

LA CASSAZIONE E LA NASCITA INDESIDERATA
(PROFILI COSTITUZIONALI DI CASS. CIV., 2 OTTOBRE 2012, N. 1675)*

Stefano Rossi**
(30 novembre 2012)

SOMMARIO: 1.- Introduzione. 2.- La nascita indesiderata quale paradigma complesso. 3.- La nascita indesiderata e la legge 194/1978. 4.- Il nascituro quale oggetto di tutela. 5.- Il ruolo della giurisprudenza normativa.

1. Introduzione.

Il tema delle nuove frontiere della vita induce a riflettere sul “miserabile ruolo del diritto” che, nei limiti degli spazi concessi alla giurisprudenza quanto di quelli di esclusiva pertinenza del legislatore, affronta, con i soli strumenti suoi propri e, perciò solo, spesso inadeguati, l’inedita dimensione della responsabilità sanitaria, della medicalizzazione della vita, quali aspetti – tra i più problematici – che emergono quando ci si incammina in quella terra di nessuno tra *bios* e *zoé*.

Tali difficoltà di inquadramento, di analisi e di individuazione degli strumenti concettuali si sono moltiplicate con l’avanzare dei progressi della scienza e della tecnica che hanno invaso la sfera dei rapporti più intimi della persona umana, rendendo complesso disciplinare giuridicamente un fenomeno dalle fortissime implicazioni morali ed etiche quale quello di cui parliamo.

Si tratta di un campo di indagine strettamente connesso con la responsabilità medica che, nel corso degli ultimi decenni, ha anch’essa subito una profonda evoluzione, determinando una sorta di spersonalizzazione dell’attività sanitaria, accompagnata da una crescente specializzazione del tradizionale trattamento terapeutico, cui – da un lato – si sono affiancate, con autonomo rilievo, attività collaterali (diagnostiche, informative, assistenziali e alberghiere) e – dall’altro – ne è risultata arricchita la tipologia di prestazioni, dalla chirurgia estetica sino agli interventi di modificazione della struttura anatomica come la sterilizzazione o la variazione dei caratteri sessuali esterni¹.

Il notevole ampliamento della responsabilità medica è stato favorito anche dal fenomeno dell’affermazione della libertà di scelta e di autodeterminazione delle persone nel campo della sessualità e della procreazione, che ha comportato la possibilità di configurare ipotesi di illecito in relazione a condotte fino a pochi anni fa del tutto irrilevanti sotto il profilo risarcitorio².

In questo ambito, quindi, la responsabilità da nascita indesiderata rappresenta la punta dell’ *iceberg* di un processo che ha determinato una dilatazione dell’area del danno risarcibile³, anche attraverso una lettura costituzionalmente orientata delle fattispecie iscritte nel codice, tessendo attorno alla persona umana una fitta trama di tutele volte a valorizzarne la dimensione esistenziale.

2. La nascita indesiderata quale paradigma complesso.

* Scritto sottoposto a *referee*.

¹ M. PARADISO, *La responsabilità medica dal torto al contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, 3, 325; G. FERRANDO, *Libertà, responsabilità e procreazione*, Cedam, Padova, 1999, 278; A. CORDIANO, *Identità della persona e disposizioni del corpo (La tutela della salute nelle nuove scienze)*, Aracne, Roma, 2011.

² G. BALDINI, *Il danno da procreazione: evoluzione dei profili di responsabilità alla luce delle nuove tecniche di riproduzione artificiale*, in *Riv. dir. civ.*, 1995, II, 490 ss.

³ F.D. BUSNELLI, *La parabola della responsabilità civile*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1988, 634; F. GALGANO, *Le mobili frontiere del danno ingiusto*, in *Contr. Imp.*, 1983, 1 ss.

La nascita indesiderata costituisce un interessante «avamposto» da cui osservare la frontiera mobile della responsabilità civile, il cui progressivo avanzare, inglobando nuove province⁴, ha accompagnato il processo di affermazione di una serie di diritti⁵.

Sembra apparentemente banale la considerazione per cui di bambini non voluti (e quindi di nascite indesiderate o non programmate) ve ne sono sempre stati, ma, negli ultimi trent'anni, la prospettiva è radicalmente mutata nella misura in cui la procreazione ha perduto la sua connotazione naturalistica, venendo a declinarsi in funzione dei progressi scientifici che ormai consentono ai medici di intervenire nel processo riproduttivo in modi e con tecniche un tempo impensabili⁶.

Le possibilità offerte dalla scienza hanno quindi ricondotto nel dominio della volontà decisioni che prima non vi appartenevano, collegando le conseguenze di quella scelta ad un atto umano e dunque ad una responsabilità individuale⁷.

Questa nuova condizione ha peraltro dato centralità al tema dell'informazione e del cd. consenso informato⁸, quale processo di condivisione degli elementi di certezza e incertezza legati ad una determinata proposta diagnostica o terapeutica, che, a sua volta, si inquadra nel più generale dibattito relativo alla mutata posizione, nell'ambito del rapporto con il medico, assunta dal paziente: quest'ultimo «non [è] più mero spettatore o destinatario passivo di ogni attività di tipo sanitario, ma [emerge quale] fruitore edotto del servizio, nonché partecipe attivo di ogni processo decisionale riguardante la propria persona e salute nell'ambito di un processo circolare che prende avvio con l'informazione, diretta dal medico al paziente, e si conclude con la scelta di quest'ultimo condivisa con il medico»⁹.

Peraltro, quello dell'informazione e del connesso consenso all'atto medico, anche agli occhi del costituzionalista¹⁰, è solo uno dei molteplici profili problematici che si intersecano nel trattare il tema della «nascita indesiderata», in quanto la complessità ne è – di per sé – tratto costituente se solo di considera che la stessa espressione volta a inquadrare il fenomeno è, per un verso, eccessivamente semplificatrice, e per un altro, idonea ad indicare una pluralità di situazioni tra loro eterogenee e distinte per caratteri e contenuti ad esse correlati¹¹.

