

# Wrongful birth e wrongful life: delicati equilibri Tra autodeterminazione della donna e dignità del figlio malato

Barbara Sgorbati\*

WRONGFUL BIRTH AND WRONGFUL LIFE: DELICATE BALANCES BETWEEN WOMEN'S SELF-DETERMINATION AND DIGNITY OF THE SICK SON

ABSTRACT: This paper will explore the matter of wrongful birth and wrongful life suits, focusing on how it has been addressed by the courts (both from a comparative and from a national point of view) and on its impact on some of the main values involved, especially on women's autonomy and on equal dignity of disabled people.

KEYWORDS: Birth; life; tort; dignity; self-determination

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. Wrongful birth e wrongful life: definizioni e concetti – 3. Wrongful birth e wrongful life: prospettive di diritto comparato – 4. La giurisprudenza italiana in materia di wrongful birth e wrongful life – 5. Azioni di wrongful birth e autodeterminazione della donna – 6. Wrongful life e configurabilità di un obbligo di interrompere la gravidanza nell'interesse del nascituro – 7. Wrongful life e dignità umana: tutela del concepito e diritti delle persone disabili – 8. Conclusioni.

## 1. Introduzione

Lo sviluppo delle metodologie di diagnosi prenatale, l'ampliamento dello spazio riconosciuto all'autodeterminazione nelle scelte riproduttive e le possibilità offerte dalle tecniche di procreazione medicalmente assistita hanno portato in anni recenti gli ordinamenti giuridici a confrontarsi con problematiche inedite, che non di rado hanno messo alla prova i criteri ermeneutici tradizionali.

Uno di questi temi è quello della riconoscibilità di una figura di danno risarcibile nel caso di una "nascita indesiderata" (c.d. "*wrongful birth*") e/o di una "vita menomata" (c.d. "*wrongful life*").

Si tratta di temi complessi, implicanti non pochi risvolti etico-filosofici, che hanno visto le Corti dei diversi Paesi adottare soluzioni diverse e, talvolta, i legislatori intervenire direttamente.

Il presente lavoro tenterà innanzitutto di definire correttamente la portata delle questioni in gioco, anche attraverso una breve analisi di tipo comparatistico, per poi soffermarsi sugli orientamenti della giurisprudenza nazionale (culminati nell'arresto delle Sezioni Unite del 2015) ed infine cercare di evidenziare gli aspetti etico-giuridici più significativi e delicati delle tematiche trattate, anche e soprattutto in rapporto con l'autodeterminazione della donna così come riconosciuta dalla L. 194/1978 – di cui ricorre quest'anno il quarantesimo anniversario –, con la tutela del concepito prevista dal nostro ordinamento e con il pieno rispetto della dignità e dei diritti delle persone disabili.

\* Avvocato del Foro di Piacenza. Email: [barbarasgorbati@virgilio.it](mailto:barbarasgorbati@virgilio.it). Il contributo, anonimizzato, è stato selezionato dal Comitato di Direzione nell'ambito della call for papers dedicata a "Biodiritto: 1978-2018".



## 2. Wrongful life e wrongful birth: definizioni e concetti

Al fine di approfondire – per quanto possibile in questa sede – i molteplici e delicati aspetti dei temi trattati, occorre in primo luogo un chiarimento terminologico, dato che le espressioni *wrongful birth* e *wrongful life*, comunemente utilizzate anche in ambito comparatistico<sup>1</sup>, indicano due situazioni (ed eventualmente due azioni risarcitorie) ben distinte fra loro.

Quanto alla prima, già nel 1986 Steinbock<sup>2</sup> definiva l'azione di *wrongful birth* come «suit brought by parents who claim that because of negligence on the part of health care providers, either in performing incomplete sterilizations or abortions or in giving improper advice about the risk of having handicapped children, they have been wrongfully deprived of the option to abort»; il danno “da nascita indesiderata”, cioè, è quel danno che viene lamentato dai genitori per la nascita non voluta di un figlio, considerata un pregiudizio, che avrebbe potuto essere evitato se il personale sanitario avesse correttamente effettuato l'intervento di aborto o di sterilizzazione o la prescrizione di contraccettivi (in questi due ultimi due casi si parla anche di “*wrongful conception*”) ovvero la diagnosi di anomalie e patologie nell'embrione o nel feto<sup>3</sup>. Quest'ultima ipotesi (in cui il medico non ha adeguatamente avvertito circa il rischio della nascita di un figlio malato, impedendo in tal modo una “truly informed decision”) è quella che interesserà maggiormente in rapporto al tema trattato, perché si pone più agevolmente in relazione con la questione del danno da *wrongful life*.

In questo secondo caso, infatti, si allega che «the physician, by failing to inform the parents adequately, is responsible for the birth of an impaired child who otherwise would not have been born and therefore would not have experienced the suffering caused by the impairment»<sup>4</sup>; si parla in questo caso di “danno da vita non voluta” o da “malesistenza”, in cui si hanno “damages arising from being born”<sup>5</sup>: in nome e per conto di chi è venuto al mondo in una situazione di svantaggio fisico o mentale, si agisce contro il medico che ha contribuito, con la propria condotta negligente, a cagionarne la nascita in uno stato di degradata qualità della vita<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> Gli autori di lingua spagnola utilizzano anche le espressioni *perjuicio de nacer* e *perjuicio de vivir*, v. L. COLMAN VEGA, *Wrongful life y Wrongful birth*, consultabile all'indirizzo [www.academia.edu/15601658/Wrongful\\_life\\_y\\_Wrongful\\_birth](http://www.academia.edu/15601658/Wrongful_life_y_Wrongful_birth) (ultima consultazione 27/07/2017).

<sup>2</sup> B. STEINBOCK, *The Logical Case for “Wrongful Life”*, in *The Hastings Center Report*, Vol. 16, No. 2 (Apr. 1986), p. 15; per le definizioni di *wrongful birth* e *wrongful life*, si veda anche M. C. AGNELLO, *La responsabilità medica nelle ipotesi di wrongful birth e wrongful life*, consultabile all'indirizzo <http://www.personaedanno.it/articolo/la-responsabilità-medica-nelle-ipotesi-di-wrongful-birth-e-wrongful-life-maria-carmen-agnello> (ultima consultazione 22/10/2018).

<sup>3</sup> P. CORSINI, *Danno da nascita indesiderata e da malesistenza*, 2009, consultabile all'indirizzo <http://www.overlex.com/leggiarticolo.asp?id=2172> (ultima consultazione 06.09.2018); sulle definizioni di *wrongful conception*, *wrongful pregnancy*, *wrongful birth* e *wrongful life*, si veda anche R.R. FRASCA, *Negligent Beginnings: Damages in Wrongful Conception, Wrongful Birth and Wrongful Life*, in *Journal of Forensic Economics*, 19(2), 2006, p. 185.

<sup>4</sup> B. STEINBOCK, *The Logical Case for “Wrongful Life”*, cit., p. 15.

<sup>5</sup> B. STEINBOCK, *The Logical Case for “Wrongful Life”*, cit., p. 16; R.R. Frasca, *op. cit.*, p. 187, evidenzia come nei casi di *wrongful life* «The harm is the birth of a defective child. A wrongful birth of life action assumes that but for the malpractice, the child would not have been born. (...) The injury is life itself.».

<sup>6</sup> P. CORSINI, *op. cit.* p. 1.



