

Danno da nascita indesiderata tra aggettivi qualificativi e mimetismi linguistici.

Commento a Cass. civ., III sez., ord. 06.10.2021, n. 27114

Elena Ioriatti *

WRONGFUL BIRTH: DESCRIPTIVE ADJECTIVES AND LINGUISTIC MIMETISMS. COMMENT TO THE ITALIAN SUPREME COURT DECISION N° 27114, OCTOBER 6TH 2021

ABSTRACT: The comment analyses a recent judgement of the Supreme Court of Italy grounded on a claim for damages against a gynaecologist who, while making a prenatal diagnostic, omitted to detect the presence of malformations in a foetus. The claim of the plaintiff refers to the violation of the right “to born in a family not fully prepared to welcome a disabled child”. The Supreme Court differently qualified the claim of the plaintiffs as a “linguistic mimetism” of a different right, precisely the “right not to be born” (wrongful life) and did not award the child any compensation. In commenting the case, the author integrates the juridical analysis by the linguistic one, in order to verify whether the juridical requalification of the plaintiffs’ claim by the Court, as grounded on the linguistic re-formulation of that claim, leads to a violation of the necessary relation between the request of the plaintiffs and the decision of the judge, provided by art. 112 of the Italian Code of civil procedure.

KEYWORDS: Linguistic mimetism; wrongful life; linguistic analysis; semantics and pragmatics; violation of art. 112 code of civil procedure

ABSTRACT: Il presente commento analizza – tanto dal punto di vista giuridico, quanto linguistico – la sentenza in oggetto al fine di verificare se la ri-qualificazione della domanda del ricorrente effettuata dalla Cassazione sulla base di un c.d. “mimetismo linguistico” viola il rapporto tra chiesto e pronunciato di cui all’art. 112 c.p.c.

PAROLE CHIAVE: Mimetismo linguistico; diritto a non nascere; analisi linguistica; semantica e pragmatica; art. 112 codice di procedura civile

SOMMARIO: 1. Nascita indesiderata. Il caso – 2. Il danno *iure* - 3. La *rilevanza* delle malformazioni e delle anomalie nel nascituro (art. 6 lett. b, l. 194/1978) – 4. La domanda risarcitoria fatta valere dal nato affetto da malformazione – 5. Le persone oltre la lingua: breve riflessione conclusiva.

* Professore ordinario di Diritto Privato Comparato, Università degli studi di Trento. Mail: elena.ioriatti@unitn.it. Contributo sottoposto a doppio referaggio anonimo.

1. Nascita indesiderata. Il caso

Nel vasto e triste panorama del danno da procreazione, frequenti sono i casi nei quali il danno da nascita indesiderata¹ è causato da una condotta omissiva del medico, che può consistere nel difetto di individuazione di una malformazione oggettivamente rilevabile con l'uso dell'ordinaria diligenza – a mezzo di opportuni esami diagnostici - e nella conseguente omessa informazione della gestante circa l'esistenza di tale anomalia.

La fattispecie che ha dato luogo alla recente decisione della Cassazione si presenta come un caso di scuola.

La signora M.C., in attesa del terzo figlio, si rivolgeva al dott. M.E.M., medico ginecologo, per sottoporsi ad esame ecografico di monitoraggio della gravidanza. Il medico effettuava due ecografie – rispettivamente alla 19^a e 25^a settimana di gravidanza della gestante – e, in entrambi i casi, ometteva di rilevare la presenza di malformazioni nel feto. Al termine della gravidanza M.C. dava alla luce una bambina (M.M.) affetta da malformazione scheletrica (nella specie, agenia del femore destro e del perone).

Dopo la nascita, la signora M.C. e il marito sig. A.M., in proprio e quali legali rappresentanti della figlia minore, citavano in giudizio il professionista per vederlo condannare al risarcimento del danno per omessa diagnosi. I genitori agivano in primo grado davanti al Tribunale di Asti, in secondo grado davanti alla Corte d'Appello di Torino e presentavano infine ricorso alla Suprema Corte di Cassazione.

Lamentavano i ricorrenti che la mancata rilevazione da parte del medico di malformazioni nel feto avrebbe impedito alla madre di determinarsi sull'interruzione della gravidanza, ai sensi dell'art. 6, lett. b), l. n. 194/78 (*Norme sulla tutela sociale della maternità e sull'interruzione volontaria della gravidanza*).