⁴ G. ALPA, *La responsabilità civile. Parte generale*, in *Trattato di diritto civile*, IV, Giuffrè, Milano, 2010, 3 ss.

⁵ In tal senso M. MAGRASSI, *Effettività e inviolabilità dei diritti tra garanzie costituzionali e diritto vivente*, in *Polemos*, 2009, 1, 12 per cui «È indubbio che i giudici ordinari sono venuti a svolgere, con riferimento precipuo alla tutela dei diritti fondamentali, funzioni che paiono meritevoli di essere ricomprese – se non propriamente quantomeno in termini di equivalente funzionale – nel concetto di garanzia costituzionale. Ed il riferimento, tra tutte, è al rimedio del risarcimento del danno per lesione dei diritti inviolabili da parte dei poteri pubblici, dove è in risalto quella dialettica tra autorità e libertà che costituisce, come detto, *ratio* costituente e fondante ogni discorso sulla garanzia costituzionale». Sul profilo della giurisprudenza in tema di danno non patrimoniale E. LAMARQUE, *L'attuazione giudiziaria dei diritti costituzionali*, in *Quad. cost.*, 2008, 2, 269 ss.; G. GUAZZAROTTI, *Diritti inviolabili e creatività giurisprudenziale: una risposta a Elisabetta Lamarque*, *ibidem*, 2009, 2, 303 ss.

⁶ S. CHIESSI, *Diagnosi prenatale e risarcimento del danno a favore del bambino nato handicappato*, in *Famiglia*, 2003, I, 167.

⁷ G. FERRANDO, *Libertà, responsabilità e procreazione*, *cit.*, 285 ss.

⁸ S. ROSSI, *Consenso informato (II)*, in *Digesto priv., sez. civ.*, VII, Utet, Torino, 2012, 177 ss.

⁹ C. CASONATO, *Il malato preso sul serio: consenso e rifiuto delle cure in una recente sentenza della Corte di cassazione*, in *Quad. cost.*, 2008, 3, 546.

¹⁰ G. GRASSO, *Consenso informato, libertà di scelta e disponibilità del proprio corpo*, in G. COCCO (a cura di), *Lo statuto giuridico delle informazioni*, Giuffrè, Milano, 2012, 19 ss.; E. ROSSI, *Profili giuridici del consenso informato: i fondamenti costituzionali e gli ambiti di applicazione*, in A. D'ALOIA (a cura di), *Il diritto alla fine della vita. Principi, decisioni, casi*, Esi, Napoli, 2012, 77 ss..

¹¹ In tal senso, in funzione del soggetto leso e che agisce, della condizione psico-fisica della madre e del nascituro, della situazione soggettiva tutelata, del tipo di azione esercitata e della correlativa pretesa risarcitoria azionata, tale figura, una volta inserita all'interno del caleidoscopio della responsabilità civile, ha dato vita ad una serie di fattispecie, simmetriche che, in via di mera approssimazione, sulla base del progressivo avvicinamento al momento della nascita, è stato possibile distinguere in: a) nascita occasionata da un fallito intervento di interruzione volontaria della gravidanza;

Alla complessità dei casi in cui si manifesta il danno nel 'venire alla vita' si accompagna l'assoluta drammaticità ed evidenza dello stesso che, in nessuna altra specializzazione dell'arte medica, come in ostetricia e ginecologia, è così evidente, nella misura in cui l'imperizia o negligenza si «materializzano» nella nascita di un bambino che non vi sarebbe dovuto essere ovvero di uno affetto da patologie o *handicap* che, invece, avrebbe dovuto nascere sano¹².

3. La nascita indesiderata e la legge 194/1978.

Il substrato normativo che disciplina quella fase in cui alla donna è attribuito il diritto di decidere in ordine alla propria sfera procreativa è offerto dalla legge 22 maggio 1978, n. 194, relativa all'interruzione volontaria della gravidanza, e segnatamente dagli artt. 1, 4 e 6¹³.

È evidente che se non vi fosse tale libertà di scelta, pur limitata e regolamentata, non si potrebbero configurare nemmeno le ipotesi di nascita indesiderata.

La legge n. 194/1978 si caratterizza, con chiarezza, come un provvedimento che tutela la vita umana fin dal suo inizio¹⁴ consentendone il sacrificio a tutela della salute della donna, alla quale è affidata la scelta se sopportare i rischi connessi alla gestazione, o, al contrario, interrompere la gravidanza per potersi sottrarre a quegli stessi rischi. Sicché l'autodeterminazione della stessa risulta garantita non solo come valore in sé protetto, ma anche come principio di assunzione di responsabilità in ordine alla soluzione del conflitto tra vita del feto e salute della madre.

Proprio tale tratto finalistico fa sì che la legge in esame neghi in principio la possibilità che il ricorso all'interruzione di gravidanza divenga strumento di sola programmazione familiare, nella misura in cui si esclude espressamente che l'aborto possa palesarsi come mezzo di controllo delle nascite o come strumento di una politica eugenetica¹⁵.