### 3. Wrongful birth e wrongful life: prospettive di diritto comparato

La giurisprudenza in materia di *wrongful birth* e *wrongful life* si è formata inizialmente negli Stati Uniti: se in una prima fase (ad es. nella sentenza *Gleitman v. Cosgrove* del 1967<sup>7</sup>), venivano rigettate sia le istanze delle madri – dato che l’aborto era reato – che quelle dei figli nati malati, dopo la nota sentenza *Roe v. Wade* del 1973 (che ha riconosciuto la possibilità di interrompere legalmente la gravidanza e quindi il “right not to have a child”<sup>8</sup>), si cominciò a riconoscere una responsabilità civilistica in capo al personale sanitario la cui negligenza fosse risultata nella nascita di un bambino (sano ma) non voluto, ovvero nella nascita di un bambino malato; le Corti continuavano tuttavia ad essere riluttanti a risarcire un danno in capo al bambino per la vita “segnata” dalla malattia<sup>9</sup>.

Nel 1984, ad esempio, la sentenza *Procanik v. Cillo* della Corte Suprema del New Jersey riconobbe al bambino i danni per le spese mediche straordinarie, ma non per il danno da vita menomata<sup>10</sup>; nello stesso anno, la Court of Appeal di New York negò il risarcimento ad una bambina di 8 anni, nata con la sindrome di Down dopo che la madre si era sottoposta ad amniocentesi che non aveva rilevato la patologia<sup>11</sup>.

In Canada, così come in Australia, i tribunali tendono a riconoscere il danno da *wrongful birth* ma non quello da *wrongful life*<sup>12</sup>.

Si evidenzia in dottrina<sup>13</sup> che, negli ordinamenti di *common law*, le azioni di *wrongful life* tendono ad essere inquadrate nell’ambito del *tort of negligence* (corrispondente al nostro illecito contrattuale, o danno da inadempimento), che non contempla tra i suoi elementi essenziali la lesione di una situazione giuridica soggettiva tutelata dall’ordinamento; tale aspetto rappresenta, invece, proprio l’elemento più problematico per il riconoscimento di tale figura di danno negli ordinamenti europei continentali.

La difficoltà affrontata dalle Corti nordamericane e britanniche consisteva soprattutto nella quantificazione del pregiudizio, risultando difficoltoso, se non impossibile, il paragone tra la non-nascita e la vita con handicap<sup>14</sup>. Su tali basi, nel 1982, la Court of Appeal inglese rigettò le richieste risarcitorie

<sup>7</sup> *Gleitman v. Cosgrove*, New Jersey Supreme Court, 06 marzo 1967; si veda il commento in B. STEINBOCK, *The Logical Case for “Wrongful Life”*, cit., p. 16.

<sup>8</sup> B. STEINBOCK, *The Logical Case for “Wrongful Life”*, cit. p. 16.

<sup>9</sup> Tale riluttanza viene spiegata da L. COLMAN VEGA, *op. cit.*, p. 134, come applicazione del principio secondo cui «es mejor el ser que el no ser»; alcuni autori, come B. MARKESINIS - H. UBERATH, *The German Law of Torts. A Comparative Treatise*, Oxford-Portland, 2002, p. 181, parlano di «a limited recognition of a wrongful life claim».

<sup>10</sup> *Procanik v. Cillo* [1984], New Jersey Supreme Court, 478 A.2d 757; si veda il commento in B. STEINBOCK, *The Logical Case for “Wrongful Life”*, cit., p. 16.

<sup>11</sup> *Alquijay v. St Luke's-Roosevelt Hospital*, 63 N.Y.2d 978, 473, N.E.2d 244 (1984); si veda il commento in B. STEINBOCK, *The Logical Case for “Wrongful Life”*, cit., p. 16.

<sup>12</sup> L. COLMAN VEGA, *op. cit.*, p. 55-59.

<sup>13</sup> F. ZECCHIN, *Spunti di natura comparatistica in tema di danno da “wrongful”life*, *Jus-online*, n. 3/2015, p. 3; E. FALLETTI, *Danno da nascita indesiderata il dibattito italiano si divide tra common law e civil law*, in *In Pratica Legale Famiglia*, 15.10.2018.

<sup>14</sup> F. ZECCHIN, *op. cit.*, p. 5; V. MONTANI, *Nascite indesiderate tra danno e santità della vita. Alcune riflessioni comparative*, in *Biodiritto*, 2012, p. 143 ss.



avanzate per conto di una bambina nata parzialmente sorda e cieca, ritenendo di non poter effettuare una comparazione tra *injured life* e *non existence*<sup>15</sup>.

Nei Paesi di *civil law*, invece, il tema era quello di identificare quale fosse il “danno ingiusto” subito dal minore e quindi quale fosse il “bene della vita” leso dalla condotta negligente del personale sanitario.

Nel sistema francese, ad esempio, l’azione è stata inquadrata nello schema del contratto a favore di terzo (art. 1121 Code Civil), rilevando quindi, in primo luogo, l’inadempimento del sanitario; tuttavia, in questa fattispecie, l’azione del terzo richiede comunque il danno *contra ius*, e pertanto si pone comunque la necessità di verificare se vi sia una situazione soggettiva concretamente lesa<sup>16</sup>.

In un caso poi divenuto celebre, il Tribunale di primo grado e la Corte d’Appello avevano rigettato la domanda, non sussistendo legame causale tra l’errore diagnostico del sanitario (che non aveva rilevato il contagio da rosolia nella gestante, la quale aveva così portato a termine la gravidanza) e le patologie poi manifestatesi nel bambino, posto che tali patologie non avrebbero potuto essere evitate nemmeno con il corretto adempimento del medico. La Corte di Cassazione<sup>17</sup>, invece, con una pronuncia che aderiva all’orientamento di una precedente sentenza del 1996 e che sarebbe stata ricordata come “l’arrêt Perruche” (dal cognome della famiglia coinvolta), accolse entrambe le domande risarcitorie proposte dai genitori: sia quella introdotta in nome proprio (configurabile propriamente come azione di “danno da nascita indesiderata”), sia quella avanzata in nome del figlio Nicholas<sup>18</sup>.

In Spagna, il Tribunale Supremo già nel 1997 riconosceva il danno da nascita indesiderata alla madre, ma ancora nel 2008 negava il risarcimento ad una bambina nata con la sindrome di Down, sulla base del principio che «toda vida humana es digna de ser vivida»<sup>19</sup>.

Nell’ordinamento tedesco, l’azione di *wrongful life* viene inquadrata nello schema del contratto con effetti protettivi nei confronti dei terzi, ma – mentre viene riconosciuto l’indennizzo ai genitori – viene generalmente negata la configurabilità di un “diritto a non nascere se non sano”<sup>20</sup>.

In Belgio<sup>21</sup> e in Olanda<sup>22</sup> (Paesi nei quali è prevista anche per i minori la possibilità di ricorrere al suicidio assistito o all’eutanasia), sono state accolte domande risarcitorie per danni da *wrongful life*, configurando il risarcimento come volto a mitigare le sofferenze che la persona nata con disabilità

<sup>15</sup> *McKay and Another v. Essex Area Health Authority* [1982], QB, p. 1166.

<sup>16</sup> F. ZECCHIN, *op. cit.*, p. 9; F. CHABAS, *Note*, in *JPC*, 2000, p. 2309.

<sup>17</sup> Cour de Cassation, arrêt du 17 novembre 2000, pourvoi n. 99-13-701 ; si veda il commento di P. BENKIMOUN, *L’arrêt Perruche*, 2003, consultabile all’indirizzo [http://www.larousse.fr/archives/journaux\\_annee/2003/93/l\\_arret\\_perruche](http://www.larousse.fr/archives/journaux_annee/2003/93/l_arret_perruche) (ultima consultazione 03.08.2017)

<sup>18</sup> Per un ampio commento alla sentenza, si veda C. LABRUSSE-RIOU, *L’arrêt du 17 novembre 2000 et ses significations: analyse juridique*, in *Laennec*, 2002/2, vol. 50, p. 8-26.