Nello specifico, i coniugi agivano in proprio, quali soggetti danneggiati da un erroneo accertamento medico – che ha impedito l'esercizio da parte della madre del diritto all'interruzione della gravidanza – per il risarcimento dei danni patrimoniali e non patrimoniali subiti²; agivano altresì, in quanto titolari della rappresentanza legale della figlia M.M., per il danno non patrimoniale derivante da pregiudizio psico-fisico dalla stessa subito, sotto il profilo dell'inserimento in un ambiente familiare non preparato ad accoglierla.

La decisione della Corte di Cassazione affronta, di conseguenza, due questioni importanti ed attuali, riconducibili a quella che è divenuta categoria aggregante delle doglianze risarcitorie che conseguono alla nascita di un figlio affetto da malformazioni: il danno da procreazione³.

La prima questione concerne la domanda risarcitoria fatta valere dai genitori della neonata affetta da malformazioni non rilevate dal ginecologo e riconducibile al c.d. "danno da nascita indesiderata"; la seconda, attiene al pregiudizio fatto valere dalla figlia M.M., per essere nata in un ambiente familiare non preparato ad accogliere un disabile. Come vedremo, questa specifica domanda viene tuttavia riqualificata dai giudici di legittimità quale «lesione del diritto di non nascere, se non sana».

¹ A. DIURNI, *La nascita indesiderata*, in P. CENDON (a cura di), *Trattato breve dei Nuovi Danni*, Milano, 2011, 261 ss.

² Per tutti, sul punto: C. FAVILLI, *Il danno non patrimoniale da c.d. nascita indesiderata*, in E. NAVARRETTA (a cura di), *Il danno non patrimoniale*, Milano, 2010, 494 ss.

³ Per tutti, un classico: P. RESCIGNO, *Danno da procreazione*, Milano, 2006.

La struttura dell'ordinanza ricalca la sentenza "gemella" Cass 9251/2017, ma rispetto a questo "precedente" dedica più attenzione alla *rilevanza* delle malformazioni e delle anomalie del nascituro, quale requisito normativamente previsto (art. 6 lett. b, l. 194/1978) per l'esercizio della facoltà abortiva, una volta trascorsi i novanta giorni dalla procreazione.

A differenza della nota pronuncia delle Sezioni Unite del 2015⁴, la sentenza oggetto del presente commento non fa il punto sulle complesse problematiche – giuridiche ed extra-giuridiche – relative al diritto del nato disabile di «non nascere, se non sano»⁵, ma conferma il principio ivi stabilito circa l'inesistenza nel nostro ordinamento giuridico di tale diritto. A questo scopo, la Cassazione fa proprio un sintagma della decisione a Sezioni Unite, il c.d. "mimetismo verbale", e riqualifica la domanda risarcitoria della figlia «per essere nata in un ambiente non preparato ad accoglierla» quale violazione del «diritto a non nascere, se non sana».

Stabilisce infatti la Corte come

L'interruzione della gravidanza sia ammissibile solo nelle ipotesi normativamente previste in cui sussista un grave pericolo per la salute fisica o psichica della madre. Ai sensi della lett. b) art. 6 L. n. 194 del 1978 (Norme sulla tutela sociale della maternità e sull'interruzione volontaria della gravidanza) idonee a determinare tale grave pericolo sono solo anomalie e malformazioni del nascituro di carattere "rilevante". La ragione di danno fatta valere dal nato disabile sotto il profilo del suo inserimento in una famiglia non preparata ad accoglierlo si rivela sostanzialmente quale mero "mimetismo verbale" del c.d. "diritto a non nascere se non sano", non riconosciuto dall'ordinamento giuridico italiano⁶.

2. Il danno iure

Al fine di comprendere l'iter logico-giuridico seguito dalla Cassazione nella decisione in commento, è necessario precisare che nei primi due gradi di giudizio non era in discussione il fatto che la condotta omissiva del medico avesse costituito fatto astrattamente idoneo a causare il danno. Ai sensi della precedente decisione a Sezioni Unite 2015 n. 25767 la fattispecie va quindi qualificata sotto il profilo della responsabilità per colpa professionale del medico per omessa diagnosi della malformazione, tenendo conto che il fatto è precedente all'emanazione della legge 2017/24 in materia di responsabilità professionale del medico (c.d. "legge Gelli-Bianco")⁷.