Entro le predette direttive si sviluppa la disciplina legislativa che, ai sensi dell'art. 4 l. n. 194/1978, prevede, nei primi 90 gg. della gestazione, la possibilità per la donna di abortire allorché sussistano circostanze in relazione alle quali la prosecuzione della gravidanza, il parto o la maternità comportino «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».

b) nascita determinata da un fallito intervento di sterilizzazione o da un'impropria somministrazione di un contraccettivo; c) nascita occasionata da possibili errori in sede di procreazione medica assistita o di manipolazione genetica; d) nascita di un bambino affetto da patologia trasmessa dai genitori all'atto del concepimento; e) nascita conseguente alla perdita della possibilità di scelta tra interruzione o prosecuzione della gravidanza, a causa di imperizia medica consistita nella mancata rilevazione di una malformazione o di una malattia genetica; f) perdita del feto imputabile a terzi che ne hanno determinato il decesso ovvero hanno reso necessario il ricorso ad un intervento di interruzione della gravidanza; g) lesioni cagionate al nascituro durante la vita endouterina o in occasione del parto (Cfr. A. DIURNI, *La nascita indesiderata*, in P. CENDON (a cura di), *Trattato breve dei Nuovi Danni*, Cedam, Padova, 2011, 261 ss.; A. D'ANGELO (a cura di), *Un bambino non voluto è un danno risarcibile?*, Giuffrè, Milano, 1999).

¹² P. BENCIOLINI, A. APRILE, *L'interruzione volontaria della gravidanza: compiti, problemi, responsabilità*, Liviana, Padova, 1990; R. SIMONE, *Danno alla persona per nascita indesiderata*, in *Danno e resp.*, 2002, 469 ss.

¹³ P. ZATTI, U.G. NANNINI, *Gravidanza (interruzione della) nel diritto civile*, in *Dig. priv., sez. civ.*, IV, Utet, Torino, 1993, 263 ss.; B. PEZZINI, *Inizio e interruzione della gravidanza*, in S. CANESTRARI, G. FERRANDO, C.M. MAZZONI, S. RODOTÀ, P. ZATTI (a cura di), *Il governo del corpo*, II, *Trattato di Biodiritto*, diretto da S. Rodotà, P. Zatti, Giuffrè, Milano, 2011, 1660 ss.

¹⁴ Con accenti pur diversi sul punto si richiamano G. CIAN, *Osservazioni a commento della legge 22 maggio 1978, n. 194*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1978, 907 ss.; M. BIANCA, in *Commentario alla legge 22 maggio 1978, n. 194*, *ibidem*, 1978, sub art. 1, sez. I, 1593 ss.; G. OPPO, *L'inizio della vita umana*, in *Riv. dir. civ.*, 1982, I, 499 ss.; F.D. BUSNELLI, *Il diritto e le nuove frontiere della vita umana*, in *Scritti in onore di Falzea*, I, *Teoria generale e filosofia del diritto*, Giuffrè, Milano, 1991, 75 ss.

¹⁵ C.A. DEFANTI, *Eugenetica: un tabù temporaneo. Storia di un'idea controversa*, Codice Edizioni, Torino, 2012.

Non si può negare che l'ampiezza dei criteri dettati e dunque l'elasticità della valutazione abbiano posto una serie di dubbi interpretativi¹⁶, che, tuttavia, non privano di rigore il complesso della disciplina, la quale rinviene nella clausola generale del «serio pericolo» l'architrave per strutturare il giudizio di bilanciamento tra il diritto della donna e l'interesse del nascituro, senza lasciare che la tutela dell'autonomia possa trascendere in una forma di «diritto egoista» che non richiede la sussistenza di una giusta causa¹⁷ per essere esercitato.

In tali termini, la legge, nel ricondurre la scelta esclusivamente alla coscienza e responsabilità della donna¹⁸, ha valutato necessario dare prevalenza alla tutela della salute, intesa come 'vissuto' o come espressione dell'«equilibrio esistenziale» della persona umana¹⁹, su cui verrebbe ad incidere negativamente una maternità non voluta, considerati anche i gravi disagi per il relativo costo patrimoniale e morale derivante da tale situazione.

L'interruzione della gravidanza sarebbe peraltro possibile oltre il prescritto termine, ma, secondo gli artt. 6, lett. a) e 7, 3° co., l. n. 194/1978, solo nel caso in cui ricorra un grave pericolo per la vita della donna. In tale ultima ipotesi l'aborto potrebbe essere praticato nonostante sussista la possibilità di vita autonoma per il feto, ed il medico in tale circostanza ha il dovere di fare tutto il possibile per salvaguardarla. Diversamente, nell'ipotesi prevista dalla lett. b) dell'art. 6, ovvero «quando siano accertati processi patologici, tra cui quelli relativi a rilevanti anomalie o malformazioni del nascituro, che determinino un grave pericolo per la salute fisica o psichica della donna», l'interruzione della gravidanza è subordinata esclusivamente all'impossibilità di una vita autonoma per il feto.

Dietro tali precisazioni vi è, evidentemente, l'intento di operare una sorta di bilanciamento tra la posizione della donna e quella del nascituro: così, da un lato, si afferma la legittimità – seppur contenuta entro certi limiti – della scelta della donna di abortire e, dall'altro, si riconosce la necessità di accordare un'adeguata protezione giuridica al soggetto *in fieri*.

La giurisprudenza civilistica, riguardante casi di nascita indesiderata, si è posta il problema delle forme di interazione tra il diritto all'aborto nei termini appena descritti e le conseguenze della mancata diagnosi delle malformazioni fetali, sviluppando, sotto diversi aspetti, interpretazioni contrapposte, che pongono in evidenza l'estrema difficoltà di far coesistere all'interno del medesimo quadro normativo l'affermazione della scelta abortiva ed il riconoscimento della soggettività giuridica del nascituro.

