Diritto privato*, Torino, 2011, spec. in nota 8, p. 77, osserva, inoltre, che: «il riferimento è al tipo di organizzazione della società – fino alla rivoluzione francese e al modello di Stato da essa tenuto a battesimo – fondato sulla diversificazione delle regole giuridiche applicabili in base alla *condizione sociale* del soggetto (anche senza arrivare alla più remota contrapposizione tra liberi e schiavi, si pensi alla rilevanza accordata alla situazione di nobile, ecclesiastico o mercante), con conseguente diversificazione dei diritti e degli obblighi di cui ciascuno era (e poteva essere) titolare. L'affermazione dell'*unità del soggetto di diritto* – come destinatario delle norme e, conseguentemente, potenziale titolare di situazioni giuridiche – risulta, in effetti, costituire il risultato, proprio quale reazione ai preesistenti assetti sociali (ed alle relative giustificazioni), di una elaborazione concettuale che, attraverso le ideologie giusnaturalistiche e razionalistiche del secolo XVIII, si pone alla base delle codificazioni civili (il cui modello di riferimento è il *code civil* del 1804)».

⁷⁴ In tal senso, specialmente P. PERLINGIERI, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Napoli, 1972, spec. 137 e 141 e ss.; nella medesima prospettiva, P. STANZIONE, *Capacità e minore età nella problematica della persona umana*, Napoli, 1975, p. 131 e ss.

⁷⁵ In senso conforme all'annotata decisione di CASS., 2.10.2012, n. 16754, cit., v.: CASS., 11.5.2009, n. 10741, in *Resp. civ. prev.*, 2009, p. 2074 ss. (per alcuni significativi commenti v.: C. SIANO, *Medical Malpractice e tutela del nascituro*, in *Resp. civ.*, 2009, 10, p. 814 ss.; M. GORGONI, *Nascituro e responsabilità sanitaria*, in *Resp. civ. prev.*, 2009, p. 2075 ss.; G. BALLARANI, *La Cassazione riconosce la soggettività giuridica del concepito: indagine sui precedenti dottrinali per una*

favore del nascituro (nel caso di specie, di una bimba nata *dawn*) del diritto ad essere risarcito per il danno alla salute provocato dal medico ginecologo per l'«omessa diagnosi di malformazioni fetali e conseguente nascita indesiderata», in quanto «l'interesse alla procreazione cosciente e responsabile non è solo della madre, ma altresì del futuro bambino, e ciò anche quando questo si trovi ancora nel ventre materno anche se la lesione inferta al concepito si manifesta e diviene attuale al momento della nascita»⁷⁶. Diritto al risarcimento del danno che viene riconosciuto anche al padre ed ai fratelli ed alle sorelle del nascituro⁷⁷.

lettura 'integrata' dell'art. 1 c.c., in *Dir. fam.*, 2009, p.1180 ss.; nonché, G. CRICENTI, *Breve critica della soggettività del concepito. I falsi 'diritti' del nascituro*, in *Dir. fam.*, 2010, p. 465 ss.); e CASS., 3.5.2011, n. 9700, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, I, p. 1258 ss., con commento di E. PALMERINI, *Il concepito e il danno non patrimoniale*. In senso opposto v., invece, CASS., 29.7.2004, n. 14488, pubblicata: in *Resp. civ. prev.*, 2004, p. 1348 ss., con commento di M. GORGONI, *La nascita va accettata senza «beneficio di inventario»?»; nonché in *Foro it.*, 2004, I, c. 3327 ss., con commento di A. BITETTO, *Il diritto a "nascere sani"*; in *Corr. giur.*, 2004, 1431, con nota di A. LISERRE, *Mancata interruzione della gravidanza e danno da procreazione*; in *Fam. dir.*, 2004, con nota di G. FACCI, *Wrongfull life: a chi spetta il risarcimento del danno?*; in *Danno resp.*, 2004, 379, con nota di C. FEOLA, *Essere o non essere: la Corte di cassazione e il danno prenatale*; in *Giust. civ.*, 2005, I, 121, con nota di E. GIACOBBE, *Wrongful life e problematiche connesse*.*

