

Birth-related torts e libertà della donna di interrompere la gravidanza nell'esperienza italiana

Marco Poli*

BIRTH RELATED TORTS AND THE STATE OF ABORTION ACCESS IN THE ITALIAN CONTEXT

ABSTRACT: The knowledge about human reproduction and its mechanisms have been improved considerably during the last decades. This is very helpful for lawyers, since science gives them the opportunity to understand more in depth the connections between facts and events, that is essential in birth-related torts.

In the meantime, it has been paid greater attention to human rights, and in particular to women fundamental rights. Since 1978, in Italy, it has been possible for women to interrupt pregnancy voluntarily within the first 90 days of gestation. Law 194/78 grants through abortion the respect of women's right to privacy and health.

In such a scenario scholars and judges are still divided on tort law application to human reproduction.

This article provides a brief introduction to the birth-related torts: wrongful pregnancy wrongful birth and wrongful life. Relying on Italian supreme court case law, for each of them, fundamental elements – such as duty, breach, causation and harm – will be discussed.

The article concludes that given some of the recent developments on this subject the approach to wrongful life actions should be re-examined.

KEYWORDS: Wrongful pregnancy; wrongful birth; wrongful life; nascita indesiderata; IVG

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. Wrongful pregnancy come lesione dell'autodeterminazione concezionale – 3. Wrongful birth: tra diritto all'autodeterminazione riproduttiva e diritto alla salute – 3.1.1 La nascita indesiderata di un figlio sano e non voluto – 3.1.2 La nascita indesiderata per aborto non riuscito – 3.2. Soggetti legittimati e portata del diritto leso – 4. Wrongful life: il risarcimento del danno richiesto dal nato menomato – 4.1 Soggetti legittimati e portata del diritto leso – 5. Conclusioni.

1. Introduzione

I Tribunale di Piacenza, con la sentenza del 31 luglio 1950¹, ritenne che un padre fosse responsabile nei confronti della figlia per averle trasmesso la sifilide. Secondo le ricostruzioni dei magistrati, infatti, l'uomo sarebbe stato consapevole di essere affetto dalla malattia venerea

* *Dottore in giurisprudenza, Università degli Studi di Trento. Mail: marco.poli24@gmail.com. Il contributo, anonimizzato, è stato selezionato dal Comitato di Direzione nell'ambito della call for papers dedicata a "Biodiritto: 1978-2018"*

¹ Trib. Piacenza, sentenza 31 luglio 1950, in *Foro Italiano*, 1951, I, 987 ss.



quando concepì la bimba, e quindi anche del rischio di infettare sia la compagna che la nascita.

Tale pronuncia riconobbe alla minore afflitta da patologie trasmesse dai genitori il diritto non solo agli alimenti, derivante «dalla responsabilità morale dell'aver generato il figlio»², ma al risarcimento per danno ingiusto *ex art. 2043 c.c.* Ad oggi, tale pretesa risarcitoria rientrerebbe tra quelle da *wrongful life*, o vita indesiderata.

Sono molti i problemi giuridici sollevati da queste pretese risarcitorie, «sia per gravi ragioni di natura etica, sia particolarmente perché la scienza non è in grado allo stato attuale di assicurarci sempre il rapporto di causalità di cui il diritto ha bisogno per chiamare taluno a rispondere delle conseguenze pregiudizievoli verso terzi di una sua azione illecita»³.

Da allora la scienza ha fatto notevoli passi avanti⁴, tanto che si è assistito al progresso delle tecniche diagnostiche prenatali che hanno consentito di accertare con sempre maggiore anticipo e precisione la presenza di patologie dell'embrione e del feto: si pensi alla possibilità di procedere ad uno *screening* genetico⁵ preimpianto, capace di evidenziare alterazioni genetiche nell'embrione ancora prima dell'impianto del corpo della futura gestante; o anche all'amniocentesi⁶, cioè la procedura che permette di ricavare campioni di liquido amniotico che, analizzati, consentono di accertare l'eventuale esistenza di malattie feto-placentare o ereditarie.

Dagli anni Settanta, poi, molti ordinamenti della c.d. *Western Legal Tradition* hanno introdotto legislazioni attente all'autodeterminazione riproduttiva della donna, aprendo, seppur entro limiti temporali positivizzati, all'interruzione di gravidanza anche in situazioni in cui la gravidanza non costituisca di per sé un pericolo per la vita della gestante.

La combinazione tra le evoluzioni tecnologiche e l'attenzione alla tutela dei diritti, ha delineato una pluralità di nuove ipotesi di *birth-related torts*, che ancora oggi attirano l'attenzione dei giuristi, come testimoniato dalla recente sentenza della Cassazione del 5 febbraio 2018 n. 2675⁷. Tali fattispecie, proprio perché relative alla gestazione e alla nascita di un nuovo essere umano, coinvolgono elementi pre-giuridici, imponendo così al giurista di confrontarsi con strutture culturali, etiche, sociali e religiose. La pronuncia appena menzionata, ad esempio, risponde all'interrogativo circa la legittimazione attiva del padre alla richiesta del danno, nel caso in cui, a causa di una serie di errori medici, il diritto alla procreazione cosciente e responsabile dell'uomo e della compagna sia stato violato.

Il tema in analisi presenta numerose varianti, che trovano espressione in una giurisprudenza diversificata tanto sotto il profilo del bene leso, che della causa del danno risarcibile e del profilo soggettivo. In tale prospettiva, si colloca la questione del risarcimento del danno da gravidanze indesiderate (*wrongful pregnancy*), nascite indesiderate (*wrongful birth*) e vite indesiderate (*wrongful life*). Nelle prossime pagine ci si concentrerà sulle risposte fornite dall'ordinamento italiano, cercando così di

² M. ELIA, commento a Trib. Piacenza, sentenza 31 luglio 1950, in *Foro Italiano*, I, 987.

³ Trib. Piacenza, sentenza 31 luglio 1950, *ibid.* 990.

⁴ S. CHIESSI, *Diagnosi prenatale e risarcimento del danno a favore del bambino nato handicappato*, in *Famiglia*, 2003, fasc. 1, 167.

⁵ A. CAO, M.C. ROSATELLI, *Screening genetico*, (voce) in *Enciclopedia della Scienza e della Tecnica* (2007), in treccani.it.

⁶ *Amniocentesi*, (voce) in *Enciclopedia della Scienza e della Tecnica* (2008), in treccani.it.

⁷ Cass., sez. III civ, 05 febbraio 2018, n. 2675, dejure.it.



cogliere, attraverso una ricostruzione più organica possibile, il bilanciamento operato in relazione alle istanze in gioco.

2. Wrongful pregnancy come lesione dell'autodeterminazione concezionale

Con la dicitura *wrongful pregnancy* o gravidanza indesiderata⁸ si fa riferimento al caso in cui, «a seguito di un fallito intervento di sterilizzazione o di errore del medico nella prescrizione di rimedi anti-concezionali»⁹, l'atto sessuale abbia comportato l'inizio della gestazione.

Concentrandosi sulla prima ipotesi, è necessario specificare che, per *sterilizzazione* si intende l'insieme delle pratiche volontarie volte a limitare in modo irreversibile le capacità riproduttive di un individuo¹⁰. Per quanto riguarda le donne, ci si riferisce alla c.d. sterilizzazione tubarica, cioè un intervento volto a chiudere le tube di Falloppio, impedendo l'incontro tra ovulo e spermatozoi. Quanto all'uomo, invece, la sterilizzazione viene posta in essere tramite vasectomia, che consiste nell'interruzione del dotto deferente che trasporta gli spermatozoi dai testicoli alla prostata.