In primo luogo, quanto al profilo del legame tra diritto all'autodeterminazione e quello alla salute, un orientamento ormai superato²⁰ considerava essenziale, anche ai fini risarcitori, l'accertamento della sussistenza di un rischio di lesione alla salute della donna, vista quale *ratio* esclusiva della legge n. 194/1978, senza considerare che quest'ultima «valorizza l'autonomia, la libertà della donna, come criterio di scelta tra due possibilità

¹⁶ Tanto da spingere alcuni critici della legge 194/1978 a sostenere la tesi della incondizionata legittimità della scelta abortiva nei primi novanta giorni, ritenendo il requisito del serio pericolo per la salute della gestante non certo condizionante. In tal senso G. DALLA TORRE, *Riflessioni sulla sentenza costituzionale n. 27/1975 in tema di aborto*, in *Dir. fam.*, 1975, 594 ss.; C. CARDIA, *Aborto e diritti sociali di libertà*, in *Dem. dir.*, 1975, 449 ss.; ID., *La disciplina dell'interruzione della gravidanza*, *ibidem*, 1978, 443 ss.; A. LOIODICE, *Il protagonista della vita (l'embrione) nell'incertezza delle discipline giuridiche: profili costituzionali*, in A. TARANTINO (a cura di), *Culture giuridiche e diritti del nascituro*, Giuffrè, Milano, 1997, 124 ss.

¹⁷ P. ZATTI, U.G. NANNINI, *Gravidanza (interruzione della) nel diritto civile*, cit., 264.

¹⁸ In tal senso «il non riconoscimento di una piena responsabilità femminile in ordine alla riproduzione tiene le donne in una situazione di minorazione di possibilità e scelte rispetto alla situazione maschile. In questo senso, la cittadinanza femminile è incompleta, sottoposta a limiti che si vogliono legittimati con ragioni di volta in volta biologiche, etiche, psicologiche e sociali. Le donne, in ragione del loro potenziale di fertilità, conoscono una sorveglianza e un disciplinamento aggiuntivi, che le tiene in una condizione di soggetti a metà, come se, appunto, del loro senso di responsabilità non ci si potesse fidare, come se fosse troppo rischioso affidare a questa metà dell'umanità il modo come l'umanità stessa si riproduce» (T. PITCH, *Perché si discute di diritto e diritti*, in www.sociologiadip.unimib.it).

¹⁹ U.G. NANNINI, *Il consenso al trattamento medico*, Giuffrè, Milano, 1989, 13 ss.

²⁰ Cass. civ., sez. III, 8 luglio 1994, n. 6464, in *Giur. it.*, 1995, I, 1, 790.

ugualmente dolorose: interrompere la gravidanza o andare incontro ai rischi che questa comporta per la salute psichica o fisica»²¹.

I successivi arresti della giurisprudenza di legittimità²² hanno poi chiarito come sia «difficile non ravvisare nel ‘diritto alla procreazione responsabile’, riconosciuto in esordio della legge sull’i.v.g., un diritto fondamentale della persona che direttamente si radica nell’art. 2 della Carta Costituzionale, espressione puntuale e specifica della libertà di autodeterminarsi in ordine ad atti che coinvolgono il corpo, la salute, le opzioni di vita (...); ‘diritto alla procreazione responsabile’ significa anche diritto a procreare senza il deterrente di quelle situazioni – menzionate nell’art. 4 della legge n. 194/1978 – che possono risolversi in un potenziale pregiudizio per la salute della gestante: vi è, in questa nozione di *procreazione responsabile*, un connotato insieme di responsabilità e di libertà, che non è un mero ‘doppione’ della tutela dell’integrità psicofisica ma che mette al centro dell’attenzione le determinazioni consapevoli della gestante sulle sorti della gravidanza. [In tal senso] la legge n.194 del 1978 ha raggiunto il difficile punto di equilibrio tra diritto del nascituro e diritti della gestante realizzando una tutela avanzata della madre, per cui non si richiede una concreta ed attuale patologia di quest’ultima per legittimare l’i.v.g., ma solo il rischio del suo verificarsi: a tali condizioni, la volontà della donna di non proseguire nella gravidanza va recepita e resa effettiva»²³.

Connesso a tale profilo vi è quello probatorio, riguardo al quale, un primo orientamento, nel considerare *in re ipsa* la prova della sussistenza del serio pericolo²⁴, si è affidato al principio dell’*id quod plerumque accidit* per sostenere come rientrasse nella natura delle cose la scelta della donna di abortire a fronte dell’accertamento di una patologia prenatale del feto. In senso contrario, si è tuttavia espressa la giurisprudenza maggioritaria che ha altresì ritenuto necessario, specie nell’ipotesi di cui all’art. 6 della legge, onerare la donna della prova del fatto che, se tempestivamente informata, avrebbe «*effettivamente*» esercitato il diritto all’interruzione volontaria di gravidanza²⁵.

²¹ G. FERRANDO, *Nascita indesiderata e danno risarcibile*, in A. D’ANGELO (a cura di), *Un bambino non voluto è un danno risarcibile*, cit., 217; C. SIANO, *La tutela giuridica dei soggetti coinvolti nella procreazione*, Salerno, 2008, 41 ss.; in senso critico C. FAVILLI, *Il danno non patrimoniale da cd. nascita indesiderata*, in E. NAVARRETTA (a cura di), *Il danno non patrimoniale. Principi, regole e tabelle per la liquidazione*, Giuffrè, Milano, 2010, 510 ritiene che l’attribuzione alla donna di un diritto all’autodeterminazione procreativa venga a forzare i confini propri della legge n. 194/1978.

²² Cass. civ., sez. III, 1 dicembre 1998, n. 12195, in *Giur. civ.*, 1999, I, 672; Cass. civ., sez. III, 10 maggio 2002, n. 6735, in *Danno e Resp.*, 2002, 1148; Cass. civ., sez. III, 29 luglio 2004, n. 14488, in *Danno e Resp.*, 2005, 934.

²³ Trib. Genova, 28 settembre 2002, in *Giur. it.*, 2003, 3, 1825.

²⁴ Così per primo Trib. Bergamo, sez. civ., 2 novembre 1995, in *Danno e Resp.*, 1996, 249 per cui «è vano discutere *ex post* se sussistesse o non sussistesse il grave pericolo alla salute psico-fisica dell’attrice e se dunque vi fossero o no le condizioni legittimanti il ricorso all’aborto terapeutico», poiché la fattispecie del danno ingiusto si sarebbe già completata nel momento in cui l’attrice non fu posta «nelle condizioni di avvalersi di un diritto in astratto». La violazione dell’obbligo di informazione avrebbe infatti impedito in radice alla gestante di consultarsi con il marito, e quindi di procedere ad ulteriori accertamenti, in esito ai quali la stessa avrebbe potuto responsabilmente esercitare la scelta di abortire.