<sup>19</sup> Tribunal Supremo, 4 novembre 2008, recurso n. 4936/2004, p. 2-3; v. F. ZECCHIN, *op. cit.*, p. 16; sugli indirizzi giurisprudenziali spagnoli, si veda anche D. VARGAS ARAVENA, *Responsabilidad civil médica por falta de información en algunos casos de Wrongful conception a tenor de la jurisprudencia española*, in *Gaceta Jurídica*, 2007, n. 314, p. 31.

<sup>20</sup> F. ZECCHIN, *op. cit.*, p. 13; B. MARKESINIS - H. UBERATH, *op. cit.*, p. 170.

<sup>21</sup> Tribunal de première instance de Bruxelles 21 avril 2004, in *J.T.*, 2004, p. 716 ss; v. F. ZECCHIN, *op. cit.*, p. 14.

<sup>22</sup> *Hoge Raad* 18 March 2005, C03/206HR; v. F. ZECCHIN, *op. cit.*, p. 14.



non avrebbe dovuto sopportare (o avrebbe avuto la *chance* di non sopportare) in assenza dell'errore diagnostico<sup>23</sup>.

Anche in seguito alle pronunce giurisprudenziali citate, diversi ordinamenti hanno visto un intervento legislativo volto a limitare la possibilità di riconoscere un risarcimento del danno nei casi di *wrongful life*.

Negli Stati Uniti, diversi Stati hanno espressamente limitato le azioni di *wrongful life* e – in alcuni casi – anche quelle di *wrongful birth*. In Idaho, per esempio, è stata adottata una norma che così recita: «A cause of action shall not arise, and damages shall not be awarded, on behalf of any person, based on the claim that but for the act or omission of another, a person would not have been permitted to have been born alive but would have been aborted»<sup>24</sup>; analoghe scelte legislative si registrano anche negli Stati del Dakota, del Minnesota e dello Utah<sup>25</sup>.

Nel Regno Unito, al *Congenital Disabilities Act* del 1976 – il quale già prevedeva la possibilità del risarcimento nel solo caso in cui la patologia del bambino trovasse ragione in un errore medico (in assenza del quale, il bambino sarebbe nato sano), e non anche in quello in cui l'errata diagnosi non avesse impedito la nascita di un bambino malato – è stata più recentemente aggiunta, dal *Human Fertilization and Embryology Act*, una disposizione che prevede la risarcibilità del danno per la disabilità che risulti da azioni od omissioni nel corso della selezione o conservazione o utilizzazione degli embrioni da impiantare, ma non dalla mancata diagnosi di una patologia nell'embrione che è stato poi impiantato: pare quindi che l'ordinamento britannico intenda confermare la linea per cui il medico è responsabile nei confronti del bambino quando un comportamento alternativo diligente avrebbe evitato l'insorgere della patologia, ma non anche quando l'adempimento del *duty of care* avrebbe evitato la nascita<sup>26</sup>.

In Francia, la *Loi relative aux droits de malades et à la qualité du système de santé*, n. 303/2002, emanata in reazione proprio all'*arrêt Perruche*, ha stabilito espressamente che «Nul ne peut se prévaloir d'un préjudice du seul fait de sa naissance» e che il risarcimento può essere chiesto solo «lorsque l'act fautif a provoqué directement le handicap ou l'a aggravé, ou n'a pas permis de prendre les mesures susceptibles de l'atténuer»<sup>27</sup>.

Dall'analisi comparativa dei diversi ordinamenti europei e non, l'orientamento giurisprudenziale e legislativo prevalente appare, quindi, quello volto ad accogliere le azioni di danno da *wrongful birth* e a rigettare invece la risarcibilità di un danno da *wrongful life*.

---

<sup>23</sup> F. ZECCHIN, *op. cit.*, p. 15.

<sup>24</sup> Idaho Code, Ann. 5-334 (1) (2008).

<sup>25</sup> Sul punto L. COLMAN VEGA, *op. cit.*, p. 53.

<sup>26</sup> Sul tema ancora F. ZECCHIN, *op. cit.*, p. 8; G. ROBERTSON, *Wrongful life*, in MLR, 1982, p. 698.

<sup>27</sup> In merito all'*arrêt Perruche* e alla c.d. Loi Kouchner, si veda J. MONET, *Le suites de l'arrêt Perruche et de la loi Kouchner* – che sottolinea come il Conseil d'Etat abbia ritenuto tale indirizzo legislativo, deciso «pour des motifs d'intérêt général, tenant à des raisons d'ordre éthique, à la bonne organisation du système de santé et du traitement équitable de l'ensemble des personnes handicapées», compatibile con la Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo (anche se la Corte Europea lo giudicò in contrasto con la Convenzione per quanto riguardava l'efficacia retroattiva per le cause già in corso) – consultabile all'indirizzo <http://droit-medical.com/perspectives/la-forme/76-suites-arret-perruche-loi-kouchner> (ultima consultazione 19/10/2018).



#### 4. La giurisprudenza italiana in materia di wrongful birth e wrongful life

I casi di richieste risarcitorie per “danno da nascita indesiderata” o da “mal esistenza” nel nostro Paese sono relativamente recenti, anche se un antecedente si può rinvenire in una sentenza del Tribunale di Piacenza del 1950<sup>28</sup>: una figlia adulterina, nata affetta da una malattia consapevolmente trasmessa dai genitori, ottenne il risarcimento del danno sulla base dell’argomentazione che «il trasmettere attraverso la generazione (...) una condizione morbosa (...) è fatto contrario al diritto»; tale precedente restò, tuttavia, a lungo isolato.

Con il tempo, le domande risarcitorie di questo tipo si fecero più frequenti, e la giurisprudenza iniziò a sviluppare orientamenti contrastanti.

Nel 2009, ad es., la Corte di Cassazione<sup>29</sup> si confrontava con il caso di una donna incinta affetta da talassemia: il medico aveva trascurato di valutare correttamente gli esami del marito, portatore dalla stessa malattia, e non aveva quindi informato la gestante sulle possibili condizioni di salute del nascituro; era poi nata una bambina affetta da una grave forma della patologia ereditata dai genitori. La Corte – ricostruendo il rapporto tra gestante e ginecologo come contratto ad effetti protettivi nei confronti di terzi – riconosceva il risarcimento del danno (patrimoniale e non patrimoniale) ai genitori, perché la gestante, non correttamente informata, non aveva potuto valutare la possibilità di interrompere la gravidanza, ai sensi della L. 194/1978. Per quanto riguarda la minore, invece, il risarcimento veniva negato, sulla base del fatto che, ai sensi dell’art. 1 c.p., il concepito non è titolare di alcun diritto prima della nascita, e quindi non può vantare nemmeno il diritto a non nascere se non sano; poiché inoltre la normativa italiana consente l’interruzione di gravidanza in presenza di anomalie o malformazioni solo ove queste incidano negativamente sulla salute della madre, non avrebbe potuto configurarsi una pretesa a non nascere ove affetto da gravi patologie<sup>30</sup>.

Con una pronuncia del 2013<sup>31</sup>, relativa al caso di una bambina nata con spina bifida nonostante l’ecografia non avesse rilevato alcuna anomalia, la Corte di Cassazione (pur criticando l’orientamento che configurava di fatto una presunzione *iuris tantum* di sussistenza delle condizioni per l’interruzione di gravidanza sulla base della mera allegazione della donna che, se fosse stata informata delle malformazioni, vi avrebbe fatto ricorso) cassava la sentenza d’appello che - non valutando correttamente le risultanze istruttorie - aveva negato il risarcimento del danno alla madre; non accoglieva invece il ricorso per quanto riguardava i danni asseritamente subiti dalla figlia, trattandosi di questione nuova rispetto alla sentenza di appello. Con un’altra sentenza del 2012, invece, la Corte di Cassazione aveva riconosciuto<sup>32</sup> il diritto al risarcimento del danno non patrimoniale, oltre che ai genitori, anche al bambino nato affetto da malformazioni (nella specie, sindrome di Down) non diagnosticate nel corso della gravidanza, nonché ai fratelli e alle sorelle<sup>33</sup>.