⁷⁶ Così, si legge a p. 39 della motivazione. La decisione consta di ben 76 pagine. Il caso muove da una fattispecie di responsabilità contrattuale del medico ginecologo, con il quale viene concluso il contratto d'opera di prestazione intellettuale a favore di una partoriente, che si duole della responsabilità del ginecologo in relazione a carenti indagini diagnostiche e *preparto*, per effetto delle quali non ci si avvede della presenza di una incurabile malformazione fetale. Alla futura mamma non viene, difatti, comunicata la possibilità di ulteriori *test* diagnostici, in particolare l'esame di amniocentesi – viene effettuato solo il cd. *tritest*, ritenuto generico e limitato –, compromettendo, di conseguenza, la libertà di autodeterminazione della stessa, nel senso, cioè, di poter esercitare, consapevolmente, la scelta – in caso di conoscenza della malformazione fetale – se portare avanti o meno la gravidanza. La bimba nasce affetta da sindrome di *dawn*. La massima ufficiale è la seguente: «la responsabilità sanitaria per omessa diagnosi di malformazioni fetali e conseguente nascita indesiderata va estesa, oltre che nei confronti di entrambi i genitori anche ai fratelli del neonato, che rientrano a pieno titolo tra i soggetti protetti dal rapporto intercorrente tra il medico e la gestante, nei cui confronti la prestazione è dovuta, nonché al figlio nato malformato. La situazione soggettiva tutelata è il diritto alla salute, non quello a nascere sano. In forza della propagazione intersoggettiva degli effetti diacronici dell'illecito, l'interesse alla procreazione cosciente e responsabile non è solo della madre, ma altresì del futuro bambino, e ciò anche quando questo si trovi ancora nel ventre materno anche se la lesione inferta al concepito si manifesta e diviene attuale al momento della nascita». Viene riformata la decisione della Corte di Appello di Venezia che, invece, aveva fatto proprio il pregresso orientamento del Supremo Collegio, che aveva respinto analoga richiesta, così motivando: «verificatasi la nascita, non può dal minore essere fatto valere come proprio danno da inadempimento contrattuale l'essere egli affetto da malformazioni congenite per non essere stata la madre, per difetto di informazione, messa in condizione di tutelare il di lei diritto alla

Nel ricercare il fondamento di questo diritto in favore direttamente del nascituro, la Corte sembra abbandonare la motivazione fondata sul diritto *a non nascere se non sani* – un diritto *negativo*, questo, alla *non vita*, come indicato nelle pagine che precedono, della cui ammissibilità fortemente si dubita⁷⁸–, e con questo, la teoretica della *soggettività giuridica anticipata* del nascituro, affermando, esplicitamente, che il nascituro non è il *soggetto*, bensì l'«*oggetto di tutela*», in quanto: «l'intero plesso normativo, ordinario e costituzionale, sembra muovere nella direzione del concepito inteso come oggetto di tutela e non come soggetto di diritto (...) è tanto necessario quanto sufficiente, di converso, considerare il nascituro

salute facendo ricorso all'aborto» (si tratta di Cass., 14888/2004). Anche in chiave ricostruttiva della vicenda, è opportuno ricordare che la Corte di Appello di Venezia rigettò la richiesta risarcitoria, con la seguente motivazione: «la sola indicazione del cd. "tritest" quale indagine diagnostica funzionale all'accertamento di eventuali anomalie fetali doveva ritenersi del tutto giustificata, alla luce dell'età della signora (al tempo dei fatti soltanto ventottenne) e dell'assenza di familiarità con malformazioni cromosomiche, onde l'esecuzione di un test più invasivo, come l'amniocentesi avrebbe potuto essere giustificata soltanto da una esplicita richiesta (...)»; ed inoltre, in maniera particolarmente significativa, si legge ancora in motivazione, «l'accertamento di una malformazione fetale non è di per sé sufficiente a legittimare un'interruzione di gravidanza, posto che, nella specie, tale interruzione sarebbe stata praticata nel secondo trimestre, mentre la sussistenza dei relativi presupposti di legge, ex art. 6 l. 194/78 non era neppure stata adombrata dagli attori, onde nessuna prova poteva dirsi acquisita al processo in ordine alla esposizione della donna a grave pericolo per la sua vita o per la sua salute fisica o psichica in caso di prosecuzione della gravidanza nella consapevolezza della malformazione cromosomica del feto».