²⁵ Cass. civ., sez. III, 1° dicembre 1998, n. 12195, in *Giur. it.*, 1999, 238 la quale ha osservato preliminarmente che, mentre nell’ipotesi presa in considerazione dall’art. 4 l. n. 194/1978 il concetto di salute della gestante viene inteso in senso lato come «benessere psichico» e dunque non sono richiesti particolari approfondimenti *ex ante*, l’art. 6 farebbe invece riferimento «ad un concetto di salute ristretto, espresso in termini negativi, come assenza di malattia»: «nell’art. 6 (...) l’interruzione di gravidanza è possibile solo in presenza di un processo patologico della gestante che mette in grave pericolo la sua salute, anche se detto processo patologico è relativo (cioè conseguenziale) alle anomalie o alle malformazioni del nascituro (...) In altri termini, mentre nell’ipotesi di cui all’art. 4 la malformazione del nascituro agisce esclusivamente come previsione di pericolo per la salute fisica o psichica della gestante, nell’ipotesi di cui all’art. 6 dette malformazioni in tanto sono rilevanti in quanto si innestano su un processo patologico (anche di natura psichica) della gestante, mettendo in grave pericolo la sua salute predetta, anche se detto processo patologico può essere determinato esclusivamente dalla malformazione del nascituro». In conclusione, per la Suprema Corte, nella fattispecie prevista dall’art. 6 «occorre che già la gestante presenti una patologia (fisica o psichica, anche se quest’ultima possa essere stata determinata dalla stessa notizia della malformazione del nascituro), che per effetto del proseguo della gravidanza o per la nascita integri un grave pericolo per la sua salute»: «detta patologia (...) deve essere diagnosticata già al momento in cui viene determinata l’interruzione di gravidanza, anche se poi la gravità del pericolo per la salute

Peraltro, in casi simili, non è in discussione l'impiego dell'interruzione volontaria della gravidanza per pianificare la propria genitorialità, ma quell'aspetto rappresentato dal diritto alla procreazione cosciente e responsabile ed all'autodeterminazione, che induce il singolo o la coppia a scegliere di procreare avendo la certezza di non dare alla luce un bambino gravemente ammalato. Conseguentemente richiedere una prova stringente delle proprie convinzioni o intenzioni sembra porre a carico della madre una sorta di *probatio diabolica*.

Sicché si comprende il motivo per cui nella sentenza in commento (Cass. civ., sez. III, 2 ottobre 2012, n. 16754, in *www.personaedanno.it*), pur negandosi la legittimità del ricorso ad un criterio improntato ad un ipotetico *id quod plerumque accidit*, si sia riconosciuto il valore di presunzione valutabile ex art. 116 c.p.c. dell'inferenza logica di un'intenzione (l'interruzione di gravidanza) desumibile da una condotta significativa (la semplice richiesta di accertamento diagnostico di eventuali patologie), tenuto conto anche di altri elementi atti a 'colorare' processualmente tale prova (come la gravità della malformazione non diagnosticata o le convinzioni personali della gestante).

4. Il nascituro quale oggetto di tutela.

La *ratio* della sentenza della Cassazione dell'ottobre 2012 può essere icasticamente riassunta nel processo di oggettivazione del nascituro, che da soggetto di diritto viene qualificato come oggetto di tutela.

È bene, in premessa, inquadrare i fatti di causa.

Le circostanze sono sfortunatamente simili in tutti i casi di «*wrongful birth*»: nella specie, la futura madre si era rivolta ad un ginecologo per effettuare tutti gli accertamenti necessari ad escludere malformazioni del feto. La donna aveva rappresentato allo specialista che la nascita di un bimbo sano fosse, per lei, condizione imprescindibile per la prosecuzione della gravidanza.

Il medico le aveva proposto e fatto eseguire il solo "Tritest", omettendo di prescrivere accertamenti più specifici al fine di escludere alterazioni cromosomiche del feto. A causa di questa sua negligenza, nel settembre del 1996, era nata la piccola Marta, affetta da sindrome di Down.

I genitori, in proprio e nella qualità di esercenti potestà sulle figlie minori (Marta e la sorella), hanno quindi convenuto in giudizio dinanzi al Tribunale di Treviso il ginecologo e l'Azienda sanitaria di appartenenza, chiedendo il risarcimento del danno conseguente all'inadempimento contrattuale del sanitario.

Sia il Tribunale che la Corte d'appello hanno respinto le pretese dei genitori, ritenendo l'insussistenza della legittimazione attiva in capo alla minore.

Andiamo per punti:

a) sul ritenuto difetto di legittimazione attiva della minore, nata con la sindrome di Down, i giudici di merito, facendo propri alcuni passi della motivazione della sentenza della Cassazione n. 14888/2004, hanno confermato il principio di diritto a mente del quale verificatasi la nascita, non può dal minore essere fatto valere, come proprio danno da inadempimento contrattuale, l'essere egli affetto da malformazioni congenite per non essere stata messa la madre, per difetto di informazione, in condizione di tutelare il di lei diritto alla salute facendo ricorso all'aborto;

b) sulla pretesa risarcitoria dei familiari, fondata sul preteso inadempimento contrattuale del sanitario, i giudici hanno ritenuto quest'ultimo del tutto esente da colpa, in quanto la sola indicazione del c.d. "Tritest", quale indagine diagnostica funzionale all'accertamento di eventuali anomalie fetali, doveva ritenersi del tutto giustificata, alla luce dell'età della gestante (al tempo dei fatti soltanto ventottenne) e dell'assenza di familiarità con malformazioni cromosomiche, onde l'esecuzione di un test più invasivo come

costituisce una prognosi».

l'amniocentesi (che la partoriente conosceva "per sentito dire") avrebbe potuto essere considerata soltanto a seguito di esplicita richiesta della paziente, all'esito di un approfondito colloquio con il medico sui limiti e vantaggi dei test diagnostici.