<sup>28</sup> Tribunale di Piacenza, 31.07.1950, in Foro it. 1951, I, p. 987 ss.

<sup>29</sup> Cass. Civ., sez. III, 11.05.2009, n. 10741.

<sup>30</sup> Per un’analisi della sentenza, si veda P. CORSINI, *op. cit.*, p. 2 ss.

<sup>31</sup> Cass. Civ., sez. III, 22.03.2013, n. 7269.

<sup>32</sup> Cass. Civ., sez. III, 02.10.2012, n. 16754.

<sup>33</sup> L. NAGERO, *Danno da nascita indesiderata: i soggetti legittimati a chiedere il risarcimento*, in *Giuricivile*, 2018, 8.





I contrasti giurisprudenziali riguardavano soprattutto due punti fondamentali: da un lato, l'onere della prova in relazione alla pretesa risarcitoria della madre e, dall'altro, la legittimazione attiva in capo al concepito poi nato malformato. La questione è stata quindi rimessa alle Sezioni Unite che l'hanno risolta con la sentenza n. 25767 del 22 dicembre 2015<sup>34</sup>.

Quanto all'onere della prova, un primo orientamento, più rigoroso, sosteneva che l'inadempimento da parte del medico dell'obbligo di corretta informazione non rilevasse a fini risarcitori se la paziente non provava la sussistenza delle condizioni previste dall'art. 6 L. 194/1978 per il ricorso all'aborto terapeutico<sup>35</sup>; la donna doveva anche provare che, se fosse stata adeguatamente informata, avrebbe scelto l'IVG<sup>36</sup>; non erano sufficienti le allegazioni o il ricorso a criteri statistici o a presunzioni<sup>37</sup>.

Il secondo orientamento<sup>38</sup>, invece, alleggeriva l'onere probatorio, presumendo dalla malattia psichica insorta dopo il parto la sussistenza dei requisiti di cui all'art. 6, considerando come corrispondente a regolarità causale che la donna se informata tempestivamente delle malformazioni avrebbe scelto di abortire, ovvero ritenendo sufficiente che la madre allegasse che avrebbe fatto ricorso all'IVG se avesse avuto conoscenza della patologia del nascituro.

Le Sezioni Unite hanno al riguardo confermato che «l'impossibilità della scelta della madre (...) imputabile a negligente carenza informativa da parte del medico curante, è fonte di responsabilità civile», ma hanno chiarito che devono essere provati sia la presenza di rilevanti anomalie del nascituro che il loro nesso eziologico con un grave pericolo per la salute psico-fisica della donna [tali da legittimare il ricorso all'interruzione volontaria della gravidanza], nonché la volontà della gestante - ove fosse stata correttamente informata - di non portare a termine la gravidanza. La prova di quest'ultimo elemento è particolarmente delicata, trattandosi di un fatto psichico di cui non si può fornire rappresentazione immediata e diretta: ma l'onere probatorio può essere assolto tramite dimostrazione di altre circostanze (ad es. il ricorso al consulto medico per conoscere le condizioni di salute del nascituro, le precarie condizioni psico-fisiche della gestante, pregresse manifestazioni di pensiero, etc.) da cui si possa risalire induttivamente al fatto psichico da accertare.

Al principio sancito dalle Sezioni Unite si è conformata anche la recentissima sentenza n. 19151/2018, che ha ribadito come «in tema di responsabilità medica da nascita indesiderata, il genitore che agisce per il risarcimento del danno ha l'onere di provare che la madre avrebbe esercitato la facoltà d'interrompere la gravidanza – ricorrendone le condizioni di legge – ove fosse stata tempestivamente informata dell'anomalia fetale; quest'onere può essere assolto tramite *praesumptio hominis*, in base a inferenze desumibili dagli elementi di prova, quali il ricorso al consulto medico proprio per conoscere lo stato di salute del nascituro, le precarie condizioni psico-fisiche della gestante o le sue pregresse manifestazioni di pensiero propense all'opzione abortiva, gravando sul medico la prova contraria, che la donna non si sarebbe determinata all'aborto per qualsivoglia ragione personale»<sup>39</sup>. Si noti che la giurisprudenza tende ormai pacificamente a riconoscere il danno da nascita indesiderata-

<sup>34</sup> Cass. Civ., SS.UU., 22.12.2015, n. 25767.

<sup>35</sup> Cass. Civ., sez. III, 24/03/1999, n. 2793; Tribunale di Roma, 12.07.2005; Cass. Civ., sez. III, 13.07.2011, n. 15386.

<sup>36</sup> Cfr. Cass. civ., sez. III, 22.03.2013, n. 7269.

<sup>37</sup> Cass. civ., sez. III, 10.12.2013, n. 27528.

<sup>38</sup> Cass. Civ., sez. III, 10/05/2002, n. 6735; Cass. Civ., sez. III, 13.07.2011, n. 15386.

<sup>39</sup> Cass. Civ., sez. III, 19.07.2018, n. 19151.



ta anche al padre<sup>40</sup> e che il danno ricomprende non soltanto il danno alla salute psico-fisica della donna, ma anche quello sofferto da entrambi i genitori per la lesione della loro libertà di autodeterminazione<sup>41</sup>, oltre al danno economico consistito nelle ulteriori spese di mantenimento della persona nata con malformazioni<sup>42</sup>.

Quanto alla legittimazione attiva del figlio, alcune pronunce<sup>43</sup> la negavano sulla base del rilievo che l'ordinamento tutela il concepito verso la nascita e quindi riconosce se mai un "diritto a nascere" e "a nascere sano", non un "diritto a non nascere" o "a non nascere se non sano"; altre sentenze<sup>44</sup> affermavano che anche il figlio potesse agire in giudizio, sulla base della propagazione degli effetti intersoggettivi dell'illecito rappresentato dalla violazione del diritto della madre all'autodeterminazione, al fine di «alleviare la propria condizione di vita impeditiva di una libera estrinsecazione della propria personalità».

Sul punto, le Sezioni Unite hanno ribadito che la circostanza che al momento della condotta del medico il nascituro non fosse ancora soggetto di diritto (non essendo, ex art. 1 c.c., titolare della capacità giuridica) non costituisce ostacolo al risarcimento del danno, laddove sia accertata l'esistenza di un rapporto di causalità tra il comportamento colposo – anche anteriore alla nascita – e il danno derivato al soggetto che ha poi acquisito con la nascita la personalità giuridica<sup>45</sup>. In ogni caso, pur non essendo ancora titolare di situazioni giuridiche soggettive proprie, il concepito è considerato oggetto di tutela da numerose norme dell'ordinamento, quali l'art. 1 L. n. 40/2004 (che lo annovera espressamente tra i soggetti tutelati), lo stesso art. 1 L. n. 194/1978 (che "tutela la vita umana dal suo inizio"), la L. n. 405/1975 sui consultori familiari e l'art. 254 c.c. (che prevede la possibilità di riconoscere il figlio non ancora nato)<sup>46</sup>.

In linea di principio, quindi, l'azione del minore, volta a ottenere il risarcimento di un danno cagionatogli durante la gestazione, è ammissibile; tuttavia, perché si possa accogliere la domanda risarcitoria, deve essere possibile una comparazione tra due situazioni alternative (prima o dopo, in assenza o in presenza dell'illecito): nel caso di specie il termine di paragone rispetto alla vita malformata (non essendovi alcuna responsabilità del medico nel danneggiamento del feto) non è il nascere sani, ma la non-vita. E la non-vita non può essere considerata un "bene della vita"; il bene leso non può essere l'omessa interruzione della vita.