⁴ CASS., sez. un., 22 dicembre 2015 n. 25767 con nota di M. GORGONI, *Una sobria decisione "di sistema" sul danno da nascita indesiderata*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 1, 2016, 162 ss. C. BONA, *Sul diritto a non nascere e sulla sua lesione, nota a: Cass., sez. un., 22 dicembre 2015, n. 25767*, in *Il Foro italiano*, 2016, 506; A. CANDIAN, M. FRANZONI, C. MIRABELLI, L. ROVELLI, *Esiste il diritto di non nascere se non sani? Riflessioni sulla sentenza Cass. sez. un., 22 dicembre 2015 n. 25767 e dintorni*, Pisa, 2016; A. PALMIERI, *Risarcimento del danno da nascita indesiderata: inconfigurabile il diritto a non nascere*, in *www.ilquotidianogiuridico.it*, 8 gennaio 2016. L. CONTE, *Danno da nascita indesiderata e danno da nascita malformata: la parola alle Sezioni Unite*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 2, 2015. M. FOGLIA, (voce) *Diritto a non nascere (se non sano)*, in R. SACCO (diretto da), *Digesto IV delle Discipline Privatistiche*, sezione civile, Agg. XI, Milano, 2018, 135 ss.

⁵ CASS., sez. un., n. 25767/2015.

⁶ Massima a cura dell'autore.

⁷ L. 1 aprile 2017 n. 24, *Disposizioni in materia di sicurezza delle cure e della persona assistita, nonché in materia di responsabilità professionale degli esercenti le professioni sanitarie*.

Nemmeno è in discussione l'esistenza del diritto: la l. 194/1978 attribuisce alla gestante facoltà di interrompere la gravidanza a determinate condizioni, anche una volta trascorso il novantesimo giorno dalla procreazione. Non vi è infatti dubbio che l'errore dei sanitari che non accertino anomalie e malformazioni nel feto tali da giustificare l'aborto precluda alla madre di avvalersi di tale facoltà e cagioni quindi un danno⁸.

Tuttavia, nel merito, tanto in primo quanto in secondo grado, i giudici – sulla base di perizia medica – hanno escluso che l'agenia del femore e del perone potesse integrare il presupposto «rilevanti anomalie o malformazioni del nascituro», normativamente previsto dalla legge 1978/194, ai fini della configurabilità del requisito del «grave pericolo per la salute fisica o psichica della donna». Trattandosi di anomalie non *rilevanti*, e che quindi non integrano il requisito normativo di cui all'art. 6 lett. b) della suddetta legge, la madre, anche qualora adeguatamente informata dal medico in merito alla malformazione della figlia, non avrebbe potuto avvalersi della facoltà di interruzione della gravidanza.

Accertata dunque la presenza di un pregiudizio subito dalla madre e causato dal medico a seguito di omessa diagnosi e conseguente informazione, è necessario stabilire se un tale danno sia qualificabile come ingiusto, stante la mancanza dei presupposti che avrebbero consentito l'interruzione della gravidanza. A questo interrogativo ha dato risposta la stessa Cassazione a Sezioni Unite, in un *obiter* della già menzionata decisione 2015 n. 25767:

Occorre che l'interruzione sia legalmente consentita – e dunque [...] che sussistano, e siano accertate mediante appropriati esami clinici, le rilevanti anomalie del nascituro e il loro nesso eziologico con un grave pericolo per la salute fisica o psichica della donna – giacchè, senza il concorso di tali presupposti, l'aborto integrerebbe un reato; con la conseguente esclusione della stessa antigiuridicità del danno, dovuto non più a colpa professionale, bensì a precetto imperativo di legge⁹.

Chiara è, su questo specifico punto, anche la sentenza che qui si commenta: «non potendosi legittimamente ricorrere all'aborto dall'omessa diagnosi dell'anomalia fetale non può derivare un danno risarcibile»¹⁰.

A ben guardare, tuttavia, la circostanza che la madre non avrebbe potuto ricorrere ad un'interruzione di gravidanza che, in questa ipotesi specifica, è vietata dalla legge e costituirebbe reato, rende il danno derivato dall'omessa diagnosi qualificabile non come danno *contra ius*, ma come danno *iure* (comunque non risarcibile), in quanto conseguente a «precetto imperativo di legge».

3. La rilevanza delle malformazioni e delle anomalie nel nascituro (art. 6 lett. b, l. 194/1978).

Un profilo importante affrontato dalla Suprema Corte attiene alla definizione dell'aggettivo «*rilevante*» che l'art. 6, lett. b, legge 194/78 riferisce alle anomalie o malformazioni oggetto di omessa diagnosi, sotto il profilo dell'idoneità delle stesse a consentire l'interruzione della gravidanza.

⁸ Non rileva in questo caso, per le ragioni che si vanno a spiegare, la presenza o meno della prova della volontà abortiva della gestante, questione trattata, tra le tante, anche dalla decisione Sezioni Unite 2015/25767, in particolare sotto il profilo della distribuzione dell'onere probatorio.

⁹ Cass. sez. un, n. 25767/2015, 7.