Qualora, nonostante tali pratiche, l'atto sessuale comporti l'inizio di una gravidanza, si parlerà di *wrongful pregnancy*. Ciò, accade sia quando l'intervento non sia stato realizzato correttamente¹¹ o non sia stato realizzato *tout court*¹², ma anche nei casi in cui, nonostante la corretta procedura, il personale medico abbia mancato di informare gli interessati della possibile fertilità residua del paziente.

Quanto alla seconda ipotesi, invece, si fa riferimento a situazioni in cui il medico abbia commesso un errore nella prescrizione di un anticoncezionale idoneo a prevenire il concepimento¹³.

L'interesse leso, in tutti i casi considerati, è quello all'autodeterminazione nelle scelte riproduttive desumibile dal combinato disposto della L. n. 194 del 1978 che disciplina il ricorso all'IVG e della L. n. 40 del 2004, sull'accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita.

In particolare, proprio la L. 194/1978, all'art. 1, co. 1 prevede che «lo Stato garantisce il diritto alla procreazione cosciente e responsabile»¹⁴. A tal proposito, è bene, per indagare la portata di tale diritto, guardare a quanto affermato dalla Suprema Corte nel 2017¹⁵.

8 D. CARUSI, *Contracezione, Aborto e "danno da procreazione": di un'importante sentenza del tribunale costituzionale tedesco e di alcune questioni in materia di responsabilità del medico*, in *Res civ. e prev.* 1999, fasc. 4-5, 1173.

9 A. DIURNI, *La nascita indesiderata*, in *Trattato breve dei Nuovi Danni*, a cura di CENDON, vol. II, Padova, 2011, 261.

10 T. PADOVANI, *Sterilizzazione*, in *Enc. Dir.*, XLIII, Milano, 1990, 1085.

11 Es. Trib. Tolmezzo, 2 settembre 2011, in *Riv.It. Med. Leg.*, 2011, 1710 ss. Il caso riguarda la nascita indesiderata avvenuta a seguito di un inefficace intervento di sterilizzazione femminile.

12 Tribunale, Reggio Emilia, sez. II civile, sentenza 07/10/2015 n. 1298, in altalex.com. Una donna aveva comunicato, tramite modulo sottoscritto, al ginecologo la scelta di procedere al contestualmente al parto ad un intervento di sterilizzazione tubarica. Circa un anno dopo il parto la donna resta nuovamente incinta, portando così alla luce come i sanitari avessero del tutto omesso di provvedere, successivamente al taglio cesareo, alla sterilizzazione tubarica espressamente richiesta e autorizzata dalla paziente.

13 Tribunale Milano, sez. I, 31/03/2014, n. 3477, in *Diritto di Famiglia e delle Persone*, fasc.1, 2015, 152 ss, con nota di V. Lo Iacono.

14 Legge 22 maggio 1978, n. 194, in G.U., in gazzettaufficiale.it.

15 Cass., sez. III civ 5 maggio 2017, n. 10906, in italgiure.giustizia.it.



Nel caso di specie un uomo lamentava che la compagna gli avesse mentito in merito al proprio stato di fertilità, inducendolo, a suo dire, con fare truffaldino a non usare precauzioni durante il rapporto sessuale. Lo stesso lamentava la violazione del summenzionato diritto alla procreazione cosciente e responsabile. A tal proposito la Corte di Cassazione rileva come non appaia «pertinente il riferimento alla L. n. 194 del 1978, art. 1, comma 1, poiché in esso è sì garantito “il diritto alla procreazione cosciente e responsabile”, ma come diritto pubblico, garantito infatti dallo Stato, e non come obbligo del partner»¹⁶.

Il diritto alla procreazione cosciente e responsabile può quindi essere definito, in via di prima approssimazione, come il diritto a che lo Stato si attivi per fornire gli strumenti necessari a garantire che il processo procreativo sia quanto più conforme, ai sensi degli artt. 2 e 13 Cost., alla volontà della donna o della coppia. Tale diritto trova quindi espressione in ogni fase del processo procreativo, anche al suo inizio. A riprova di ciò, si noti come la L. 405/1975¹⁷, istitutiva dei consultori familiari, individui tra gli scopi del servizio la somministrazione dei mezzi necessari per conseguire le finalità liberamente scelte dalla coppia e dal singolo in ordine alla procreazione responsabile nel rispetto delle convinzioni etiche e dell'integrità fisica degli utenti¹⁸ e la divulgazione delle informazioni idonee a promuovere ovvero a prevenire la gravidanza consigliando i metodi ed i farmaci adatti a ciascun caso¹⁹.

Qualora tali informazioni non fossero fornite alla paziente, ciò integrerebbe una lesione del diritto all'autodeterminazione della donna, esprimibile anche nel senso di impedire ulteriori gravidanze non volute²⁰.

A ben vedere, il fatto che cagiona l'evento avviene sempre in un momento antecedente al concepimento e si concretizza nel concepimento stesso. Nei casi di *wrongful pregnancy*, quindi, forse, sarebbe meglio parlare di autodeterminazione *concezionale*. Con tale dicitura, coerentemente con quanto detto finora, non si suggerisce l'esistenza di un diritto assoluto a che l'ordinamento tuteli la volontà astratta dell'individuo anche quando questa sia accompagnata da condotte al di sotto degli standard minimi di diligenza. È evidente, infatti, grazie alla ricostruzione della S.C. prima riportata, che tale espressione del diritto alla procreazione cosciente e responsabile non possa spingersi fino a poterne riconoscere una violazione nel caso in cui, in un rapporto tra privati, per imprudenza, avvenga il concepimento: coscienza e responsabilità, infatti, si manifestano anche nel ricorrere alle più basilari tecniche anticoncezionali, che certo, non esorbitando rispetto all'ordinaria diligenza, non configurano un *pondus* eccessivo per il consociato.

Diversa, invece, è la situazione di un soggetto che si rivolge ad un medico per evitare gravidanze indesiderate. Nelle situazioni indicate in questo paragrafo, infatti, a fronte di un comportamento coscienzioso degli individui, si è fatto riferimento a casi di imperizia medica. L'errore del professionista,

16 Id.

17 Legge 29 luglio 1975, n. 405, in gazzettaufficiale.it.

18 L. 405/1975, id., art. 1, lett. b.

19 Id., lett. d.

20 Cass., sez. III civ, 24 ottobre 2013, n. 24109, in *Foro Italiano*, Re 2014, *Professioni intellettuali* (voce), n. 24, con nota di A. BORRETTA, *Responsabilità medica da omesso o insufficiente consenso informato e onere della prova*. Nel testo della sentenza: «L'adempimento di tale obbligo informativo, da parte dei sanitari, avrebbe non solo evitato la violazione del diritto all'autodeterminazione della paziente, [...] ma le avrebbe altresì consentito di adottare, nel successivo decorso del tempo, le opportune misure nonché gli utili accertamenti e controlli clinici, atti ad impedire ulteriori gravidanze non volute».





sia che sia commissivo, come nel caso dell'erronea sterilizzazione e della prescrizione dell'anticoncezionale sbagliato, o omissivo, come nel caso dell'omessa sterilizzazione o della mancata comunicazione della fertilità residua a seguito dell'intervento, lede l'autodeterminazione concezionale cosciente e responsabile per cui il soggetto ha optato affidandosi all'*expertise* medico, innescando così i meccanismi risarcitori della responsabilità civile.