La Suprema Corte di cassazione ha annullato con rinvio la sentenza della Corte d'appello, rilevando una serie di errori nell'interpretazione e applicazione delle disposizioni rilevanti. Tuttavia, nel contesto della presente analisi, ci si concentrerà esclusivamente sugli aspetti non strettamente inerenti al contesto civilistico della materia trattata²⁶.

Di particolare interesse è il percorso che ha portato il giudice di legittimità a operare un *revirement* riguardo lo statuto e la tutela del nascituro, attraverso una decostruzione critica dei precedenti.

La Corte detta una premessa metodologica a cui da seguito, laddove si propone di indagare sulla qualità da attribuire al concepito nella sua dimensione rigorosamente giuridica attraverso un'analisi scevra da facili quanto inevitabili suggestioni di tipo etico o filosofico²⁷ e da letture semplicistiche della dottrina romanistica²⁸, con il fine di predicarne la natura di soggetto di diritto²⁹ ovvero, del tutto specularmente, di oggetto di tutela sino al momento della nascita.

In questa prospettiva la Corte affronta il *dictum* contenuto nella sentenza n. 14488/2004³⁰, che, nel decidere sulla domanda di risarcimento del danno avanzata, anche a nome della figlia, da parte di due coniugi affetti da beta talassemia, ha sancito l'irrisarcibilità del danno da nascita malata lamentato in proprio dal neonato, riconoscendo la speculare limitazione di tale diritto esclusivamente in capo alla madre e al padre.

In tale sentenza, dopo aver ricostruito il quadro normativo che tutela la libertà procreativa e la maternità nel nostro ordinamento, si riafferma la configurabilità di «un "diritto a nascere sani", [specificando però che] detta locuzione va intesa nella sua portata positiva e non negativa. Il "diritto a nascere sani" significa solo che, sotto il profilo privatistico della responsabilità contrattuale, extracontrattuale, e da 'contatto sociale' (cfr. Cass. n. 589/1999), nessuno può procurare al nascituro lesioni o malattie (con comportamento

²⁶ La sentenza in commento solleva forti dubbi sul profilo della sussistenza del nesso causale, questione estremamente complessa per cui si rinvia a R. PUCCELLA, *La causalità incerta*, Giappichelli, Torino, 2007.

²⁷ Sul punto H. KUHSE, P. SINGER, *The Moral Status of the Embryo*, in *Test-Tube Babies: a Guide to Moral Questions, present techniques and future possibilities*, Oxford University Press, Oxford, 1982; J.T. NOLAN, *The Morality of Abortion: Legal and Historical Perspectives*, Harvard University Press, Cambridge, 1970.

²⁸ Così nella sentenza si rammenta che «la questione chiama l'interprete, fin dai tempi del diritto romano classico, ad una complessa indagine sulla natura giuridica, (e sulle sorti) dei diritti riconosciuti a colui *qui in utero est* (Dig., 1.5.7.). Essa oscilla, nella sua più intima sostanza, tra semplicistiche trasposizioni della abusata *fiction* romanistica che rimanda al *conceptus come soggetto pro iam nato (habetur) quotiens de eius commodis agatur* (aforisma storicamente confinato, peraltro, nell'orbita dell'acquisto di diritti patrimoniali condizionati all'evento nascita), e contrastate adesioni alla sua rappresentazione *sicut mulier portio vel viscerum* (espressiva della teoria c.d. *pro choice*, cara a tanta parte della giurisprudenza nordamericana in termini di diritto soggettivo assoluto della donna a decidere della sorte del concepimento e del concepito)» (pt. 6 motivazione). Sulle contraddizioni nelle fonti romanistiche riguardo lo statuto del nascituro si rinvia a P. FERRETTI, *In rerum natura esse / in rebus humanis nondum esse. L'identità del concepito nel pensiero giurisprudenziale classico*, Giuffrè, Milano, 2008, 10 ss.

²⁹ G. BALDINI, *Il nascituro e la soggettività giuridica*, in *Dir. fam.*, 2000, 1, 334 secondo cui «il concepito è individuo non ancora persona, ma già soggetto (potenziale) di diritto, centro autonomo (attuale) di interessi, titolare di tutti quei diritti patrimoniali e personali compatibili con la sua natura di organismo umano in formazione, pur se privo di una vita indipendente da quella della madre (anche se potenziale oggetto di autonoma tutela) fino al momento del parto. Si può anche precisare che il concepito è, nell'accezione di cui sopra, centro autonomo di interessi fin dall'inizio e cioè dal concepimento».

³⁰ Cass. civ., sez. III, 29 luglio 2004, n. 14488, in *Resp. civ. prev.*, 2004, 1348 con nota di M. GORGONI, *La nascita va accettata senza «beneficio di inventario»?;* in *Foro it.*, 2004, I, 3327, con nota di A. BITETTO, *Il diritto a "nascere sani";* in *Corr. giur.*, 2004, 1431, con nota di A. LISERRE, *Mancata interruzione della gravidanza e danno da procreazione;* in *Fam. dir.*, 2004, con nota di G. FACCI, *Wrongfull life: a chi spetta il risarcimento del danno?;* in *Danno resp.*, 2004, 379, con nota di C. FEOLA, *Essere o non essere: la Corte di cassazione e il danno prenatale;* in *Giust. civ.*, 2005, I, 121, con nota di E. GIACOBBE, *Wrongful life e problematiche connesse.* Per il punto di vista del costituzionalista si veda M. CAVINO, *Il diritto a non nascere tra giudici e legislatore: Italia e Francia a confronto*, in *www.dirittifondamentali.it*, 8.5.2012; A. D'ALOIA, P. TORRETTA, *La procreazione come diritto della persona*, in S. CANESTRARI, G. FERRANDO, C.M. MAZZONI, S. RODOTÀ, P. ZATTI (a cura di), *Il governo del corpo*, II, cit., 1364 ss.

omissivo o commissivo colposo o doloso), e, sotto il profilo – in senso lato – pubblicistico, che siano predisposti quegli istituti normativi o quelle strutture di tutela, di cura ed assistenza della maternità, idonei a garantire, nell'ambito delle umane possibilità, la nascita sana» (pt. 3 motivazione).