<sup>40</sup> Cass. Civ., sez. III, 05.02.2018, n. 2675 ; Cass. Civ., sez. VI, 01.02.2017, n. 2675.

<sup>41</sup> Cass. Civ., sez. III, 29/01/2018, n. 2070.

<sup>42</sup> Corte appello Roma, sez. III, 28.07.2017, n. 5179; Cass. civ., sez. III, 05.06.2012, n. 8984.

<sup>43</sup> Cass. Civ., sez. III, 29.07.2004, n. 14488; Cass. Civ., sez. III, 11.05.2009, n. 10741; M. C. AGNELLO, *op. cit.*, p. 20, evidenzia il riconoscimento del diritto del nascituro a nascere sano, ma critica il mancato riconoscimento del diritto a non nascere se non sano.

<sup>44</sup> Cass. civ., sez. III, 03.05.2011, n. 9700; Cass. Civ., sez. III, 02.10.2012, n. 16754.

<sup>45</sup> Le SS. UU. ribadiscono quanto affermato in Cass. Civ., sez. III, 22 novembre 1993, 11503.

<sup>46</sup> Sul tema L. DIOTALLEVI, *La legittimazione del minore disabile ad agire per il risarcimento del danno c.d. da nascita indesiderata ed il nesso (inscindibile) tra soggettività e capacità giuridica*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, fasc.4, 2016, p. 1578B; si veda anche M. C. AGNELLO, *op. cit.*, p. 8; più in generale sullo statuto del nascituro F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1983, 26, secondo cui «il concepito rappresenta un centro autonomo di rapporti giuridici in previsione ed in attesa della nascita» ed è «comunque un soggetto giuridico in relazione a tutte quelle posizioni che gli competono in vista di interessi meritevoli ed attuali» e P. ZATTI, *Quale statuto per l'embrione?*, in *Riv. Critica dir. privato*, 1997, p. 107.





Pertanto, ad oggi, l'orientamento consolidato della giurisprudenza italiana, non discostandosi dalla scelta che appare prevalente nella maggior parte degli ordinamenti, ammette la risarcibilità del danno da *wrongful birth* ma non di quello da *wrongful life*.

## 5. Azioni di *wrongful birth* e autodeterminazione della donna

L'accoglimento delle azioni di *wrongful birth* è evidentemente possibile solo negli ordinamenti che riconoscono alla donna un certo grado di autonomia nelle scelte relative alla c.d. salute riproduttiva: nei Paesi in cui l'aborto non è consentito o è soggetto a stringenti limitazioni, è difficilmente immaginabile che la donna possa agire in giudizio allegando di essere stata privata della sua autodeterminazione o della sua dignità per non aver potuto interrompere la gravidanza<sup>47</sup>.

Le sentenze che ammettono il "danno da nascita indesiderata", del resto, si fondano essenzialmente sul rilievo che, in mancanza di una corretta informazione sulle condizioni di salute del nascituro, la gestante non è stata posta in condizioni di esercitare il proprio diritto di valutare se portare a termine la gravidanza o interromperla<sup>48</sup>.

Si rende, tuttavia, necessaria una precisazione.

Nel nostro ordinamento non vige una libertà assoluta della donna di scegliere l'interruzione di gravidanza, nemmeno laddove il feto presenti gravi patologie; per quanto ciò sia comunemente percepito come socialmente diffuso e accettabile, e persino diverse pronunce giurisprudenziali<sup>49</sup> precedenti all'arresto delle Sezioni Unite considerassero corrispondente a regolarità causale che la gestante interrompesse la gravidanza se informata di gravi malformazioni, ciò non corrisponde a quanto previsto dal legislatore italiano con la L. 194/1978.

Pare opportuno ricordare, al riguardo, che la legge italiana (art. 6 L. 194/1978) consente alla donna di interrompere la gravidanza dopo il novantesimo giorno di gestazione solo a) quando la gravidanza o il parto comportino un grave pericolo per la vita della donna o – ed è il caso che ci interessa – b) quando siano accertati processi patologici, tra cui quelli relativi a rilevanti anomalie o malformazioni del nascituro, che determinino un grave pericolo per la salute fisica o psichica della donna.

In questi casi, poiché sono in gioco beni fondamentali di cui la donna è titolare e la cui importanza primaria consente un bilanciamento con la vita del nascituro, le è consentito scegliere di abortire: ma la motivazione risiede nel pericolo per la salute della madre, non nelle anomalie o disabilità riscontrate nel feto.

La stessa Cassazione ha avuto in passato occasione di chiarire che «la sola esistenza di malformazioni del feto, che non incidano sulla salute o sulla vita della donna, non permettono alla gestante di praticare l'aborto»<sup>50</sup> e che, ad esempio, «la mancanza della mano sinistra del nascituro non è una malformazione idonea a determinare un grave pericolo per la salute fisica o psichica della donna, requisito imposto dall'art. 6, lett. b), della l. n. 194 del 1978 per far luogo all'interruzione della gravidanza

<sup>47</sup> L. COLMAN VEGA, *op. cit.*, p. 146.

<sup>48</sup> Sul tema V. MIRMINA, *Risarcimento del "danno da nascita indesiderata" quale violazione del diritto di autodeterminazione della donna ed onere probatorio*, GiustiziaCivile.com, 24 .012018, nota a commento di Cassazione civile, sez. III, 11.04.2017, n.9251.

<sup>49</sup> Cfr Cass. Civ., sez. III, 29.07.2004, n. 14488; Cass. Civ. 10.05.2002, n. 6735.

<sup>50</sup> Cass. Civ., sez. III., 29.07.2004, n. 14488.



dopo i primi 90 giorni dal suo inizio, sicché, non potendosi legittimamente ricorrere all'aborto, dall'omessa diagnosi dell'anomalia fetale non può derivare un danno risarcibile.»<sup>51</sup>.

Il diverso orientamento sopra citato, che fa riferimento alla “regolarità causale” della scelta abortiva in tali condizioni, non solo rappresenta un’interpretazione giurisprudenziale creativa *contra legem*<sup>52</sup>, ma riflette una prassi che, come viene osservato in dottrina<sup>53</sup>, ha pian piano snaturato la concezione fatta propria dalla L. 194/1978, configurando un’ipotesi di aborto che solo ricorrendo a vere e proprie *fictiones iuris* si può definire “terapeutico”.

Nell’impianto normativo italiano, l’aggettivo “terapeutico” può, evidentemente, fare riferimento solo alle esigenze di salute della gestante: l’interruzione della gravidanza non ha alcun risvolto “terapeutico” per il feto, che viene soppresso e non curato; ammettendo che l’aborto possa essere motivato *sic et simpliciter* dalle malformazioni del nascituro, si sconfinerebbe in pratiche di aborto “eugenetico” che – come ribadito anche dalla sentenza delle Sezioni Unite del 2015 – sono espressamente vietate dalla legge<sup>54</sup>.

Altri ordinamenti – per esempio quello britannico, in cui in presenza di disabilità del concepito l’interruzione di gravidanza è possibile senza limiti temporali e senza particolari requisiti<sup>55</sup> – hanno fatto scelte diverse: ma nel quadro normativo e giurisprudenziale italiano, “autodeterminazione della donna” non significa diritto assoluto della stessa di decidere in qualsiasi senso e per qualsiasi ragione del destino del concepito; non si potrà non tenerne conto nella riflessione sul tema del danno da *wrongful birth*.

## 6. Wrongful life e configurabilità di un obbligo di interrompere la gravidanza nell’interesse del nascituro

L’accoglimento delle domande risarcitorie di *wrongful life* implica l’affermazione che il soggetto ha subito un danno per il fatto di essere nato con determinate patologie o handicap<sup>56</sup>; implicitamente quindi, si dice che il danneggiato (per non essere tale) non avrebbe dovuto nascere.