3. Wrongful birth tra diritto all'autodeterminazione riproduttiva e diritto alla salute

Con *wrongful birth*²¹, invece, si descrivono le vicende in cui, contrariamente a quanto voluto dalla donna, la gestazione sia proseguita fino alla nascita indesiderata del minore. Ecco allora che il danno da nascita indesiderata si configura quando i genitori, in particolare la madre, siano stati costretti ad accettare la procreazione. Più nello specifico, sempre facendo riferimento all'ampia giurisprudenza in merito, è possibile individuare vari casi di nascita indesiderata.

Prima di proseguire è bene fare alcuni cenni alla disciplina italiana in materia di interruzione volontaria di gravidanza (IVG)²², che spesso si intersecherà con gli argomenti trattati. La legge sull'aborto, già all'art. 1, rende subito chiaro l'intento del Legislatore, ovvero cercare un bilanciamento tra diritto alla procreazione cosciente e responsabile e la tutela della vita umana dal suo inizio. L'attenzione a questi poli appare evidente, vista l'individuazione di due ipotesi abortive distinte per presupposti.

L'aborto operato nei novanta giorni successivi all'inizio della gravidanza²³, disciplinato agli artt. 4-5 L.194/78, è infatti consentito quando la donna «accusi circostanze per le quali la prosecuzione della gravidanza, il parto o la maternità comporterebbero un serio pericolo per la sua salute». L'accertamento del pericolo, in un'ottica autodeterminativa, è rimesso alla percezione della diretta interessata, tanto che, come più volte ricordato dalla Corte costituzionale²⁴, la valutazione delle conseguenze che le circostanze determinano sulla sua salute e la decisione di abortire sono «rimess[e] soltanto alla responsabilità della donna».

Dopo il novantesimo giorno, invece, l'aborto potrà essere effettuato solo quando la gravidanza, il parto o accertati processi patologici, anche relativi al nascituro, determinino un grave pericolo per la vita della donna. La disciplina dell'articolo 6, seppur restringendo la possibilità di ricorrere all'IVG della donna alle casistiche appena elencate e obblighi il medico a fare il possibile per salvare il feto vitale, non pregiudica il diritto alla salute della donna. «Sebbene la donna sia tenuta a sopportare gli oneri normalmente connessi alla gravidanza, l'ordinamento non può pretendere da lei il sacrificio della vita o un grave pregiudizio alla salute. [...] Sarebbe peraltro irragionevole affermare che la donna

²¹ G. FERRANDO, *Nascita indesiderata e danno risarcibile*, in *Un bambino non voluto è un danno risarcibile*, a cura di A. D'ANGELO, Milano, 1999, 217; GUALNIERA, S. SCURRIA, C. CRINÒ, *Il danno da wrongful-birth nell'attuale orientamento della giurisprudenza*, in *Riv. it. medicina legale*, fasc. 3, 2009, 629.

²² B. PEZZINI, *Inizio e interruzione della gravidanza*, in *Il governo del corpo*, a cura di S. CANESTRARI, G. FERRANDO, C.M. MAZZONI, S. RODOTÀ, ZATTI, Milano, 2011, 1660 ss.

²³ Per i più ci si deve riferire al momento del presumibile concepimento (età concezionale), mentre per altri si deve guardare al primo giorno dell'ultima mestruazione della gestante (età gestazionale). Cfr. NUVOLONE, A. LANZI, *Gravidanza (interruzione della)*, in *Digesto delle discipline penali*, vol. V, Torino, 1991, 24 ss.

²⁴ *Ex multis*, C. Cost., 20 novembre 2002, n. 514; 20 giugno 2012, n. 196 in giurcost.org. Sulle derive patologiche dell'obiezione di coscienza, si veda L. BUSATTA, *Insolubili aporie e responsabilità del SSN. Obiezione di coscienza e garanzia dei servizi per le interruzioni volontarie di gravidanza*, *Riv. AIC*, n. 3, 2017, 1-24.



possa tutelare la propria salute ricorrendo all'aborto e negare, allo stesso tempo, che essa possa tutelare la propria salute rifiutando un trattamento medico invasivo»²⁵.

In entrambi i casi, quindi, la disciplina dell'aborto deve essere interpretata come espressione dei principi di autodeterminazione e intangibilità fisica. Nei primi novanta giorni di gestazione, il bilanciamento operato dal Legislatore porta poi alla tutela della salute della donna, interpretata come di *stato di completo benessere fisico, mentale e sociale*, così come auspicato dall'OMS e dalla stessa Suprema Corte²⁶. In questo intervallo di tempo, infatti, l'interessata può far valere, come già riportato, anche elementi di carattere psico-sociale. L'art. 4 consente infatti l'IVG quando sussista «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».

Dopo il primo trimestre, invece, l'IVG è possibile solo quando siano in serio pericolo la vita o la salute psicofisica della donna. Infine, non appena vi sia «la possibilità di vita autonoma del feto, l'interruzione della gravidanza può essere praticata solo» in caso di pericolo di vita della donna «e il medico che esegue l'intervento deve adottare ogni misura idonea a salvaguardare la vita del feto».

L'IVG assume quindi rilevanza giuridica²⁷, nei confronti della donna, in relazione al diritto alla salute, ex art. 32 Cost., nel significato più ampio di *benessere*, ma anche, al diritto all'autodeterminazione. Questi elementi forniscono i primi punti di riferimento circa le varie ipotesi di danno da *wrongful birth*, quanto al diritto violato. Quella in esame è una fattispecie di danno particolarmente delicata perché apre la porta a molteplici considerazioni sul valore e i diritti della persona in essere, cioè la madre, e della persona che ancora non è, il nascituro, e, quindi, alle discussioni relative ai limiti di legittimità della scelta abortive.

3.1.1 La nascita indesiderata di un figlio sano e non voluto

Anzitutto, si pensi all'ipotesi in cui il medico escluda erroneamente la gravidanza, scoprendo in un secondo momento la gravidanza della paziente. Tale condotta integrerà, indipendentemente dallo stato di salute del nato, una *wrongful birth*, poiché la condotta del medico ha di fatto impedito alla donna di poter scegliere se proseguire o meno la gravidanza. Il bene giuridico leso, in questo caso, è l'autodeterminazione riproduttiva, ovvero il diritto della donna a decidere, entro i limiti imposti dall'ordinamento, se affrontare la gravidanza o porvi fine.

²⁵ K. SUMMERER, *Libertà della donna e tutela del nascituro. Il conflitto materno-fetale nella prospettiva del diritto penale*, in *Trattato di biodiritto. Il governo del corpo*, cit., 1639.

²⁶ Preambolo della Costituzione OMS, 22 luglio 1946 – 7 aprile 1948; Cass, 24 gennaio 1990, n. 411, in dejure.it.

²⁷ A tal proposito alcuni studiosi hanno ipotizzato un autonomo "diritto all'IVG". Tra gli altri, A. FIORI, C. SENATORE, *Nuova problematica medico-legale in relazione alla legge 22 maggio 1978 n. 194*, in *Riv. it. med. leg.*, 1985, 540. Secondo la dottrina maggioritaria non è possibile concepire un simile diritto soggettivo *tout court* senza inserirlo nel più ampio contesto di valori sulla base dei quali la stessa legge 194/78 è stata formulata. T. MONTECCHIARI, *Sulla responsabilità del medico ed il risarcimento dei danni per mancata interruzione della gravidanza*, in *Dir. famiglia*, fasc.4, 1999, 1397.