Peraltro, già in precedenti pronunce³¹ si era riconosciuta l'ammissibilità dell'azione esercitata dai genitori a nome del figlio, al fine di ottenere il risarcimento del danno a questi derivante dalla lesione del cd. "diritto a nascere sano" subito in fase prenatale: ciò è avvenuto, in un primo tempo, inquadrando nell'ambito della responsabilità extracontrattuale la lesione al diritto alla salute del concepito, ed, in una fase successiva, attraverso il richiamo alla teoria del 'contatto sociale'³².

Il bene giuridico, che esige immediata protezione, concerne quindi non solo in astratto la salute fisica, ma ha come referente la persona e in particolar modo la personalità del nascituro, che in virtù dell'art. 2 Cost. esige rispetto del suo *status* inteso come insieme di valori connessi al suo sviluppo e alla sua formazione.

Dunque, il diritto del nascituro a nascere sano viene riconosciuto in virtù degli artt. 2 e 32 Cost., con la precisazione però che «il concepito, poi nato, non potrà avvalersi del risarcimento del danno perchè la madre non è stata posta nella condizione di praticare l'aborto»³³.

Tale conclusione viene giustificata sulla base di una concatenazione logica di motivazioni tra cui: a) ipotizzare il diritto del concepito malato di non nascere significa configurare un diritto che, solo se violato, ha, peraltro in via postuma, un titolare, in quanto in caso di mancata violazione (ovvero se non si fa nascere il malformato per rispettare il suo diritto di non nascere), tale diritto rimarrebbe adespota; b) l'integrazione di un tale diritto si porrebbe poi in contrasto con la legge n. 194/1978³⁴, violandone la *ratio* e i limiti di bilanciamento, nella misura in cui se ne dovrebbe ritenere l'esistenza indipendentemente dal pericolo per la salute della madre derivante dalle malformazioni fetali, con l'effetto che la gestante, per non ledere questo presunto diritto di "non nascere se non sani" avrebbe l'obbligo di richiedere l'aborto, esponendosi altrimenti ad una responsabilità (almeno patrimoniale) nei confronti del nascituro, una volta nato; c) si porrebbe infine l'ulteriore problema, in assenza di normativa in tal senso, di stabilire quale sia il livello di *handicap*

³¹ Cass. civ., sez. III, 22 novembre 1993, n. 11503, in *Foro it.*, 1994, I, 2479 secondo cui «il soggetto che con la nascita acquista la capacità giuridica può agire per far valere la responsabilità contrattuale per inadempimento del contratto stipulato a garanzia e protezione di un suo specifico interesse, anche se le prestazioni debbono essere adempiute anteriormente alla sua nascita»; Cass. civ., sez. III, 21 giugno 2000, n. 11625, in *Giust. civ.*, 2001, I, 711.

³² La consacrazione giurisprudenziale della figura del 'contatto sociale', si è avuta in Cass. civ., sez. III, 22 gennaio 1999, n. 589, in *Giur. it.*, 2000, 740, con nota di F.G. PIZZETTI, *La responsabilità del medico dipendente come responsabilità contrattuale da contatto sociale*; in *Corriere giur.*, 1999, 441, con nota di A. DI MAJO, *L'obbligazione senza prestazione approda in Cassazione*. In generale C. CASTRONOVO, *Obblighi di protezione*, in *Enc. giur.*, XXI, Treccani, Roma, 1990, 1-7; si permetta anche S. ROSSI, *Contatto sociale (Fonte di obbligazione)*, in *Dig. priv.*, sez. civ., V, Utet, Torino, 2010, 346 ss.

³³ Sul punto, tra le altre, Cass. n. 14488/2004, *cit.*; Cass. civ., sez. III, 10 maggio 2002, n. 6735, in *Giust. civ.*, 2002, I, 1490; Cass. civ., sez. III, 14 luglio 2006, n. 16123, in *Giur. it.*, 2007, 1921 in cui si sottolinea che «la Corte si rende conto che la decisione adottata comporta un *vulnus* ai diritti delle due minori [i genitori agivano anche per conto della sorella, ancora minore, dell'ultima nata], ma ritiene che la soluzione positiva di casi come quello di specie non possa essere ricercata nella elaborazione giurisprudenziale ove manchi il supporto indispensabile di una normativa che la consenta». In dottrina G. FRANZONI, *Errore medico, diritto di non nascere, diritto di nascere sano*, in *Resp. civ.*, 2005, 486 ss.; A. M. PRINCIGALLI, *Nascere infermo o non nascere: quale tutela per il nuovo nato ?*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2001, 675 ss.

³⁴ In senso critico M. CAVINO, *Il diritto a non nascere tra giudici e legislatore: Italia e Francia a confronto*, *cit.*, 5 secondo cui «se il presupposto di partenza è dato dal fatto che la legge sulla interruzione volontaria di gravidanza legittima la donna, quando ne ricorrano i presupposti, a scegliere liberamente se dare o meno alla luce il proprio figlio, la conclusione non può che essere l'esatto contrario di quella cui addiviene la Cassazione. Se la donna è autorizzata dalla legge a scegliere, la sua scelta non può che essere qualificata come giusta, nel senso cioè di formalmente giusta, inidonea quindi a produrre un danno ingiusto e risarcibile».

tale da legittimare l'esercizio di quel diritto, e, poi, di individuare il soggetto legittimato ad esprimere una valutazione in merito³⁵.