<sup>51</sup> Cassazione civile, sez. III, 11.04.2017, n. 9251.

<sup>52</sup> F. AGNINO, *Danno da nascita indesiderata alle Sezioni Unite la parole su onere della prova e legittimazione del concepito*, in *Il Quotidiano Giuridico*, 17.03.2005, p. 4.

<sup>53</sup> M. GERBI, E. MAZZILLI, *Dalla vis espansiva dell’azione di wrongful birth al superamento delle ultime barriere per il risarcimento al figlio non voluto: lo “stato funzionale di infermità” come lasciapassare per l’esplicito accoglimento dell’azione di wrongful life*, in *Rivista Italiana di Medicina Legale (e del Diritto in campo sanitario)*, fasc. 2, 2013, p. 1022.

<sup>54</sup> F. AGNINO, *op. cit.*, p. 1.

<sup>55</sup> L’Abortion Act del 1967 stabilisce che «When there is a substantial risk that if the child were born it would suffer from such physical or mental abnormalities as to be seriously handicapped there is no legal limit as to when abortion can take place.»; si segnala al riguardo che la Disability Rights Commission (DRC) britannica, pur non considerando in sé l’Abortion Act in contrasto con il Disability Discrimination Act evidenzia come la parte relativa alla disabilità «reinforces negative stereotypes of disability; and there is substantial support for the view that to permit terminations at any point during a pregnancy on the ground of risk of disability, while time limits apply to other grounds set out in the Abortion Act, is incompatible with valuing disability and non-disability equally».

<sup>56</sup> R.R. FRASCA, *op. cit.*, p. 189, evidenzia come in questi casi «abortion is the foregone desired outcome».

La responsabilità di non avere impedito la nascita “dannosa” viene imputata al medico negligente, ma, a rigor di logica, non si può escludere che possa essere estesa ad altri soggetti.

Non è mancato ad esempio chi<sup>57</sup> si è posto il quesito se vi possa essere un obbligo morale di evitare o ritardare la procreazione, nell’interesse del bambino che, se nascesse, non avrebbe la possibilità di una vita minimamente decente (a causa di una patologia ereditaria o di una situazione più o meno contingente dei genitori che non li rende in grado di provvedere a lui); tuttavia, pur ritenendo che in tali ipotesi la procreazione vada evitata (e che possa essere giustificato il ricorso all’aborto), non si è giunti a ritenere che possa considerarsi immorale la decisione di non abortire, o che vi sia un obbligo di ricorrere alla fecondazione assistita con tecniche di diagnosi pre-impianto, trattandosi di procedure fisicamente e psicologicamente invasive per la donna, che non possono essere imposte<sup>58</sup>.

Se non si può configurare un obbligo morale, tanto meno – a parere di chi scrive – si potrebbe ipotizzare un obbligo giuridico in tal senso; eppure, se si riconosce in capo al nato malformato il diritto al risarcimento del danno derivante dalla lesione di una situazione soggettiva protetta dall’ordinamento, non è da escludere che tale diritto possa essere fatto valere nei confronti di tutti i soggetti che siano responsabili del danno, inclusi quindi non solo il medico ma, in ipotesi, anche la madre che, pur resa edotta della patologia del figlio, abbia scelto di portare a termine la gravidanza; anzi, l’estensione di tale responsabilità potrebbe essere giustificata dal fatto che, altrimenti, risulterebbero discriminate – sotto il profilo della tutela risarcitoria – le persone nate disabili non per errata o tardiva diagnosi del medico, ma per scelta della madre<sup>59</sup>.

Quello del rischio di configurare una responsabilità in capo alla madre è un argomento sollevato da diverse corti interpellate su questioni di *wrongful life*: già nella citata sentenza *McKay and Another v. Essex Area Health Authority* del 1982, la Court of Appeal inglese evidenziava il rischio di legittimare una richiesta risarcitoria nei confronti della madre che, pur essendo stata correttamente informata del rischio di mettere al mondo un bambino con handicap, avesse scelto consapevolmente di proseguire la gravidanza, nonché quello di configurare per il medico un obbligo di procurare l’aborto in presenza di patologie del feto<sup>60</sup>; gli stessi giudici delle Sezioni Unite, nella motivazione della pronuncia del 2015, hanno sollevato il dubbio che l’affermazione di una responsabilità del medico verso il nato possa aprire la strada ad un’analoga responsabilità nei confronti della madre che, benché correttamente informata, avesse scelto di portare a termine la gravidanza, ciò che comporterebbe un obbligo della madre di abortire.

Il pericolo di pressioni in tal senso è stato rilevato anche dal Comité Consultatif National d’Ethique francese, interpellato a seguito dell’*affaire Perruche*, secondo cui riconoscere la responsabilità del

<sup>57</sup> B. STEINBOK, *Wrongful Life and Procreative Decisions*, in *International Library of Ethics, Law, and the New Medicine*, 2009, p. 155.

<sup>58</sup> Si veda al riguardo la sentenza n. 564/2012 del Tribunale di Reggio Emilia che (sebbene non con riferimento ad un ipotetico interesse del nascituro, ma con riguardo all’IVG come eventuale misura per limitare i danni derivanti dall’errore diagnostico) così ha affermato «L’esistenza, nel nostro ordinamento, di un diritto all’aborto non comporta che tale diritto debba essere esercitato, ben potendo sussistere ragioni etiche, morali o religiose che impediscono tale scelta. D’altra parte, altro è la scelta di non procreare, altro è quella di porre termine ad una gravidanza già in corso, decisione quest’ultima che risulta carica di ripercussioni, fisiche e psicologiche, per la donna.»

<sup>59</sup> F. ZECCHIN, *op. cit.*, p. 17.

<sup>60</sup> *McKay and Another v. Essex Area Health Authority* [1982], cit., p. 1181 e 1176; v. F. ZECCHIN, *op. cit.*, p. 6.



medico nei confronti del minore nato con patologie «risquerait de faire peser sur les parents, les professionnels du diagnostic prénatal et les obstétriciens une pression normative d'essence eugénique»<sup>61</sup>.

Al riguardo si è correttamente osservato che «un diritto a non nascere sarebbe incompatibile con il diritto alla procreazione dei genitori, sui quali non pende alcun obbligo di aborto eugenetico, qualora sia diagnosticata qualche deficienza fisica o psichica del figlio»<sup>62</sup>: non appare assolutamente compatibile con il “diritto alla procreazione cosciente e responsabile”, né più in generale con un sistema di democrazia liberale, un obbligo di abortire imposto dall'esterno. Il “diritto a nascere sani” esiste solo nel senso che nessuno può procurare al nascituro lesioni o malattie (con comportamento omissivo o commissivo colposo o doloso) e che devono essere predisposti istituti normativi o quegli strumenti di tutela, di cura ed assistenza della maternità, idonei a garantire, la salute dei nascituri<sup>63</sup>, non certo nel senso di un “diritto ad essere abortiti se non sani”.

Tanto più appare assurdo ipotizzare un obbligo di abortire in un sistema come quello italiano, in cui il legislatore consente l'interruzione della gravidanza in determinate ipotesi, a tutela della salute della donna, ma si propone espressamente di ridurre il ricorso all'aborto mediante interventi di aiuto e sostegno alle gestanti: di certo non può essere un obbligo ciò che l'ordinamento stesso auspica non avvenga.

Appare sotto questo profilo del tutto apprezzabile, quindi, l'impostazione della Suprema Corte nel senso di non riconoscere la risarcibilità del danno da *wrongful life*, che oltre ad essere rigorosa e coerente dal punto di vista giuridico ha un importante risvolto culturale.