È interessante a tal proposito guardare alla sentenza 17 luglio 2014, n. 16401 della Corte di Cassazione²⁸. Nel caso di specie, una donna si rivolse ad un medico per accertare se fosse incinta. Dopo essersi sottoposta alle analisi, la diagnosi esclude la gravidanza. Successivamente al novantesimo giorno di gestazione, si scoprì che la diagnosi era errata: la signora era incinta e sia lei che il feto godevano di ottima salute, escludendo così la possibilità di ricorrere all'aborto. La donna agì in giudizio presentando varie voci di danno, tanto patrimoniali quanto non patrimoniali. Il giudice di prime cure, così come quello d'appello, liquidò all'attrice il danno non patrimoniale rappresentato dalla "violazione del diritto della donna ad essere informata"²⁹, quale presupposto del diritto all'autodeterminazione. In entrambi i casi, invece, venne rigettata la domanda di risarcimento del danno patrimoniale consistente negli oneri di mantenimento del figlio, ritenendo non provata l'esistenza di una volontà abortiva della donna, nell'ipotesi in cui fosse stata tempestivamente informata. Non essendo stato provato il nesso di causalità tra fatto ed evento, non è stato possibile riconoscere la risarcibilità del danno: «l'eventuale lesione del diritto di interrompere la gravidanza è dunque giuridicamente irrilevante se la gestante, quand'anche informata, avrebbe comunque verosimilmente scelto di non abortire».

Dal ragionamento della Corte, *a contrario*, deriva che qualora si riesca a dimostrare che alla comunicazione della gravidanza in corso sarebbe seguita una scelta abortiva, anche la nascita, per colpa del medico, di un figlio sano, ma non voluto, integra danno da *wrongful birth*.

In questi casi, infatti, il medico, non comunicando alla diretta interessata di essere incinta, priva la stessa del diritto alla procreazione cosciente e responsabile. In altre parole, alla donna viene preclusa la possibilità di autodeterminarsi in quei primi novanta giorni concessi dalla legge, e di far valere quelle situazioni di disagio che, qualora riscontrate, il Legislatore ha individuato quali legittimanti alla richiesta abortiva perché lesive del diritto alla salute in senso ampio.

La Corte di Cassazione riporta come, nei giudizi delle corti di merito, si fossero distinte due voci di danno: la prima, quella non patrimoniale, definita esistenziale, per la violazione del diritto della donna ad essere informata sull'esistenza della gravidanza e la seconda, patrimoniale, per gli oneri di mantenimento del figlio. Concentrandosi sulla prima voce di danno, la Corte riconosce tale condotta come lesiva del diritto alla salute, poiché alla gestante è stata preclusa la *coscienza* del proprio stato, condizione necessaria per prestare consenso informato per la continuazione della gravidanza o per l'interruzione della stessa, scelta alla base del diritto alla procreazione cosciente e responsabile.

3.1.2 La nascita indesiderata per aborto non riuscito

Un'altra categoria di *wrongful birth* è quella relativa a vicende in cui, nonostante sia stato effettuato un intervento di IVG, la gestazione sia proseguita. Ciò può accadere o perché l'intervento non è stato eseguito correttamente³⁰, oppure perché non sono stati prescritti gli esami necessari a rivelare la possibile prosecuzione della gestazione³¹.

²⁸ Cass., sez. III civ, 17 luglio 2014, n. 16401, in dejure.it. V. FINESCHI, M. ZANA, *La responsabilità professionale medica: l'evoluzione giurisprudenziale in ambito civile tra errore sanitario e tutela del paziente*, in *Riv. it. medicina legale*, 2002, fasc. 1, 49.

²⁹ G. FERRANDO, *Libertà, responsabilità e procreazione*, Padova, 1999, 285 ss.

³⁰ Cass., sez. III civ, 8 luglio 1994 n. 6464: la donna, sottopostasi infruttuosamente ad IVG ha dato alla luce un figlio sano. I genitori chiesero il risarcimento per le spese che il figlio avrebbe comportato, ma la Corte



Quanto alla seconda ipotesi, a livello scolastico, si possono riscontrare due casistiche differenti. La prima riguarda esami rivolti all'accertamento della gravidanza in essere. Qualora la gravidanza sia indesiderata, scoprirne l'esistenza dà, nei primi novanta giorni della gestazione, la possibilità alla donna che riscontri la sussistenza dei requisiti *ex* L.194/78 di ricorrere all'IVG. In questa ipotesi, quindi, a non essere voluta è la gravidanza di per sé, a prescindere dal nascituro.

La seconda casistica, invece, riguarda un concepimento ed una gravidanza voluti, ma un nascituro non desiderato. In altre parole, il personale medico, mancando di informare la paziente di una patologia che affligge l'embrione o il feto, priva la stessa di valutare, e quindi decidere coscientemente, se sarebbe in grado di affrontare una gravidanza che darebbe poi alla luce un figlio gravemente malato o destinato in breve tempo a morire. La donna, dunque, è privata della possibilità di decidere se affrontare la gravidanza e il parto, con tutti i rischi ad essi connessi, così come la maternità.

Le due ipotesi presentate, seppur rifacendosi a situazioni di fatto diverse tra loro, che mettono in discussione gli aspetti più viscerali della personalità di ognuno, a livello giuridico, a parere di chi scrive, non sono distinguibili. Nel tentativo di non assumere a crittotype valori etici personali e affidandosi invece al diritto, in entrambi i casi, alla donna, viene taciuta un'informazione: si tratta di un'informazione essenziale affinché la stessa possa avere coscienza della propria condizione riproduttiva. Tale informazione, quindi, è indispensabile per poter coscientemente decidere se avvalersi del proprio diritto all'autodeterminazione riproduttiva, in particolare quello a ricorrere all'IVG. Si noti che il diritto all'autodeterminazione riproduttiva è da intendersi, nel primo trimestre, come facoltà di interrompere la gravidanza nel caso in cui intervenga un pericolo per la salute fisica o psichica della donna. Si tratta quindi di un pericolo che può derivare anche dalla valutazione di circostanze esterne alla sfera fisica della gestante, come le condizioni economiche, quelle sociali o familiari, la situazione in cui sia avvenuto il concepimento, la previsione di anomalie o malformazioni del concepito (4 L.194/78). La natura dell'informazione non ha rilevanza giuridica, qualora questa integri una delle cause di accesso all'IVG positivate dal Legislatore *ex art.* 5 L.194/78.

Come si vedrà meglio nei paragrafi successivi, tale autodeterminazione trova un riscontro funzionale alla tutela del diritto alla salute che l'art. 32 Cost., declina nel senso «uno stato globale di benessere, la cui tutela si esplica necessariamente in un complesso di azioni e interventi che non abbiano il mero fine di curare lo stato di malattia, ma che siano volti anche allo scopo di prevenire l'insorgere di patologie e di migliorare il livello generale di salute»³². Così l'autodeterminazione riproduttiva non si esplica nel solo ricorso all'aborto nel caso in cui la donna sia messa in pericolo di vita dalla gravidanza o dal parto, ma anche in tutti quei casi in cui ad essere intaccata sia la salute psichica.

considerò risarcibile solo il danno costituito dalla menomazione che la nascita del figlio poteva aver procurato alla salute della madre.