¹⁰ Cass. civ., III sez., n. 27114/2021, 5.

Come notato in dottrina¹¹ a commento dello stesso dato normativo¹², la disciplina sull'interruzione volontaria della gravidanza (l. n. 194/1978) non è ispirata a garantire la libera scelta della donna di abortire al solo fine di evitare nascite indesiderate¹³. Tale facoltà è riconosciuta alla gestante in presenza di specifiche condizioni stabilite dagli artt. 4-7 della suddetta legge¹⁴.

È la stessa Cassazione a ricordare, in più occasioni¹⁵, ed altresì nella motivazione della sentenza in oggetto¹⁶, come l'ordinamento non ammetta il c.d. *aborto eugenetico*, «prescindente cioè dal serio pericolo per la salute fisica o psichica – art. l. 194/1978 – ovvero del grave pericolo la vita o per la salute fisica o psichica della gestante». La *ratio* della disciplina di cui alla l. 194/1978 va infatti rinvenuta nella scelta del legislatore di disegnare i confini dell'istituto dell'aborto, tanto in termini temporali, quanto sostanziali, stabilendone i presupposti di ammissibilità.

A tale proposito, la Cassazione ricorda che condizione necessaria all'interruzione della gravidanza entro i novanta giorni dalla procreazione è la presenza di un serio pericolo per la salute fisica o psichica della madre. «Diversamente», prosegue la Corte, «dopo i primi novanta giorni l'interruzione della gravidanza può essere *eccezionalmente* consentita solo quando a) la gravidanza o il parto comportino un "grave pericolo" per la "vita" della donna ovvero b) siano accertati processi patologici, tra cui quelli relativi a *rilevanti* anomalie e malformazioni del nascituro, che determinino un "grave pericolo" per la "salute fisica o psichica" della medesima».

Mentre la distinzione qualitativa tra pericolo "serio" o "grave" rileva in ordine allo stato temporale della gravidanza (entro i novanta giorni dalla procreazione nel primo caso, in un momento successivo nel secondo), in entrambe le ipotesi il presupposto normativo è integrato solo ed unicamente nel momento in cui la presenza di anomalie o malformazioni del feto possa determinare un pericolo per la salute della gestante.

Precisa la Corte – ed è questo un punto importante della decisione della Cassazione – come, secondo la lettera della legge, idonee a determinare tale pericolo siano solamente le anomalie o malformazioni *rilevanti* (art. 6 lett. b).

La Suprema Corte, nel solco della precedente decisione Cass. 9251/2017, individua così nell'aggettivo *rilevante* il presupposto affinché la patologia dalla quale è affetto il feto possa essere presa in considerazione nel processo ermeneutico, in quanto idonea a consentire l'aborto.

Ma mentre in Cass. 9251/2017 i giudici, aderenti alla fattispecie e alla soluzione del caso *de quo*, si limitavano a stabilire come la patologia dalla quale è risultato affetto il nato (nella specie, totale

¹¹ F. D. BUSNELLI, *Interessi della persona e risarcimento del danno*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1, 1996, 18.

¹² Art. 1, comma 2 l. n. 194/1978 «L'interruzione volontaria della gravidanza [...] non è mezzo di controllo delle nascite».

¹³ Sia concesso il rinvio a E. IORIATTI, *Tutela della vita prenatale nel contesto della gravidanza*, in S. CANESTRARI (a cura di), *Il governo del corpo*, S. RODOTÀ, P. ZATTI (diretto da) *Trattato di biodiritto*, Milano, 2011, 1605 ss.

¹⁴ Sul diritto all'autodeterminazione procreativa e all'interruzione di gravidanza: E. NAVARRETTA, *Il danno ingiusto. Ingiustizia del danno e nuovi interessi*, in N. LIPARI e P. RESCIGNO (diretto da), *Trattato di diritto Civile*, in A. ZOPPINI (coordinato da), A. ZOPPINI, IV, III, *Attuazione e tutela dei diritti, La responsabilità e il danno*, Milano, 2009, 171 ss.

¹⁵ V. CASS. 1 aprile 2017, n. 9251 CASS., sez. un., 22 dicembre 2015, n. 25767; CASS., 29 luglio 2004, n. 14488; CASS. 14 luglio 2006, n. 16123; CASS., 11 novembre 2009, n. 10741, CASS., 22 novembre 1993, n. 11503.

¹⁶ Così testualmente CASS. civ., III sez., n. 27114/2021, 5.

mancanza della mano sinistra) fosse o meno qualificabile come *rilevante*, la sentenza oggetto del presente commento si pone ad un maggior livello di astrazione, ridefinendo questo criterio anche alla luce delle ulteriori condizioni normativamente previste e necessarie all'interruzione della gravidanza, una volta trascorsi novanta giorni dalla procreazione.