⁷⁷ In proposito, v. quanto già osservato nel precedente § 4, circa il configurarsi di fattispecie di *contratti con effetti protettivi nei confronti di terzi 'qualificati'*, tra i quali, peraltro, si faceva rientrare anche il concepito, in quanto terzo rispetto al rapporto madre/medico ginecologo (al riguardo v. anche Cass., 14.7.2006, n. 16123, in *Dir. fam.* 2007, 137 ss.). In relazione al padre, peraltro, si discuteva se detta estensione di tutela avvenisse *ex contractu*, come oggi comunemente si ritiene (Cass., 14.7.2006, n. 16123), ovvero in termini di «vittima di rimbalzo» (Cass., 10.5.2002, n. 6735, in *Foro it.*, 2002, I, c. 3115 ss.). I fratelli e le sorelle non venivano, invece, considerati terzi protetti dal rapporto. La Corte, nell'ambito di una ricostruzione degli *effetti diacronici* dell'illecito civile, ha applicato i medesimi principi di estensione della tutela in favore del padre, «anche ai fratelli e alle sorelle del neonato, dei quali non può non presumersi l'attitudine a subire un serio danno non patrimoniale, anche a prescindere dagli eventuali risvolti e dalle inevitabili esigenze assistenziali destinate ad insorgere, secondo *l'id quod plerumque accidit*, alla morte dei genitori. Danno intanto sussistente tra l'altro (...) nella inevitabile minor disponibilità dei genitori nei loro confronti, in ragione del maggior tempo necessariamente dedicato al figlio affetto da handicap, nonché nella diminuita possibilità di godere di un rapporto parentale con i genitori stessi costantemente caratterizzato da serenità e distensione» (v. p. 17 della motivazione).

⁷⁸ Circa gli argomenti contrari all'ammissibilità di un simile diritto, si rinvia a quanto indicato nelle pagine che precedono, ed in particolare nel § 5.

oggetto di tutela, se la qualità di soggetto di diritto (evidente astrazione rispetto all'essere vivente) è attribuzione normativa funzionale all'imputazione di situazioni giuridiche e non tecnica di tutela di entità protette. Nessuna rilevanza, in positivo o in negativo, pare assumere all'uopo il pur fondamentale principio della centralità della persona, universalmente riconosciuto e tutelato a qualsiasi livello normativo, ma inidoneo ex se a rientrare nel novero delle vere e proprie "clausole generali" (...)» continua la decisione, «(...) né è conferma lo storico *dictum* della Corte costituzionale di cui alla sentenza del 18.2.1975 n. 27, predicativa del fondamentale principio della non equivalenza fra il diritto non solo alla vita ma anche alla salute proprio di chi è già persona, come la madre, e la salvaguardia dell'embrione che persona deve ancora diventare»⁷⁹.

La diretta legittimazione del nato all'esercizio dell'azione risarcitoria è giustificata sulla scorta del riconoscimento a «*qui in utero est* (...) la natura di soggetto di diritto ovvero, del tutto specularmente, di oggetto di tutela *sino al momento della sua nascita*»⁸⁰.