³¹ Cassazione civile, sez. III, 05/02/2018, n. 2675, dejure.it. Il caso riguarda l'erronea esecuzione dell'intervento di raschiamento uterino cui la donna era stata sottoposta (effettuato in ragione della errata diagnosi di aborto interno) a seguito del quale la gravidanza era poi proseguita. La gravidanza si era poi conclusa con la nascita indesiderata di una bambina.

³² L. BUSATTA, *Il diritto alla salute a geometria variabile*, tesi di dottorato, rel. Carlo Casonato, Università degli Studi di Trento, 2012, 33.



3.2 Soggetti legittimati e portata del diritto leso

Finora si è parlato di *wrongful birth* quale voce di danno azionabile in giudizio dalla donna, cioè colei che, di fatto, è costretta ad affrontare la gravidanza e il parto. La violazione del diritto all'autodeterminazione o alla salute della donna, qualora il nesso di causalità sia provabile, pare *ictu oculi* condivisibile.

Quanto ai diritti lesi, la sentenza della Cassazione del 9 febbraio 2010, n. 2847, ha riproposto la distinzione rigorosa tra diritto alla salute e diritto all'autodeterminazione. Muovendo da tale assunto, la S.C. rileva come «la mancanza di consenso [possa] assumere rilievo a fini risarcitori, benché non sussista lesione della salute o se la lesione della salute non sia causalmente collegabile alla lesione di quel diritto, quante volte siano configurabili conseguenze pregiudizievoli (di apprezzabile gravità, se integranti un danno non patrimoniale) che siano derivate dalla violazione del diritto fondamentale all'autodeterminazione in se stesso considerato»³³. La lunga disamina conduce la Cassazione a stabilire che «anche in caso di sola violazione del diritto all'autodeterminazione, pur senza correlativa lesione del diritto alla salute ricollegabile a quella violazione per essere stato l'intervento terapeutico necessario e correttamente eseguito, può dunque sussistere uno spazio risarcitorio». Si afferma così la risarcibilità anche della sola lesione dell'autodeterminazione.

Nel 2015, le Sezioni Unite, riconoscono come la L. 22 maggio 1978, n. 194 abbia introdotto nel nostro ordinamento la possibilità legale di ricorrere all'aborto, legittimando l'autodeterminazione della donna alla tutela della sua salute, e non solo della sua vita, pur nel rispetto di condizioni rigorose. La Corte, quanto all'aborto, parla di un «vero e proprio diritto all'autodeterminazione della gestante di optare per l'interruzione della gravidanza», funzionale alla tutela al diritto alla salute della donna. Qualora manchi un nesso eziologico con un grave pericolo per la salute fisica o psichica della donna, infatti, anche nei primi novanta giorni di gestazione, l'aborto integra ancora un reato.

Viene poi spontaneo chiedersi se la madre sia l'unica legittimata attiva a tale azione. La Corte di Cassazione si è più volte pronunciata sul punto, con un'interpretazione sempre più estensiva della legittimazione. Nello specifico, la Suprema Corte ha avuto modo di esprimersi in casi di nascita indesiderata a causa della patologia non diagnosticata del nascituro.

Dopo aver escluso la fondatezza della pretesa risarcitoria del padre nel 1994³⁴ e nel 1998³⁵, la Corte di Cassazione è tornata sui suoi passi, riconoscendo una violazione del diritto alla salute del padre quale riflesso del danno alla salute della madre, ingiusto come questo perché inerente alla lesione di un diritto proprio.

Nel 2002³⁶, poi, si è confermata tale impostazione, riconoscendo la violazione dei diritti del padre, in considerazione della propagazione intersoggettiva degli effetti dell'inadempimento dell'obbligo in-

³³ Cassazione civile, sez. III, 09/02/2010, n. 2847. M. GORGONI, *Ancora dubbi sul danno risarcibile a seguito di violazione dell'obbligo di informazione gravante sul sanitario*, in *Responsabilità Civile e Previdenza*, fasc.5, 2010, 1014.

³⁴ Cass., sez. III civ., 08 luglio 1994, n. 6464, in *dejure.it*. Nel caso di specie la donna si era sottoposta ad IVG, che non era riuscito, ma del cui esito non era stata informata: ne era seguita la nascita di un figlio sano.

³⁵ Cass., sez. III civ., 01 dicembre 1998, n. 12195, in *dejure.it*. Nel caso di specie la donna fu sottoposta a visita ecotomografica, accertando la buona salute del feto. Quando nacque, il bambino presentava gravi malformazioni agli arti.

³⁶ Cass., sez. III civ., 10 maggio 2002, n. 6735, in dejure.it.



formativo verso la madre. La Corte affermava inoltre la fondatezza degli obblighi di protezione verso il padre, in quanto terzo qualificato, tipici del rapporto contrattuale tra medico e gestante³⁷.

Qualora la donna abbia subito una violazione del proprio diritto alla salute, l'uomo, di riflesso, sarà legittimato attivo all'azione in ragione dei diritti e doveri ricollegati alla procreazione in relazione ai rapporti tra coniugi ed agli obblighi dei genitori verso i figli, così come recepiti dall'ordinamento italiano sia dalla legge 194 del 1978, sia dalla Costituzione agli artt. 29-30 e dal codice civile (artt. 143 e 147, 261 e 279 c.c.). L'azione non potrà invece essere fatta valere autonomamente dal padre, quando in contrasto con l'autodeterminazione riproduttiva della donna³⁸.

La Corte di Cassazione, poi, con la pronuncia 2 ottobre 2012, n.16754³⁹ ha esteso questo diritto anche ai fratelli, per i quali sussistono analoghe ragioni per presumere l'attitudine a subire un serio danno non patrimoniale, anche a prescindere dagli eventuali risvolti e delle inevitabili esigenze assistenziali che, secondo l'*id quod plerumque accidit*, sono destinate ad insorgere alla morte dei genitori. Nei loro confronti il danno consiste, secondo quanto affermato dalla Corte di Cassazione nel 2012, 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»⁴⁰.

4. Wrongful life: il risarcimento del danno richiesto dal nato menomato

Il danno da *wrongful life* o vita non voluta è infine quello fatto valere dal minore per il fatto di dover vivere in condizioni svantaggiate. Anche in questo caso è possibile individuare diverse fattispecie a seconda della natura della situazione di svantaggio.

Ragionando in termini di disagio medicalmente apprezzabile si possono anzitutto delineare quelle ipotesi in cui un embrione o un feto sano siano stati colpiti da un danno ingiusto causato dal medico⁴¹. Questo, ad esempio, è caso della somministrazione, durante la gravidanza, di un farmaco che il ginecologo, secondo i canoni della normale perizia professionale, doveva sapere essere dannoso per la salute del nascituro. È qui possibile delineare tutti gli elementi costitutivi della responsabilità medica: il fatto, cioè la somministrazione del farmaco, l'evento, cioè la nascita del minore menomato, il nesso causale tra i due e l'ingiustizia del danno.

Una seconda ipotesi di vita indesiderata è poi quella in cui la situazione di disagio non sia stata causata dal medico, ma sia stata dallo stesso colposamente o dolosamente ignorata. In altre parole, la patologia o la malformazione non sono di per sé causate dal medico. Se però lo stesso le avesse individuate nella diagnosi sarebbe stato possibile intervenire curando o riducendo la portata del disagio. Ecco allora che l'evento di danno non è la patologia, ma la nascita nella peggiore delle situazioni possibili e questo può essere attribuito all'imperita inattività medica.