Non di rado si percepisce, nel comune sentire, una certa disapprovazione nei confronti della donna che scelga di portare avanti la gravidanza di un figlio malato<sup>64</sup>: un orientamento giurisprudenziale che affermasse la risarcibilità del “danno da malesistenza”, avvallando l'idea che l'aborto sia la risposta “normale” o “giusta” ad una diagnosi infausta, non farebbe che aggravare dal punto di vista psicologico la condizione delle gestanti che ritengano di compiere una scelta diversa.

## 7. Wrongful life e dignità umana: tutela del concepito e diritti delle persone disabili

Si è fatto notare in dottrina<sup>65</sup> che una delle principali obiezioni delle Corti al riconoscimento dei danni da *wrongful life* è costituita da un principio di *public policy*: la “*sanctity of human life*”, la “*preciousness of human life*”; analogo ostacolo può essere rappresentato dal concetto di “*dignité humaine*” facente parte dei principi costituzionali francesi, che viene fatto valere dalla giurisprudenza in senso oggettivo – a prescindere dall'opinione del “titolare” della dignità stessa (come nel noto caso del

<sup>61</sup> Comité Consultatif National d'Ethique pour les sciences de la vie et la santé, avis du 15.03.2001, consultabile integralmente al sito <http://www.ccne-ethique.fr/sites/default/files/publications/avis068.pdf> (ultima consultazione 07.09.2018).

<sup>62</sup> P. CORSINI, *op. cit.*, p. 4.

<sup>63</sup> Cfr Cass. Civ., sez. III, 29.07.2004, n. 14488.

<sup>64</sup> M. L. SCHRAD, *Does Down Syndrome Justify Abortion?*, *New York Times*, 04.09.2015, consultabile all'indirizzo [https://www.nytimes.com/2015/09/04/opinion/does-down-syndrome-justify-abortion.html?mcubz=0&\\_r=0](https://www.nytimes.com/2015/09/04/opinion/does-down-syndrome-justify-abortion.html?mcubz=0&_r=0) (ultima consultazione 07.09.2018).

<sup>65</sup> C. PICIOCCHI, *Il «diritto a non nascere»: verso il riconoscimento delle wrongful life actions nel diritto francese?*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2001, II, p. 667.



“lancio del nano) – o dal principio dell’intangibilità della dignità umana posto a fondamento del *Grundgesetz* tedesco.

Il problema di fondo è che ammettendo questa figura di danno «se entiendo la vida, que es el mayor de los bienes que tenemos los ombre, y que es fuente de todos los demás, como un perjuicio»<sup>66</sup>; senza necessità di approfondire in questa sede il tema della “definizione” dell’inizio della vita, non si può non rilevare che «riconoscendo una sorta di *droit à ne pas naître* si opererebbe un’equiparazione tra l’esistenza» [“sommo bene” e presupposto per la titolarità e il godimento di tutti gli altri beni e diritti] «e un danno risarcibile»<sup>67</sup>. È stato evidenziato in dottrina<sup>68</sup> che «si l’on admet que l’avortement est fondé sur l’intérêt de l’enfant, et que celui-ci se peut prévaloir du fait qu’il n’as pas pu être avorté, cela implique nécessairement de prendre parti sur le bien fondé d’une existence humaine en raison de son état physique ou mental»; come si può, quindi, conciliare il riconoscimento di un diritto al risarcimento del danno per il fatto di essere vivi con i principi dell’inviolabilità del diritto alla vita e della dignità umana?

Sotto questo aspetto, non assume una rilevanza primaria la discussione circa il c.d. statuto del concepito, posto che tutti i soggetti che agiscono per i danni da *wrongful life* sono già nati e che si tratta, quindi, di discutere (più o meno esplicitamente) del “valore” di vite a tutti gli effetti, delle vite di persone esistenti ed attuali e non più “potenziali”.

In diversi ordinamenti è ormai prevista, per il soggetto che ritenga la propria vita “non più degna di essere vissuta” per le sofferenze derivanti dalla propria malattia, la possibilità di ricorrere al suicidio assistito o all’eutanasia; la previsione di una tale facoltà sembra, in effetti, “erodere” l’idea della vita (anche menomata) come “bene” da tutelare sempre e comunque<sup>69</sup>. Tuttavia, non pare che si possa svolgere un ragionamento analogico con la fattispecie di *wrongful life*, per lo meno quale essa si presenta concretamente nelle aule giudiziarie.

Innanzitutto, il nostro ordinamento non è tra quelli che ammettono il suicidio assistito o l’eutanasia: è certamente possibile che un soggetto scelga di porre fine alla sua vita, ritenendo che non sia (o non sia più, o non sia mai stata) degna di essere vissuta, senza che l’ordinamento possa legalmente proibirglielo; ciononostante, le stesse Sezioni Unite rammentano che non è configurabile un “diritto al suicidio” tutelabile contro chi cerchi di impedirlo, tanto che non è responsabile il soccorritore che produca lesioni nel salvare la persona dal pericolo di morte, ed è anzi punibile l’istigazione o l’aiuto al suicidio (art. 580 c.p.<sup>70</sup>). Ben può il malato, alla luce dei principi di cui alla recente L. n. 219 del 22 dicembre 2017 in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento, rifiutare le cure ritenute eccessive o non più utili o troppo gravose; ma non esiste (per lo meno non ancora) un “diritto a morire” o un “diritto alla non-vita” che, se violato, comporti un risarcimento del danno.

<sup>66</sup> L. COLMAN VEGA, *op. cit.*, p. 5.

<sup>67</sup> C. PICIOCCHI, *op. cit.*, p. 679.

<sup>68</sup> C. LABRUSSE-RIOU, *op. cit.*, p. 16.

<sup>69</sup> A. RUDA, *‘I Didn’t Ask To Be Born’: Wrongful Life from a Comparative Perspective*, JETL, 2010, p. 228 ss.

<sup>70</sup> Si segnala che è stata recentemente sollevata dalla Corte d’Assise di Milano, con ordinanza del 14 febbraio 2018, la questione di legittimità costituzionale del 580 c.p. per quanto riguarda l’aiuto al suicidio (al momento della redazione del presente contributo, si attende la pronuncia della Corte Costituzionale) e che alcuni autori considerano tale norma eccessivamente limitativa dell’autodeterminazione individuale v. C. CASONATO, *Diritto costituzionale comparato e scienze della vita: paradigmi e connessioni*, DPCE online, 2018/1.



Vi è inoltre – tra l’ipotesi del suicidio assistito e quella del risarcimento per la vita menomata – un’ulteriore differenza che, ad un’attenta analisi, risulta fondamentale: nelle azioni di *wrongful life* (come fanno notare altri autori<sup>71</sup>), quasi mai la domanda è presentata dal soggetto nato con handicap (che potrebbe, in una certa misura, essere assimilato a chi chiede il suicidio assistito, quanto meno nella valutazione della sua vita come di un “non-bene”), bensì, in genere, dai genitori o dai rappresentanti legali del soggetto, minore di età, che non viene interpellato circa il “danno” rappresentato dall’essere in vita.

La pronuncia delle Sezioni Unite rileva al riguardo come, dell’interesse a non nascere, «si farebbero interpreti unilaterali i genitori nell’attribuire alla volontà del nascituro il rifiuto di una vita segnata dalla malattia; come tale, indegna di essere vissuta».

A parere di chi scrive, questo giudizio “esterno” è potenzialmente molto problematico: il tema si sposta, impercettibilmente, dal giudizio soggettivo circa la “desiderabilità” della propria esistenza a quello di un giudizio “sociale” (cristallizzato in una sentenza) di “presunzione di non desiderabilità” della vita in certe condizioni; o, come qualcuno<sup>72</sup> ha fatto notare, l’intento risarcitorio «ne réussit pas à exclure l’idée du caractère illicite, ou en tout cas inopportun, de l’existence de certains individus, en raison de leur état physique».