⁷⁹ Così pp. 42 e 43 della motivazione. La Corte richiama espressamente il precedente di Cass. n. 10741 del 2009 ed afferma: «la lesione inferta al concepito si manifesta e diviene attuale al momento della nascita, la situazione soggettiva tutelata è il diritto alla salute, non quello a nascere sani»; si precisa che «chi nasce malato per via di un fatto lesivo ingiusto occorsogli durante il concepimento non fa, pertanto, valere un diritto alla vita né un diritto a nascere sano né tantomeno un diritto a non nascere. Fa valere la lesione della sua salute, originatasi al momento del concepimento» (così, p. 46 della motivazione); ed inoltre, «oggetto della pretesa e della tutela risarcitoria è, pertanto, sul piano morfologico, la nascita malformata, sul piano funzionale (quello cioè del dipanarsi della vita quotidiana) il perdurante e irredimibile stato di infermità. Non la nascita non sana (...) o la non nascita» (p. 53 della motivazione). Viene, altresì, richiamata anche la Cassazione francese del 27.11.2000 (*affaire Parruche*). Sempre in motivazione, la decisione non nasconde proprie perplessità circa il riconoscimento di azione autonoma in favore del nascituro, atteso che «la tutela giuridica del nascituro, pure prevista dal nostro ordinamento, è peraltro regolata in funzione del diritto del concepito a nascere (sano), mentre un eventuale diritto a non nascere sarebbe un diritto adespota, in quanto a norma dell'art. 1 c.c., la capacità giuridica si acquista al momento della nascita ed i diritti che la legge riconosce in favore del concepito sono subordinati all'evento della nascita» (p. 23); ed inoltre, l'ordinamento «tutela il concepito – e quindi l'evoluzione della gravidanza – esclusivamente verso la nascita e non verso la non nascita» (p. 24); ed ancora, «se esistesse detto diritto a non nascere se non sano, se ne dovrebbe ritenere l'esistenza indipendentemente dal pericolo per la salute della madre derivante dalle malformazioni fetali» (p. 25).

⁸⁰ Così, p. 36 della motivazione.

Il fondamento di un simile diritto è rinvenuto negli artt. 2, 3, 29, 30 e 32 Cost.: la lesione lamentata dal 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 intesa 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 viene, dunque, in rilievo la nascita, bensì «la futura vita handicappata intesa nella sua più ampia accezione funzionale di una vita che merita di essere vissuta meno disagiamente».

Secondo l’annotata decisione, dunque, la questione «non è più quella della sua venuta al mondo, ma soltanto quella del suo handicap (...) gli effetti protettivi del rapporto obbligatorio (contrattuale o da cd. contatto sociale) instaurato tra la paziente e i sanitari che la assistono durante la gestazione si producono non solo a favore del marito, bensì anche del figlio». L’estensione della tutela in favore del nascituro è effetto della «diffusa sensibilità sociale che sia esteso al feto lo stesso effetto protettivo (per il padre) del rapporto intercorso tra madre e medico; e che come del resto accade per il padre, il diritto al risarcimento possa essere fatto valere dopo la nascita anche dal figlio il quale, per la violazione del diritto all’autodeterminazione della madre si duole in realtà non della nascita ma del proprio stato di infermità (che sarebbe mancato se egli non fosse nato)». Ed inoltre, la «propagazione intersoggettiva degli effetti diacronici dell’illecito è conseguenza del fatto che «l’interesse alla procreazione cosciente e responsabile» non è «solo della madre, ma altresì del futuro bambino, e ciò anche quando questo si trovi ancora nel ventre materno».

A sostegno di questa proposta interpretativa, la Corte richiama l’attenzione sull’art. 320, co. 1, cod. civ., in materia di rappresentanza legale dei genitori anche del figlio nascituro, ed afferma quanto segue: «“la singolarità della relazione tra madre e nascituro, che fa di ogni decisione riguardo al figlio una decisione della

madre”, in una relazione non di alterità ma di *immedesimazione*, questa sì, realmente “organica” (come implicitamente affermato nell’ordinanza 31.3.1988 n. 389 della Corte Costituzionale, che dichiarò, con motivazione *tranchant*, del tutto inammissibile la questione di legittimità costituzionale dell’art. 5 della legge 194 nella parte in cui non riconosceva rilevanza alla volontà del padre)»⁸¹.

Senza voler ripetere quanto in precedenza osservato circa la complessa relazione tra il diritto alla vita ed il diritto all’aborto della donna⁸², e con specifico riferimento alla fattispecie esaminata nell’annotata decisione, pare il caso di ricordare che la Corte di Appello di Venezia (riformata da Cass. n. 16754 del 2012), aveva rigettato la richiesta risarcitoria sul rilievo che, nel corso del giudizio, non sarebbe emersa la prova circa il *grave stato di pericolo* della donna legittimante l’interruzione di gravidanza. Sul punto, la decisione annotata ha, invece, rilevato quanto segue: «in tema di responsabilità del medico per omessa diagnosi di malformazioni del feto e conseguente nascita indesiderata, l’inadempimento del medico rileva in quanto impedisce alla donna di compiere la scelta di interrompere la gravidanza. Infatti, la legge, in presenza di determinati presupposti, consente alla donna di evitare il pregiudizio che da quella condizione del figlio deriverebbe al proprio stato di salute e rende corrispondente a regolarità causale che la gestante interrompa la gravidanza se informata di gravi malformazioni del feto».