Terza e più problematica ipotesi è quella che coinvolge un minore affetto da malattia congenita non individuata dal medico ma in nessun modo curabile o alleviabile.

³⁷ In senso conforme anche Cass. civ., sez. III, sentenza 29 luglio 2004, n. 14488, in dejure.it.

³⁸ Cass. civ., sez. III, 2 febbraio 2010, n. 2354, in dejure.it.

³⁹ Cass., sez. III civ., 02 ottobre 2012, n. 16754, in dejure.it.

⁴⁰ Id.

⁴¹ A. DIURNI, *La nascita indesiderata*, in *Trattato breve dei Nuovi Danni*, a cura di CENDON, Padova, 2011, 261 ss.



A tal proposito, risulta sicuramente illuminante la sentenza della III sezione della Cassazione civile, la già citata 16754/2012⁴², in cui viene, tra i vari motivi di ricorso, posto al collegio il problema della titolarità di un diritto al risarcimento del danno in capo al minore affetto da sindrome di Down, nato, a seguito della omessa rilevazione, da parte del sanitario, della malformazione genetica, da una madre che, contestualmente alla richiesta dell'esame diagnostico, abbia manifestato la volontà di non portare a termine la gravidanza nell'ipotesi di risultato positivo del test.

Il *vulnus* lamentato da parte del minore malformato, che troverebbe fondamento negli articoli 2, 3, 29, 30 e 32 Cost⁴³, non sarebbe quindi l'infermità intesa in senso naturalistico, quanto piuttosto dello "stato funzionale di infermità", cioè la "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". In questo senso, quindi, può dirsi violato il dettato dell'art. 32 Cost., che restituisce un diritto alla salute non soltanto nella sua dimensione statica di assenza di malattia, ma come condizione dinamico/funzionale di benessere psicofisico.

La situazione soggettiva tutelata è quindi quella della vita menomata, intesa in accezione funzionale: la "diversità" non è discriminata in un giudizio metagiuridico di disvalore tra nascita e non nascita, ma soltanto tutelata ed alleviata per via risarcitoria.

L'evento di danno, nella ricostruzione della Corte, è costituito, in altre parole, dalla individuazione della "nascita malformata"⁴⁴, cioè come condizione dinamica dell'esistenza riferita ad un soggetto di diritto attualmente esistente. Una volta individuato tale evento di danno, a parere del Collegio, questo appare senz'altro riconducibile all'omissione del medico: "una condotta diligente e incolpevole avrebbe consentito alla donna di esercitare il suo diritto all'aborto".

Questa sentenza ha sollevato moltissime criticità. Nonostante l'esplicito intento della Corte di tralasciare qualsiasi riflessione di tipo filosofico, operando quindi un ragionamento di stretto diritto, la ricostruzione giuridica appare a tratti non pienamente convincente.

Rispettando la premessa metodologica della Suprema Corte, infatti, si deve rilevare come il risarcimento, in diritto civile, adempia alla funzione di rimozione del danno. Che sia in natura o per equivalente, il risarcimento si propone, di fatto o attraverso una *factio*, di ripristinare lo *status quo ante* al verificarsi del danno.

Poiché il fatto che ha causato il danno consiste nell'imperizia medica nell'individuazione e nella somministrazione dei test atti a scoprire la sussistenza di patologie genetiche, ragionando per assurdo, il ripristino dello *status quo ante* richiederebbe di ritornare indietro nel tempo affinché il medico possa fornire le informazioni corrette, arrivando quindi ad una diagnosi aderente alla realtà. La donna, in questo caso, come più volte espresso, potrebbe salvaguardare il proprio diritto alla salute autodeterminandosi nella scelta abortiva. Ecco allora che il ripristino dello *status quo ante* determinerebbe necessariamente la non nascita. La Corte, però, nel 2012, afferma esplicitamente di non guar-

⁴² Cass., sez. III civ., 10 gennaio 2012, n. 16754, in dejure.it.

⁴³ E. BUSCAGLIA, *Il minore nato con una malformazione congenita è legittimato ad agire iure proprio per il risarcimento del danno*, in *Diritto & Giustizia*, 2012, 845 ss.

⁴⁴ M. GERBI, E. MAZZILLI, *Dalla vis expansiva 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, 1022 ss.



dare a tale voce di danno cercando così di evitare tutte le possibili critiche sul cortocircuito ontologico relativo al diritto alla vita inclusivo del diritto a non nascere.

Poiché il risarcimento del danno prevede quali presupposti necessari, tra gli altri, la lesione di un diritto soggettivo che si concretizza in un evento causalmente legato al fatto di danno, risulta fondamentale l'individuazione di tali elementi. Nella sentenza del 2012, la Corte di Cassazione ritiene che ad essere leso sia stato il diritto alla salute. Tale lesione si paleserebbe nella nascita malformata, ovvero quella condizione in divenire che lede il diritto alla salute quale stato globale di benessere. In altre parole, l'evento di danno quindi, quale nascita malformata, per essere risarcibile, deve essere causalmente ricollegato al fatto, cioè all'imperita attività medica. Non convince l'idea che la nascita malformata, cioè quella vita che in divenire risulta complicata dalla presenza della patologia, possa essere in qualche modo imputata al medico⁴⁵. Se la mancata informazione ha sicuramente inciso sul diritto alla salute della donna, impedendole di autodeterminarsi nelle scelte riproduttive, risulta di difficile comprensione in che modo tale *malpractice* si inserisca nella catena causale che ha portato all'insorgenza di una Trisomia del 21.

Come già riportato, secondo la Corte, una condotta diligente incolpevole avrebbe consentito alla donna di esercitare il diritto all'aborto. È già emerso nei paragrafi precedenti come l'autodeterminazione abortiva compete solamente alla donna e, eventualmente, di riflesso, ad altri individui. Il nascituro non ha, *ipso iure*, alcuna legittima pretesa a che l'aborto venga eseguito: seppur nei casi eccezionali previsti dalla legge italiana, l'IVG integra infatti lo strumento di soddisfazione del «diritto dall'autodeterminazione della gestante di optare per l'interruzione di gravidanza»⁴⁶. Tale impostazione, che vede le istanze dell'embrione cedere dinnanzi a quelle della donna, trova inoltre rispondenza assiologica nel principio costituzionale di non equivalenza tra salvezza della madre, che è già persona, e quella dell'embrione, che persona deve ancora diventare⁴⁷.

Anche a voler considerare legittima la pretesa abortiva in capo al nato, questa, secondo la terza sezione civile della Corte di Cassazione, si fonderebbe sul diritto a non vivere una vita malformata. In tal senso, quindi, si viene ad individuare un diritto generale a che la situazione di disagio venga alleviata tramite il risarcimento per equivalente.

Poiché tale voce di danno si configura come funzionale alla tutela del diritto - in senso ampio - alla salute del minore, viene spontaneo chiedersi se la menomazione ricollegata alla nascita, nella ricostruzione della Corte di Cassazione, debba essere solo di carattere fisico. In altre parole, sorge il dubbio se le menomazioni che caratterizzano la vita degna di essere risarcita debbano avere necessariamente una dimensione biologica o possano piuttosto riguardare una condizione di disagio in senso più ampio. In questo senso, si vuole portare l'attenzione su due particolari pronunce in materia di *wrongful life*.

⁴⁵ L. FAMILIARO, *La responsabilità del medico nella diagnosi prenatale delle malattie genetiche – Medical Liability Concerning the Prenatal Diagnosis of Genetic Diseases*, in *Giustizia Civile*, fasc.10, 2013, 2119.