La Corte precisa innanzitutto come la presenza di anomalie e malformazioni giustifichi l'interruzione della gravidanza al solo fine di evitare un pericolo grave alla salute della gestante e non rilevi quindi in relazione al solo nascituro. Oggetto di tutela è quindi la salute – fisica e psichica della madre – ma non in quanto tale, bensì in quanto messa in pericolo dalla presenza di malformazioni o anomalie del feto di carattere *rilevante*.

Il percorso ermeneutico della Cassazione è diretto ad attribuire valenza oggettiva – e non «*meramente causale*»¹⁷ – a tali anomalie e malformazioni, al fine di evitare, ad esempio, che vissuti soggettivi e psicofisici della madre costituiscano requisiti idonei a consentire l'aborto in presenza di qualsivoglia anomalia del feto, seppur minima. È l'aggettivo *rilevante* a conferire tale valenza oggettiva alle malformazioni, che la Corte riconduce ad un duplice requisito: l'intrinseca entità di menomazioni e anomalie, unitamente all'idoneità causale delle stesse a provocare un grave pericolo alla salute della madre¹⁸.

A tal riguardo, la Corte afferma come

«l'aggettivo *rilevanti* anteposto ai sostantivi *malformazioni o anomalie* esclude che esso possa tautologicamente coincidere [...] con la pretesa gravità del pregiudizio della madre, poiché in tal caso qualora si intendesse che la malformazione sia rilevante proprio in quanto idonea a cagionare il grave danno alla salute della madre, la presenza stessa della parola *rilevante* sarebbe del tutto superflua e il senso della proposizione normativa sarebbe chiaro e lineare anche in sua assenza».

In estrema sintesi: l'aggettivo *rilevante* è riferito alla malformazione (o all'anomalia), non al danno o ai danni subiti dalla madre.

Da tale prospettiva semantica – corretta, se si pensa al significato letterale dell'aggettivo *rilevante* quale “importante”, “di rilievo”, “di notevole entità”, “cospicuo”, “ingente”, “grande”, “considerevole” – la Corte esclude che possano integrare il requisito normativo malformazioni o anomalie di lieve entità, ma tuttavia idonee a determinare, ad esempio, una grave depressione in una donna psicologicamente fragile e vulnerabile.

Come già rilevato, l'attenzione della Corte è rivolta alla necessità di oggettivizzare tali presupposti, facendo pieno affidamento su di un aggettivo qualificativo. Ai giudici va ascritto il merito di aver spostato il baricentro di tale presupposto da una valenza causale soggettiva (o in concreto) – rilevante *in quanto avente causato il pericolo di gravi danni alla salute* – ad una stessa valenza causale oggettiva (o in astratto) – rilevante *in quanto idoneo a causare tale pericolo*. Valenza causale oggettiva il cui accertamento è naturalmente rimesso dal giudice del merito, a mezzo di consulenza tecnica d'ufficio medico-legale.

¹⁷ Così, letteralmente la motivazione della sentenza Cass. civ., III sez., n. 27114/2021, 8.

¹⁸ Sul nesso eziologico tra le anomalie rilevanti del nascituro e il grave pericolo per la salute fisica o psichica della donna anche Cass., sez. un., 25767/2015, 7, citata in questo commento, *supra* paragrafo 2. Inoltre, Cass. Civ., Sez. III, 15 gennaio 2020, n. 653.

Risultato dello sforzo ermeneutico della Suprema Corte è un maggior rigore nella ricostruzione dei presupposti legittimanti l'eccezionale possibilità di interrompere la gravidanza dopo novanta giorni dalla procreazione.

Va inoltre detto che la sentenza ha il respiro di un contributo "di sistema"¹⁹, di una massima che il mondo di *common law* definirebbe una *doctrine*, in quanto il registro volutamente scelto dalla Corte va, in tutta evidenza, oltre la soluzione del caso concreto.

Anche se, a ben guardare, i giudici non affrontano tutte le questioni teoriche sottese al rapporto tra la rilevanza delle malformazioni del feto e grave pericolo di danno alla salute della madre. In particolare, la sentenza è chiara nello stabilire come un'anomalia non qualificabile come rilevante non sia idonea a legittimare l'aborto, seppur in presenza di grave danno *psichico* alla madre. Precisano infatti i giudici: «era intenzione del legislatore evitare che qualunque malformazione del prodotto del concepimento, anche minima e irrilevante, potesse legittimare l'aborto terapeutico, considerato che anche un'anomalia del tutto trascurabile potrebbe cionondimeno determinare una grave depressione in una madre psicologicamente fragile e vulnerabile»²⁰.