Pur nel rispetto dei diritti di libertà ed autodeterminazione⁸³, tuttavia, una rigorosa applicazione dei presupposti per potersi procedere ad aborto terapeutico

⁸¹ Così, p. 54 della motivazione. Ulteriori ed ampie argomentazioni vengono rese in ordine al nesso di causalità ed alla distribuzione degli oneri probatori (v. p. 60 e ss.).

⁸² Cfr. quanto osservato nel precedente § 4.

⁸³ La questione del consenso informato e la conseguente responsabilità del medico in caso di violazione può qui essere solo accennata, attraverso il riferimento all’orientamento oramai diffuso della giurisprudenza, come emerge da alcune recenti significative decisioni, che, tuttavia, non mancando di sollevare legittime perplessità. In particolare, si ricordi CASS., 9.2.2010, n. 2847, in *Resp. civ. e prev.*, 2010, 781 ss., con commento di Ziviz, *I labili confini dell’ingiustizia costituzionalmente qualificata*, secondo cui: «la violazione del diritto all’autodeterminazione dell’ammalato comporta la risarcibilità del danno non patrimoniale che ne è ricavato, anche se l’intervento terapeutico era necessario ed è stato correttamente eseguito, ma se il cliente lamenta anche la lesione alla salute per il mancato consenso dovrà dimostrare che, messo al corrente dei rischi collegati, avrebbe rifiutato di sottoporsi all’intervento». Una

appare necessaria, sorgendo, in caso contrario, il rischio di favorire, anche involontariamente, la possibilità di aborto eugenetico (v. artt. 4 e 6 l. 194/78). Di ciò consapevole, l'annotata decisione, risolve ogni questione richiamando l'art. 4 della legge 194 del 1978: «decisiva appare la considerazione secondo cui al momento