⁴⁶ Cass. sez. un., 22 dicembre 2015, n. 25767, in dejure.it.

⁴⁷ Corte cost., 18 febbraio 1975, n. 20, in giurcost.org.





La prima sentenza a cui si fa riferimento è quella della Corte d'Appello dell'Illinois che, nel 1963, ha deciso il caso *Zepeda vs Zepeda*⁴⁸. L'attore, cioè il figlio naturale, richiede il pagamento dei danni per essere stato concepito al di fuori del matrimonio: il padre biologico aveva infatti convinto la madre ad intrattenere rapporti sessuali con la promessa di matrimonio. Quest'ultima, però, non fu rispettata, visto che l'uomo era già sposato. In questo modo, il minore nato dalla relazione venne al mondo assoggettato alla limitata se non inesistente tutela giuridica riservata ai figli illegittimi. La Corte, seppur riconoscendo la condotta del padre come «*tortious*»⁴⁹, non riconobbe la risarcibilità del danno, preoccupata che una pronuncia di quel tipo, in un ordinamento caratterizzato dallo *stare decisis*, potesse essere letto come un «*encouragement [that] would extend to all others born into the world under conditions they might regard as adverse. One might seek damages for being born of a certain color, another because of race; one for being born with a hereditary disease, another for inheriting unfortunate family characteristics; one for being born into a large and destitute family, another because a parent has an unsavory reputation*»⁵⁰.

Continuando in questa provocazione, si rimanda ad una pronuncia del 2017, sempre del Corte d'Appello dell'Illinois. A 54 anni di distanza, la Corte torna a pronunciarsi su un caso di *danno da nascita*⁵¹. Una cittadina dell'Ohio ha infatti citato in giudizio una banca del seme affermando che la compagnia le avrebbe fornito l'errato materiale genetico. Jennifer Cramblett e la sua compagna, avevano scelto un donatore caucasico, come le due donne. La banca del seme, invece, ha loro fornito lo sperma di un uomo afroamericano. Solo cinque mesi dopo la fecondazione, la coppia scoprì lo scambio, dando poi alla luce una «*beautiful, obviously mixed race, baby girl*». La madre biologica agì quindi in giudizio per il risarcimento del danno causato da nascita. Questa situazione, secondo l'attrice, avrebbe costretto lei e la compagna a trasferirsi per inserire la minore in un quartiere multietnico. Le madri allemano tra le prove del danno subito il fatto che i genitori della gestante, che non hanno mai pienamente accettato l'omosessualità della figlia, sono una «*all white and often unconsciously insensitive family*»⁵². In questo clima, cosa succederebbe se la piccola agisse in giudizio facendo valere in giudi-

⁴⁸ *Zepeda v. Zepeda*, 190 N.E.2d 849 (Ill. A Ct. 1963). AA., *Torts. Unusual Cases of Tort Liability. Illegitimate Child May Not Recover from Father for Lack of Normal Home or Inferior Social Status. Zepeda v. Zepeda* (Ill. Ct. A 1963), in *Harvard Law Review*, vol. 77, no. 7, 1964, 1349-1352.

⁴⁹ *Id.*

⁵⁰ *Id.*

⁵¹ *Cramblett v. Midwest Sperm Bank, LLC*, 2017 Ill. App (2d) 160694-U.

⁵² Nel caso in analisi, la controversia, inizialmente sottoposta alla *Cook County Circuit Court*, venne poi trasferita alla *DuPage County Circ. Court*, lamentando *wrongful birth* e *breach of warranty*. Il giudice Sutter della *Circuit Court of DuPage County* rigettò nel merito *with prejudice* la configurabilità di una *wrongful birth* perché manifestamente infondata, aprendo invece ad una *negligence claim*. L'attrice presentò allora altre nove richieste risarcitorie: due furono subito rigettate *with prejudice*, mentre le altre sette *without prejudice*. Parallelamente al procedimento nazionale, la signora Cramblett agì in giudizio, presentando le medesime richieste anche a livello federale (ritendo il procedimento federale più idoneo a garantire la tutela dei propri diritti). La Corte federale del *Northern Distric of Illinois* garantì la sospensione del procedimento federale finché non fosse stata definita la causa già pendente a livello nazionale dalla *Appellate Court of Illinois*. Il 27 giugno 2017 la Corte d'Appello dell'Illinois si pronunciò confermato quanto già affermato nella decisine di merito dal giudice Sutter. Il caso è ora pendente di fronte alla *District Court for the Northern District of Illinois*, ma nessuna domanda di risarcimento per danno da nascita è stata fatta valere in giudizio. *Cramblett v. Midwest Sperm Bank*, Circuit Court of DuPage County, No. 15-L-282; *Cramblett v. Midwest Sperm Bank*, District Court for the



zio la vita indesiderata, caratterizzata dal disagio, sicuramente impattante sulla salute psicologica della stessa? Cercando di risolvere la questione alla luce della pronuncia della Cassazione italiana del 2012, sarebbe possibile riconoscere il danno da vita indesiderata?

4.1 Soggetti legittimati e portata del diritto leso

Un altro punto problematico sollevato dalla pronuncia riguarda la configurazione del diritto e la legittimazione a farlo valere in giudizio. Restando nello stretto ambito medico, immaginiamo una situazione di fatto identica a quella che ha originato il caso n.16754/2012, se non per il fatto che la gestante non sarebbe mai ricorsa l'IVG. Anche in questo caso, il minore, nascendo affetto della sindrome di Down, sarebbe legittimato ad agire per il danno. In questo senso, poiché la donna in nessun caso avrebbe optato per l'aborto, risulterebbe causalmente ricollegata all'evento di danno e quindi responsabile per il risarcimento dello stesso. L'azione rivolta dal bambino direttamente contro i genitori, però, si pone in aperto contrasto con libertà-diritto di procreare, al centro della disciplina sull'IVG. Il rischio, in questi casi, è quello di «far nascere una pratica *self-defensive* di natura strettamente eugenetica, che potrebbe portare, se applicata in termini ampi, a selezionare sulla base di criteri di normalità-anomalia genetica ogni potenziale nascituro»⁵³. In Altre parole, vi è il rischio che i genitori, per non affrontare il rischio di essere citati in giudizio dai propri figli, a ciò legittimati dalla nascita menomata, siano indotti ad operare l'aborto ogni volta che si presentino delle malformazioni o delle patologie embrio-fetali, di fatto ledendo il diritto all'autodeterminazione riproduttiva degli stessi.

Tutte queste problematiche sono state poi affrontate dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione nel 2015⁵⁴. I ricorrenti, infatti, sollevarono, quale secondo motivo di ricorso, la violazione degli articoli 2, 3, 31 e 32 della Costituzione e della legge 29 luglio 1975, n. 405, nella negazione del diritto del figlio, affetto da sindrome di Down, al risarcimento del danno per l'impossibilità di un'esistenza sana e dignitosa.