Chiarito il rapporto tra anomalia generica e danno psicologico conseguente allo stato soggettivo della madre, la motivazione della Corte non è tuttavia altrettanto limpida in merito alla diversa ipotesi di grave danno alla salute *fisica* causato alla madre da una qualsivoglia malformazione del feto.

I giudici sembrano inizialmente fornire un apporto di chiarezza stabilendo come «una malformazione non rilevante è ritenuta con presunzione *iuris et de iure* inidonea in sé a cagionare pregiudizio alla *salute* (e quindi, se ne deduce, tanto *psichica* quanto *fisica*) della madre». Ma questo passaggio richiama in realtà la motivazione della decisione della Corte d'Appello, che, in quanto corte di merito, è saldamente ancorata alla fattispecie del caso in esame, che si riferisce al solo danno *psichico* della madre.

In sintesi, facendo ricorso alle parole del *common lawyer*, il riferimento della Suprema Corte all'inidoneità di una qualsivoglia menomazione a causare danno alla salute *in generale* – ossia tanto *psichica*, quanto *fisica* – della gestante, costituisce solo in apparenza *ratio decidendi* della sentenza in oggetto, trattandosi in realtà di un *obiter dictum* di richiamo ad una diversa fattispecie.

4. La domanda risarcitoria fatta valere dal nato affetto da malformazione

Passiamo ora a trattare la questione del danno fatto valere dalla figlia disabile M.M., la cui domanda risarcitoria si riferisce – fin dal primo e dal secondo grado di giudizio – al pregiudizio «all'interesse ad essere inserita in un ambiente familiare preparato ad accoglierla».

Come anticipato, nel caso in esame²¹, l'interesse violato è qualificato dal giudice quale "diritto a non nascere", in quanto prospettato come «attinente alla dedotta violazione del diritto della madre alla libera determinazione sull'interruzione della gravidanza»²². La Cassazione ha infatti qualificato la

¹⁹ M. GORGONI, *op. cit.*, p. 166, a commento di CASS. SEZIONI UNITE n. 2015/25767.

²⁰ CASS. civ., III sez., n. 27114/2021, 9.

²¹ Più in generale, sul diritto al risarcimento del danno *iure proprio* del nascituro da nascita «malformata» la nota decisione CASS. CIV., Sez. III, 10 gennaio 2012, n. 16754 con nota di P.G. MONATERI, *Il danno al nascituro e la lesione della maternità cosciente e responsabile*, in *Corriere giuridico*, 2013, 59 ss.

²² CASS. civ., III sez., n. 27114/2021, 10.

domanda di parte ricorrente quale mero “*mimetismo verbale*” (poi “*linguistico*”) del c.d. “diritto a non nascere se non sano”, ignoto all’ordinamento giuridico italiano²³. Ciò con conseguente impossibilità di qualificare la lesione di tale diritto, in quanto inesistente²⁴, come danno risarcibile.

Come è noto, il mimetismo è un fenomeno adattivo presente in natura, ma in questo caso la Corte lo riferisce al linguaggio della domanda di parte del ricorrente; secondo i giudici di legittimità, pur avendo la ricorrente verbalmente formulato la domanda di risarcimento danni «per essere nata in un ambiente familiare non preparato ad accoglierla», tali parole in realtà nasconderebbero (e qui, quindi, il *mimetismo*) una diversa domanda, relativa alla “lesione del diritto di non nascere, se non sana”.

Il richiamo al mimetismo verbale da parte della Cassazione impone una riflessione di carattere linguistico, oltre che giuridico.

Ponendosi in primo luogo sul piano della lingua ordinaria (o lingua naturale) la struttura della frase (sintassi) e il significato del testo (semantica) lasciano chiaramente intendere che parte ricorrente intendesse determinare l’oggetto del processo nella violazione dell’interesse alla *qualità della vita* e non *alla non vita*.

Oltre che sul piano linguistico ordinario, la riflessione deve essere condotta in riferimento ai concetti dello specifico linguaggio del diritto civile, essendo i fatti allegativi della domanda del ricorrente – così come del resto tutti gli atti e documenti del processo – formulati nel linguaggio del diritto²⁵.

È la linguistica a qualificare le parole del diritto come linguaggio giuridico, altresì definito lingua “di specialità”, quale parte delle diverse varietà funzionali-situazionali della lingua ordinaria. La lingua giuridica, in quanto idioma non naturale, bensì “amministrato”²⁶, fa un particolare uso di termini specifici, della sintassi e della morfologia, per produrre effetti che nel contesto giuridico sono definiti “giuridici”, in quello linguistico “performativi”.