decisione, questa, che può far discutere, in termini di teoria generale dell'illecito civile, in relazione specialmente all'elemento materiale del danno. Ad ogni modo, stando al citato orientamento, la violazione delle regole del consenso informato determinano la violazione di un bene giuridico, costituzionalmente rilevante di per sé, qual è il diritto all'autodeterminazione, diverso anche dal diritto alla salute (come, peraltro, già stabiliva Cass., 10741/2009, cit.; ma già Cass., 3.9.2007, n. 18513, in *Giust. civ. mass.*, 2007, 9 ss). Si legge, difatti, nella motivazione della citata decisione di Cass. n. 2847 del 2010 che il diritto all'autodeterminazione «rappresenta, ad un tempo, una forma di rispetto per la libertà dell'individuo e un mezzo per il perseguimento dei suoi migliori interessi, che si sostanzia non solo nella facoltà di scegliere tra le diverse possibilità di trattamento medico, ma altresì di eventualmente rifiutare la terapia e di decidere consapevolmente di interromperla, atteso il principio personalistico che anima la nostra costituzione, il quale vede nella persona umana un valore etico in sé e ne sancisce il rispetto in qualsiasi momento della sua vita e nell'integralità della sua persona, in considerazione del fascio di convinzioni etiche, religiose, culturali e filosofiche che orientano le sue determinazioni volitive». A tal riguardo, secondo CORTE COST., 23.12.2008, n. 438, in *Foro amm. CDS*, 2008, 12, 3249 ss., «il consenso informato, inteso quale espressione della consapevole adesione al trattamento sanitario proposto dal medico, si configura quale vero e proprio diritto della persona e trova fondamento nei principi espressi nell'art. 2 cost., che ne tutela e promuove i diritti fondamentali, e negli artt. 13 e 32 cost., i quali stabiliscono rispettivamente “la libertà personale è inviolabile” e che “nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge”». Com'è noto, frequente è, in tempi recenti, lo «scontro» tra il diritto di libertà individuale o di autodeterminazione e il diritto alla salute. L'annotata decisione del 2012, condividendo l'orientamento appena indicato, ha, in argomento, affermato che «deve pertanto ritenersi configurabile, nella specie, l'inadempimento alla richiesta di diagnosi come funzionale all'interruzione di gravidanza in caso di positivo accertamento di malformazioni fetali», in considerazione anche dell' «altissimo margine di errore» del tritest (v. p. 13-14 della motivazione). Il medico ginecologo avrebbe, cioè, dovuto informare la paziente circa la possibilità di effettuare ulteriori test e relative conseguenze (amniocentesi), al fine di assicurare una scelta consapevole da parte della gestante in caso di malformazioni fetali. Questa violazione rileva di per sé, a prescindere dalla lesione o meno del *bene salute* della donna e dalla *nascita sana o non sana* del nascituro e anche dalla lesione di diritti di terzi coinvolti nella vicenda procreativa (nel caso in esame, padre, fratelli e sorelle del nascituro). In dottrina, cfr., in particolare: E. QUADRI, *Profili della responsabilità medica con particolare riguardo alla ginecologia ed ostetricia: esperienze recenti e prospettive*, cit., 319 ss.; S. ROSSI, *Consenso informato (II)*, in *Digesto priv., sez. civ.*, VII, Torino, 2012, 177 ss.; C. CASONATO, *Il malato preso sul serio: consenso e rifiuto delle cure in una recente sentenza della Corte di cassazione*, in *Quad. cost.*, 2008, 3, p. 546 ss.; G. GRASSO, *Consenso informato, libertà di scelta e disponibilità del proprio corpo*, in G. COCCO (a cura di), *Lo statuto giuridico delle informazioni*, Milano, 2012, p. 19 ss.; E. ROSSI, *Profili giuridici del consenso informato: i fondamenti costituzionali e gli ambiti di applicazione*, in A. D'ALOIA (a cura di), *Il diritto alla fine della vita. Principi, decisioni, casi*, Napoli, 2012, p. 77 ss.; A. DIURNI, *La nascita indesiderata*, in P. CENDON (a cura di), *Trattato breve dei Nuovi Danni*, Padova, 2011, p. 261 ss.; A. D'ANGELO (a cura di), *Un bambino non voluto è un danno risarcibile?*, Milano, 1999.

stesso in cui l'ordinamento giuridico riconosce alla madre il diritto di abortire, sia pur 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 l. 194 del 1978), ma dello stesso diritto alla salute fisica o anche soltanto psichica della madre. Mentre non vi sarebbe alcuno *spatium considerationis 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 (...); ma, continua sul punto la decisione: «troppo spesso si dimentica che una norma statutale di rango primario più volte legittimata dal vaglio della Corte costituzionale, riconosce alla madre il diritto di 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 a previsioni di anomalie o malformazioni del concepito" (così testualmente l'art. 4 della legge 194 del 1978)». E conclude: «il diritto alla procreazione cosciente e responsabile è, dunque, attribuito alla sola madre, per espressa volontà legislativa»⁸⁴.

8. – Diritto alla salute, alla vita ed alla dignità del *nascituro*, anche a prescindere dal suo essere *persona*, giusti limiti, dunque, alla libertà di coscienza ed autodeterminazione, nonché alla scienza e alla tecnica, non potendosi non avvertire le insidie, i pericoli e le incertezze immanenti sia alla libertà di autodeterminazione sia al progresso scientifico e tecnologico.

La libertà di autodeterminazione e l'esercizio del potere scientifico non sembra possano essere considerati assoluti, liberi, cioè, da ogni limite, giacché ritenuti al di

⁸⁴ V. pp. 37 e 38 della decisione.

sopra di questi. Se, quindi, il riconoscimento di una soggettività giuridica o di un diritto alla vita e alla salute, tra di loro strettamente legati, e di dignità di persona in favore del *nascituro* possono costituire argine ai suddetti poteri e libertà, questa sembra poter essere la strada da percorrere.