La Suprema Corte, riscontra anzitutto la sussistenza di un pensiero giuridico plurisecolare maggioritario secondo il quale il minore, danneggiato prima della sua nascita, non potrebbe agire in giudizio, non avendo capacità giuridica. Tale principio trova positizzazione all'art. 1 del codice civile⁵⁵ italiano e sancisce l'eccezionalità di tutte quelle situazioni in cui al nascituro, concepito o non ancora concepito, vengono riconosciuti diritti⁵⁶. Tale argomento, sebbene appaia a prima vista preclusivo, non risulta insuperabile. Secondo le Sezioni Unite, infatti, «per proteggere una certa entità [non] occorr[e]

Northern District of Illinois, 16 C 4553. Si vedano S. LENON, D. PEERS, 'Wrongful' Inheritance: Race, Disability and Sexuality in *Cramblett v. Midwest Sperm Bank*, in *Feminist Legal Studies*, vol. 25, n. 2, 2017, 141-163; R.A. LENHARDT, *The Color of Kinship*, in *Iowa Law Rev.*, vol. 102, 2017, 2071-2107.

⁵³ C. CASONATO, *Diritto, diritti ed eugenetica. Prime considerazioni su un discorso giuridico altamente problematico*, in *Humanitas*, vol. 841, 2004, 10.

⁵⁴ Cass., sez. un., 22 dicembre 2015, n. 25767, in biodiritto.org. M. GORGONI, *Una sobria decisione «di sistema» sul danno da nascita indesiderata*, in *Responsabilità Civile e Previdenza*, fasc.1, 2016, 162 ss; 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, 1578B.

⁵⁵ La capacità giuridica si acquista al momento della nascita

⁵⁶ Ad esempio, artt. 254, 320, 462, 784 cod. civ.



necessariamente qualificarla come soggetto di diritto»⁵⁷. Facendo affidamento sull'impostazione stratificatasi nel tempo⁵⁸, secondo cui il nascituro è da considerarsi *oggetto di* tutela, la Corte afferma l'ammissibilità dell'azione del minore, volta al risarcimento del danno ingiusto subito prima della nascita.

Sebbene, come appena riportato, il limite soggettivo sia stato superato, la Corte riscontra invece due profili problematici: il contenuto stesso del diritto e il rapporto di causalità tra condotta medica ed evento di danno.

Quanto al primo aspetto enunciato, i giudici, partendo dal concetto di *danno-conseguenza*, ex art. 1223 cod. civ., individuano quali situazioni alternative, divise dallo spartiacque dell'illecito, la vita e la non vita da interruzione di gravidanza. Secondo il ragionamento della Corte, questa dicotomia sfocerebbe necessariamente in una contraddizione insanabile: considerare la non vita come un bene della vita. Premurandosi di distinguerlo dal *diritto a staccare la spina*⁵⁹, che presuppone una manifestazione di volontà, la Cassazione riscontra come l'ordinamento non riconosca il *diritto alla non vita*.

Facendo riferimento al secondo profilo enunciato, si riscontra l'insuperabilità dell'inesistenza del nesso causale tra l'evento di danno e la condotta del medico. L'omessa somministrazione di un esame, imperdonabile sotto un profilo di autodeterminazione riproduttiva della donna, non può in alcun modo essere associato alla catena di eventi che hanno portato l'insorgenza di una patologia genetica nel nascituro.

Attribuire al medico la responsabilità di risarcire i futuri danni ricollegati ad una patologia a lui in nessun modo imputabili non risulta condivisibile. Se da una parte è doveroso garantire un equo accesso a strumenti che allevino il disagio associato alla menomazione, tale peso non può essere imposto al solo medico. Laddove le azioni di *wrongful life* trovino un riconoscimento, infatti, il *quantum debeat* viene ricostruito in relazione alle spese speciali che l'individuo dovrà affrontare nel corso della vita a causa della malformazione o della patologia. Una volta accertata l'estraneità causale dell'attività medica rispetto alla malformazione, la garanzia della tutela della qualità della vita del soggetto all'interno della società, così come costituzionalmente tutelata all'articolo 2 della costituzione, non può essere responsabilità di un privato, a maggior ragione in assenza di una causa che legittimi la pretesa risarcitoria. Tali condivisibili istanze, infatti, non possono piegare il risarcimento del danno fino ad assegnargli «un'impropria funzione vicariale, suppletiva di misure di previdenza e assistenza sociale»⁶⁰, ma dovrebbero piuttosto trovare soddisfazione attraverso i sistemi di welfare nazionale.

Se, dunque, l'astratta riconoscibilità della titolarità ad agire del minore non si debba escludere a priori a causa dell'antiorità del fatto illecito alla nascita, non si può affermare altrettanto circa il contenuto del diritto vantato e il rapporto di causalità tra condotta del medico ed evento di danno.

⁵⁷ Cass., sez. un., 22 dicembre 2015, n. 25767, *ibid*.

⁵⁸ *Ex multis* Corte costituzionale 18 febbraio 1975, n. 27, in italgiure.giustizia.it; Cassazione, sez. III, 3 maggio 2011, n. 9700, in italgiure.giustizia.it; Cassazione, sez. III, 9 maggio 2000, n. 5881, in italgiure.giustizia.it.

⁵⁹ La Corte definisce infatti l'accostamento tra le due fattispecie come «fallace; oltre a non tener conto dei limiti connaturali al ragionamento analogico, soprattutto in tema di norme eccezionali».

⁶⁰ Cass., sez. un., 22 dicembre 2015, n. 25767, *ibid*.



5. Conclusioni

Come si è avuto modo di vedere, già dalla metà del XX secolo, la gravidanza e l'evento nascita hanno sollevato una pluralità di problematiche sotto un profilo giuridico. Già il Tribunale di Piacenza evidenziava come, nella ricostruzione del nesso di causalità, spesso le insufficienti conoscenze scientifiche costituissero un problema per il giurista.

A distanza di 70 anni, nonostante i grandissimi passi avanti fatti dalla medicina nella comprensione della riproduzione umana, ancora oggi i casi di *wrongful birth* e *wrongful life* sollevano molte perplessità per gli operatori del diritto. Le nuove conoscenze scientifiche potrebbero facilmente indurre nella tentazione di attribuire la responsabilità di qualsiasi evento di danno al medico, visto come colui che, detenendo la conoscenza scientifica, deve essere in grado di scongiurare, nei confronti di chi vi si affidi, qualsiasi rischio, anche quelli da lui non causati. Qualora si riscontrasse, però, un'estraneità causale del medico rispetto all'insorgere o all'aggravarsi di una patologia, non può essere imposto allo stesso di risarcire un evento che non può in alcun modo essere conseguenza di una sua condotta.

Nella sentenza della Corte di Cassazione del 2012, il concetto di "esistenza diversamente abile", rimanda alla condivisibile necessità di tutela dell'interesse alla dignità personale del nato, leso non tanto dei medici, quanto dallo Stato inadempiente nel garantire adeguato supporto a chi viene al mondo con gravi disabilità. La responsabilità civile, però, non può e non deve essere forzata fino a concepire il risarcimento come un'alternativa forma previdenziale indebitamente addossata al medico, dimenticando la sua finalità: la ristorazione del danno ingiusto.

Forse anche per quanto riguarda la sentenza della Cassazione del 2012 si potrebbe parlare di un "*arrêt de provocation*", visto l'evidente intento di portare al centro dell'attenzione un vuoto assistenziale, ma, diversamente da quanto è accaduto per il caso *Perruche*⁶¹, il Legislatore italiano tarda a cogliere le istanze di cui la giurisprudenza si fa portavoce, sempre più spesso, trovandosi di fronte ad una vera e propria latitanza del Potere legislativo.

⁶¹ C. PICIOCCHI, *L'arrêt Perruche della Cassazione francese: wrongful life actions e tutela costituzionale dell'esistenza. Un dissidio "insanabile"?*, in *Diritto Pubblico Comparato Ed Europeo*, 2001, 677 ss.