In questo specifico contesto processuale, l’effetto giuridico-performativo delle parole del ricorrente con le quali viene formulata la domanda è la definizione dell’ambito del diritto sul quale (e non *oltre* il quale) è chiamato a pronunciarsi il giudice, nel rispetto del rapporto tra domanda e pronuncia, ai sensi dell’art. 112 c.p.c.: «*Il giudice deve decidere su tutta la domanda e non oltre i limiti di essa*».

Come è noto, il principio fondamentale enunciato dalla suddetta norma, ossia la corrispondenza tra *chiesto* e *pronunciato*, si sostanzia nel potere delle parti di determinare l’ambito dell’oggetto del processo in modo vincolante per il giudice, attraverso l’allegazione dei fatti costitutivi e/o lesivi²⁷. Il giudice, seppur libero nell’interpretazione delle norme, è vincolato ai fatti allegati dalle parti. Chiara è la

²³ La Cassazione richiama letteralmente quanto precisato dalle sezioni unite 2015/25767, p. 26, nell’escludere in radice la configurabilità di un tale danno, qualificandolo sostanzialmente quale mero “*mimetismo verbale*” (poi “*linguistico*”) del c.d. “diritto a non nascere se non sano” (ignoto all’ordinamento giuridico italiano).

²⁴ Si invia anche alla nota 4 del presente commento. Per una panoramica comparatistica F. ZECCHIN, *Spunti di natura comparatistica in tema di danno da “wrongful life”*, in *Jus-online*, 3, 2015. Inoltre: B. SGORBATI, *Wrongful birth e wrongful life: delicati equilibri tra autodeterminazione della donna e dignità del figlio malato*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 3, 2018; M. POLI, *Birth-related torts e libertà della donna di interrompere la gravidanza nell’esperienza italiana*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 3, 2018.

²⁵ A. BELVEDERE (voce), *Linguaggio giuridico*, in R. SACCO (diretto da), *Digesto delle discipline privatistiche*, Sez. civile, X, Milano, 1994, 21 ss. U. SCARPELLI, P. DI LUCIA, M. JORI (a cura di), *Il linguaggio del diritto*, Milano, 1994.

²⁶ M. IORI, A. PINTORE, *Filosofia del diritto*, Torino, 2014.

²⁷ C. MANDRIOLI, A. CARRATTA, *Diritto processuale civile*, I, Torino, 2022.

dottrina nello stabilire che «La pronuncia del giudice sul diritto affermato nella domanda, dovrà effettuarsi su quel diritto e non su un altro²⁸».

Gli effetti giuridico-performativi del linguaggio giuridico al quale fa ricorso la parte attrice si producono infatti sul piano dell'interesse sul quale il giudice è chiamato a pronunciarsi. Nel caso di specie, la domanda di parte attrice, così definita dai concetti propri della lingua giuridica, lamenta la lesione dell'interesse «ad un ambiente preparato ad accoglierlo». Non al diverso diritto «a non nascere, se non sana».

Il potere del giudice di riqualificazione non può quindi arrivare al punto di attribuire un diverso significato alle parole e al linguaggio con il quale sono formulate le domande, modificandone gli effetti giuridico-performativi, in quanto ciò può esporre il giudice a violare il principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato.

Un profilo che, diversamente, contribuisce a comprendere – anche se non a condividere – la riqualificazione della domanda di parte ricorrente quale violazione del diritto a non nascere, attiene al contesto nel quale tale domanda è stata formulata.

Ancora una volta, pare utile fare ricorso agli strumenti della linguistica. In particolare, la pragmatica²⁹ analizza il linguaggio in relazione al contesto situazionale, il quale, nel caso in esame, va individuato nel contesto processuale nel quale la domanda di parte ricorrente è stata formulata.

È infatti importante rilevare come nei due gradi di giudizio di merito la domanda di risarcimento della ricorrente per violazione dell'interesse ad essere nata in un ambiente familiare non idoneo sia stata prospettata in quanto «attinente alla dedotta violazione del diritto della madre alla libera determinazione sull'interruzione della gravidanza». Ne è inevitabilmente conseguito il collegamento processuale tra la violazione dell'interesse a vivere in un ambiente idoneo e la violazione del diritto della madre alla libera determinazione sull'aborto, interessi in evidente contraddizione: la domanda di parte ricorrente è stata infatti formulata in modo tale da ricondurre la violazione dell'interesse alla qualità della vita del nato al negato aborto.