Con specifico riguardo alla questione del *diritto a nascer sani* ed alla decisione qui esaminata, sembra opportuno chiedersi quali siano state le reali, inespresse, ragioni del riconoscimento in favore del nascituro dell'azione risarcitoria diretta, atteso che appare evidente che il diritto alla salute del concepito – almeno nelle motivazioni apparenti della Corte – sembra venir tutelato in quanto «*parte del ventre materno*» o del «*corpo femminile*» e, dunque, ove si preferisca, anche come effetto riflesso della tutela della salute della madre, al cui destino è legato il *nascituro* e vi sarà per sempre legato il *nato*. L'azione risarcitoria nei confronti del medico è, difatti, attribuita, secondo le determinazioni della decisione, non al nascituro, bensì al *nato*, in conseguenza della lesione del suo diritto alla salute che si manifesta, appunto, con la nascita.

Pur in presenza di argomentazioni di altissimo valore euristico – dovute anche alla straordinaria qualità del suo relatore –, tuttavia, sia consentito ragionevolmente osservare, che riconoscere al nascituro il diritto al risarcimento del danno perché è nato *non sano* ed escluderlo, ovviamente, in caso di *nascita sana* o di *non nascita*, non può non significare affermare il *diritto a non nascere se non sani* e, pertanto, incorrere proprio in quel *rischio di eugenetica*, che l'annotata decisione ha dichiaratamente voluto escludere.

Anche in considerazione del fatto che, resta da chiedersi, se la madre, debitamente informata dal medico della malattia incurabile del nascituro, decide egualmente di condurre a termine la gravidanza, non esercitando il diritto di interruzione, configurandosi azione risarcitoria autonoma in favore del nascituro, questi, potrà egualmente agire nei confronti del medico per la lesione del suo diritto alla salute? E così anche gli stretti familiari del nascituro?

In una simile evenienza, dunque, al medico non sembra restare alcuna scelta che sopportare gli effetti di una *nascita indesiderata*, pur a prescindere da ogni sua partecipazione volitiva e causativa. Ed inoltre, al fine di evitare il rischio di possibili azioni risarcitorie future da parte del nascituro e dei suoi familiari, come potrà tutelarsi? Se è immaginabile una rinuncia all'azione da parte dei familiari, in caso di manifestazione di volontà favorevole alla conduzione a termine della gravidanza da parte della madre, nell'ambito, dunque, di un ampio ed esteso *consenso informato*; appare difficile, invece, che una simile rinuncia possa essere effettuata per conto del nascituro non ancora nato, o in rappresentanza di questi, al momento della nascita. In tale direzione, neppure potendosi non considerare che si verte pur sempre in materia di diritti indisponibili, per quanto anche di tale ultima configurazione possa legittimamente cominciare a dubitarsi, ove si rivolga l'attenzione pure ai *diritti di fine vita*.

In effetti, una soluzione dalla quale possa discendere una responsabilità del medico in ogni caso, non sembra una soluzione del tutto accettabile, anche in considerazione del fatto che sembra prospettarsi un'idea della *vita* in termini marcatamente *edonistici*, meritevole, cioè, di essere vissuta soltanto ove accompagnata da aspettative favorevoli.

Nel ripercorrere una problematica di simili proporzioni, complessi bilanciamenti ed incerti risultati, ci si sente un po' come il «viandante» di Nietzsche⁸⁵, per il quale: «chi anche solo in una certa misura è giunto alla libertà della ragione non può poi sentirsi sulla terra nient'altro che un viandante, non un viaggiatore diretto ad una meta finale (...). Quando silenziosamente, nell'equilibrio dell'anima mattinale, egli passeggerà sotto gli alberi, gli cadranno intorno dalle cime e dai recessi del fogliame solo cose buone e chiare, i doni di tutti quegli spiriti liberi che abitano sul monte, nel bosco e nella solitudine e che, simili a lui, nella loro maniera ora gioiosa e ora meditabonda sono viandanti e filosofi. Nati dai misteri del mattino, essi meditano come mai il giorno, fra il decimo e il dodicesimo

⁸⁵ F. NIETZSCHE, *Umano, troppo umano I*, 1878-1880, § 638. La citazione è tratta da U. GALIMBERTI, *Il tramonto dell'occidente, nella letteratura di Heidegger e Jaspers*, Milano, 2005, 13.

rintocco di campana, possa avere un volto così puro, così luminoso, così trasfiguratamente sereno: essi cercano la filosofia del mattino».