Come è stato opportunamente rilevato, «la défense de la dignité n’a plus affaire a l’individu “libre” mais a l’individu qui appartient à l’humanité»<sup>73</sup>; in questo senso correttamente osserva Steinbok<sup>74</sup> che «the sanctity-of-life argument (...) may advance the view that every life, no matter how severely defective, no matter how filled with physical suffering, is necessarily good to the individual who lives it» (il che è certamente opinabile e, per l’autrice, «simply false») ma può anche esprimere «the view that every human life has, or should have, value for us; that is, every life is worthy of concern and respect»: il tema non è se il soggetto possa ritenere la sua vita non meritevole di essere vissuta o considerare preferibile la non-esistenza; il tema è l’atteggiamento che la comunità deve tenere nei confronti dei suoi membri più fragili.

La stessa L. 194/1978, che pure consente l’interruzione di gravidanza in presenza di gravi malformazioni (sempre che vi sia un rischio per la salute della donna) non esprime alcuna valutazione in merito al “valore” della vita del feto affetto da patologie, tanto che correttamente si rammenta in dottrina come «l’art. 7 l.194/1978 imponga al medico di salvare la vita del feto quando questi sia in grado di sopravvivere autonomamente, indipendentemente dalla presenza di eventuali malformazioni del nascituro»<sup>75</sup>.

Sarebbe quanto meno paradossale che chi è nato a causa della mancata diagnosi della sua patologia potesse chiedere un risarcimento al medico che con il suo errore ne ha consentito la nascita, mentre chi è sopravvissuto grazie all’intervento del medico non abbia alcuno strumento per dolersi della propria esistenza in vita; è evidente che vi è una differenza determinata dal fatto che nel primo caso vi è stata una negligenza (mentre nel secondo caso il medico ha svolto correttamente la propria atti-

<sup>71</sup> F. ZECCHIN, *op. cit.*, p. 13.

<sup>72</sup> C. LABRUSSE-RIOU, *op. cit.*, p. 19.

<sup>73</sup> B. EDELMAN, *La dignité un concept nouveau*, Rec. Dalloz, 1997, *Chroniques*, p. 185 ss.

<sup>74</sup> B. STEINBOK, *The logical case for wrongful life*, in *The Hastings Center Report* 16, n. 2 (1986), p. 15.

<sup>75</sup> P. CORSINI, *op. cit.* p. 4.





vità), ma – sembra di poter dire – la negligenza o imperizia del personale sanitario può venire adeguatamente “sanzionata” mediante il risarcimento alla madre che non ha ricevuto le opportune informazioni, senza introdurre nell’ordinamento un “tarlo” che rischia di minare il principio dell’uguaglianza in dignità e diritti di tutti gli esseri umani.

Come ci viene ricordato da un eminente autore tedesco<sup>76</sup>, «la dignità dell’uomo (...) spetta all’uomo indipendentemente da caratteristiche determinate, da segni distintivi o da capacità in atto»; il medesimo autore si esprime in modo particolarmente critico rispetto alla diagnosi pre-impianto volta ad evitare la nascita di figli con malattie ereditarie gravi, che, ritiene, «implica una pesante discriminazione di persone colpite da *handicap* o gravate da malattie ereditarie: sono coloro che propriamente non dovrebbero esistere, la cui vita non appare come degna d’essere vissuta e che una donna, la quale agisca responsabilmente (...) non dovrebbe dare alla luce.»<sup>77</sup>. E’ evidente la pertinenza di tale rilievo rispetto al nostro tema: con l’accoglimento dell’azione di *wrongful life* – come e forse più che con l’approvazione diffusa della diagnosi pre-impianto – dicendo che un feto malato avrebbe dovuto essere abortito (*rectius*, che il medico avrebbe dovuto consentire alla madre di scegliere l’aborto e che tale scelta sarebbe stata la più auspicabile), diciamo che quel soggetto non avrebbe dovuto nascere, che non avrebbe dovuto esistere.

E’ particolarmente interessante il rilievo che, mentre rispetto ad una vita segnata dalla sofferenza e dalla malattia è possibile avere “conflicting evaluations” (potendosi domandare se non sarebbe stato preferibile per la persona non nascere in quelle condizioni ed al contempo riconoscere il valore della sua vita attuale), «in a wrongful life suit, our society is forced to take an unambiguous public position, as a matter of policy, on the prudential value of the plaintiff’s severely disabled life»<sup>78</sup>; i genitori sono costretti a dimostrare in giudizio che la vita del loro figlio è peggiore della non-esistenza e che se fossero stati informati delle sue condizioni non l’avrebbero messo al mondo: ciò rischia di minare la relazione genitori-figlio e, soprattutto, la sentenza che accoglie la domanda potrebbe «communicate a state-sanctioned negative message on the public image and acceptance of disability in the society»<sup>79</sup>. Non a caso, alcuni attivisti per i diritti dei disabili criticano sia il ricorso sistematico a sempre più avanzati test prenatali<sup>80</sup> che l’accettazione del paradigma della *wrongful life*<sup>81</sup>: si ritiene che «wrongful life and wrongful birth suits are contributing to discrimination against persons with disabilities by associating disability with harm and by rendering disability a problem for which individuals can seek compensation»<sup>82</sup>.

<sup>76</sup> E. W. BÖCKENFÖRDE, *Dignità umana e bioetica*, 2010, Brescia, p. 50.

<sup>77</sup> E. W. BÖCKENFÖRDE, *op. cit.*, p. 68.

<sup>78</sup> H. KIM, *The uncomfortable truth about wrongful life cases*, in *Philosophical Studies* 164, n. 3/2012, p. 633.

<sup>79</sup> H. KIM, *op. cit.*, p. 640.

<sup>80</sup> Si segnala al riguardo la campagna britannica “DON’T SCREEN US OUT”, che segnala la preoccupazione che il ricorso a test prenatali sempre meno invasivi porti al sistematico ricorso all’IVG in caso il feto sia affetto da sindrome di Down (maggiori informazioni al sito <http://dontscreenusout.org/>); si veda anche V. RAVITSKY, *The Shifting Landscape of Prenatal Testing: Between Reproductive Autonomy and Public Health*, in *Just Reproduction: Reimagining Autonomy in Reproductive Medicine*, in *The Hastings Center Report* 47, n. 6 (2017) p. 34 ss.

<sup>81</sup> Sul punto si veda B. STEINBOK, *Wrongful Life and Procreative Decisions*, cit., p. 170.

<sup>82</sup> J. A. RINALDI, *Wrongful Life and Wrongful Birth: The Devaluation of Life with Disability*, in *Journal of Public Policy, Administration and Law*, Volume 1, November 2009, p.1.



## 8. Conclusioni

Alla luce di quanto sin qui esposto, appare pienamente condivisibile, a parere di chi scrive, l'orientamento maggioritario della giurisprudenza dei Paesi europei ed extra-europei, sia di *civil* che di *common law*, nel senso di riconoscere il risarcimento del danno da *wrongful birth* e non quello da *wrongful life*.

La prima fattispecie, infatti, corrisponde all'esigenza di tutelare il diritto della gestante ad essere correttamente informata circa lo stato di salute del concepito, al fine sia di prepararsi ad accogliere un figlio malato sia di valutare eventualmente (ove ne ricorrano i presupposti) la possibilità di interrompere la gravidanza, mentre la seconda pone, oltre a problemi tecnico-giuridici rilevanti con riguardo alla configurabilità di un vero e proprio "danno" in capo al nato malformato, significative problematiche di carattere giuridico, etico e sociale, che rischiano di mettere in discussione principi fondanti della vita comunitaria quali l'uguale dignità e l'intrinseco valore di ogni persona umana.