In tutta probabilità, è questa la ragione per la quale i giudici di legittimità hanno qualificato i fatti in base a *quanto allegato dalle parti* e non in base a *ciò che le parti avrebbero dovuto allegare* affinché la domanda fosse effettivamente dedotta come lesione pura e diretta dell'interesse «ad un ambiente preparato ad accoglierlo».

5. Le persone oltre la lingua: breve riflessione conclusiva

Esaurita la riflessione in merito al c.d. “mimetismo giuridico”, pare utile soffermarsi brevemente su di un ulteriore motivo di rigetto da parte della Cassazione della pretesa risarcitoria relativa alla lesione del diritto di nascere in un ambiente preparato ad accogliere un neonato disabile.

Si deduce dalla sentenza di legittimità che la domanda si riferiva ad un danno prospettato in appello come conseguenza del pregiudizio subito dai genitori, a seguito di «violazione della madre alla libera

²⁸ *Idem*.

²⁹ C. MORRIS, *Foundations of the theory of signs*, Chicago, 1938. *Id.*, *Signs, language and behaviour*, New York, 1946. J. AUSTIN, *How to do things with words*, Oxford, 1962, (trad. italiana: *Come fare cose con le parole*, Marietti, 1987).

determinazione sull'interruzione della gravidanza». Di conseguenza, la Suprema Corte ha correttamente respinto la domanda sulla base del fatto che, stante l'inesistenza del danno – o meglio, di un danno ingiusto, o, meglio ancora, un danno *iure* (secondo diritto) – subito dai genitori, difetta il presupposto di configurabilità del pregiudizio in capo al nato.

Del resto, questa stessa Corte (presieduta dal medesimo Presidente), in una pronuncia successiva, fa ritenere che diverso sarebbe potuto – forse – essere l'esito del giudizio se il danno del nato fosse stato prospettato come conseguenza della violazione del consenso informato dei genitori, alla quale ha avuto seguito la nascita in un ambiente non preparato.

La suddetta, recente decisione della Cassazione³⁰, in tema di nascita indesiderata e danno da omessa informazione medica, conferma una costante giurisprudenza di legittimità secondo la quale «la consulenza diagnostica è presupposto causale di una serie di conseguenze non circoscritte alla dimensione terapeutica in senso stretto, in considerazione del fatto che la richiesta di una diagnosi prenatale riveste caratteri plurifunzionali». Ciò in quanto la conoscenza delle condizioni di salute del feto si pone come antecedente causale di una serie di altre scelte di carattere familiare, esistenziale ed anche terapeutiche. L'omessa informazione dà quindi luogo non sempre e non solo alla lesione del diritto alla salute, ma a un danno non patrimoniale, quale quello conseguente all'impossibilità di prepararsi alla nascita di una figlia affetta da gravi patologie. Precisa tuttavia la Cassazione che il danno lamentato non solo deve essere causalmente collegato all'omessa informazione, ma deve altresì varcare la soglia della serietà/gravità dell'offesa, secondo i canoni delineati dalle note sentenze di San Martino³¹.

A conclusione di questo commento, pare quindi opportuno un rilievo: ben si comprende la decisione della Cassazione di non riconoscere il risarcimento ad una madre che non avrebbe potuto avvalersi della facoltà di interruzione della gravidanza, a fronte della nascita di una bambina affetta da malformazioni qualificate, in fatto, non rilevanti. Tuttavia, così come in Sezioni Unite 2015/25767³², anche in questa decisione non vi è cenno alla possibilità che il figlio lamenti non già di essere nato, bensì la bassa qualità della propria vita.

Seppur nel solco del mancato accoglimento della domanda, un *obiter*, una *parola* in merito al pregiudizio subito da M.M. per essere nata in una famiglia non preparata ad accoglierla, avrebbe costituito un richiamo ai “precedenti” di questa Corte e il consolidamento di questo virtuoso cammino giurisprudenziale.

Del resto, le parole costruiscono la realtà. John Austin concorderebbe³³.

³⁰ Cass., 16 marzo 2021, n. 7385 La decisione si pronuncia in merito al danno subito dai genitori di una bambina nata con grave patologia cromosomica accompagnata da deficit immunologico, non diagnosticata dal nosocomio.

³¹ Si tratta delle note, importanti pronunce della Corte di Cassazione, III sezione, 11/11/2019, dal n. 28985 al n. 28994. La Corte fa tuttavia riferimento anche alle precedenti, omonime sentenze Cass., sez. un., 11 novembre 2008 da n. 26972 a n. 26975.

³² M. GORGONI, *op. cit.*, 177.

³³ J. AUSTIN, *op. cit.*