Nella sentenza della Cassazione dell'ottobre 2012 viene portata un attacco diretto all'argomento cardine utilizzato per negare il risarcimento richiesto (anche) dalla figlia nata affetta da una patologia – costituito dalla conclamata inesistenza nel nostro ordinamento di un diritto a non nascere se non sano, in quanto “posizione non meritevole di tutela” –, sottolineandone il carattere elusivo rispetto ad un quesito esiziale, ovvero «se una persona nata con una malformazione che ne segna la vita, e di cui sicuramente non è responsabile, abbia o meno diritto a chiederne conto a qualcuno, considerato che il nostro ordinamento, per un verso, favorisce la procreazione, ma in quanto “cosciente e responsabile” ex art. 1 l. n. 194/1978, mentre, d'altro verso, tutela il diritto del concepito a nascere sano»³⁶.

Il secondo precedente con cui la Corte è costretta a confrontarsi dialetticamente è rappresentato dalla sentenza n. 10741/2009³⁷, che aveva ad oggetto la questione della risarcibilità del danno prodotto sul nascituro dalla somministrazione alla madre di un farmaco in prossimità dell'ovulazione. La condotta lesiva si era concretata nella omessa comunicazione da parte del medico alla futura madre dei rischi che la somministrazione del farmaco avrebbe potuto produrre, e che effettivamente aveva prodotto, sul feto.

La richiesta risarcitoria avanzata dai genitori per conto della figlia si situa, in questo caso, in termini più tradizionali nell'ambito dell'orientamento espansivo della giurisprudenza, volto a concedere tutela a fronte della lesione di diritti fondamentali. Così, nel riconoscere che «sia il contratto che la paziente pone in essere con la struttura sanitaria, sia il contratto della stessa con il singolo medico risultano produttivi di effetti (...) c.d. protettivi nei confronti del concepito», si è precisato altresì come la tutela del diritto alla salute di quest'ultimo non possa essere «limitato alle attività che si esplicano dopo la nascita od a questa condizionate, ma deve ritenersi esteso anche al dovere di assicurare le condizioni favorevoli per l'integrità del nascituro nel periodo che la precedono».

La vera innovazione, contenuta in tal sentenza, è però rappresentata dall'affermazione per cui «il nascituro o concepito risulta comunque dotato di autonoma soggettività giuridica (specifica, speciale, attenuata, provvisoria o parziale che dir si voglia) perché titolare, sul piano sostanziale, di alcuni interessi personali in via diretta, quali il diritto alla vita, il diritto alla salute o integrità psico-fisica, il diritto all'onore o alla reputazione, il diritto all'identità personale, rispetto ai quali l'avverarsi della *condicio iuris* della nascita ex art. 1, 2° co., c.c. (...) è condizione imprescindibile per la loro azionabilità in giudizio a fini risarcitori».

In sostanza non sarebbe possibile riconoscere all'individuo-concepito la titolarità di un interesse protetto senza attribuirgli la soggettività.

Tuttavia l'attribuzione della soggettività al nascituro ha come presupposto un'operazione di ingegneria giuridica volta, attraverso il richiamo a disposizioni costituzionali (artt. 2, 31 e

³⁵ In questo senso si segnala G. OPPO, *L'inizio della vita umana*, cit., 507, il quale sottolinea inoltre come «nell'alternativa tra il non nascere e il nascere malato, la seconda eventualità non può essere considerata dall'ordinamento come fatto lesivo».

³⁶ In tal senso «la questione non consiste nell'affermare o nel negare pretesi diritti di nascere (o di non nascere, o di non “nascere handicappato”) o di morire (o di non morire), né di valutare quanto valga il “non essere” rispetto all’ “essere” (handicappato), posto che il vivere una vita malformata è di per se una situazione esistenziale negativa, onde il danno ingiusto risarcibile – provocato da un'azione comunque colpevole altrui – consisterebbe nell'obiettività del vivere male indipendentemente dalle alternative a disposizione, espungendo dalla sfera del rilevante giuridico una concezione del danno come paragone con la vita sana perché questa vita sana non ci sarebbe stata: a seguito della nascita, si è sostenuto, “la questione non è più quella della sua venuta al mondo, ma soltanto quella del suo *handicap*”» (Cass. n. 16745/2012, cit.).

³⁷ Cass. civ., sez. III, 11 maggio 2009, n. 10741, in *Resp. civ. prev.*, 2009, 2074. In dottrina C. SIANO, *Medical Malpractice e tutela del nascituro*, in *Resp. civ.*, 2009, 10, 814 ss.; M. GORGONI, *Nascituro e responsabilità sanitaria*, in *Resp. civ. prev.*, 2009, 10, 2075 ss.; G. BALLARANI, *La Cassazione riconosce la soggettività giuridica del concepito: indagine sui precedenti dottrinali per una lettura 'integrata' dell'art. 1 c.c.*, in *Dir. fam.*, 2009, 3, 1180 ss.; in senso critico G. CRICENTI, *Breve critica della soggettività del concepito. I falsi 'diritti' del nascituro*, *ibidem*, 2010, 1, 465 ss.

32 Cost.³⁸), sovranazionali (art. 3 Dichiarazione Onu sui diritti dell'uomo e art. 2 Carta di Nizza) e ordinarie (art. 1, l. n. 194/1978; l. n. 405/1975; art. 1, l. n. 40/2004), a scindere la soggettività dalla capacità giuridica (che le persone fisiche acquistano con la nascita ex art. 1, 1° co., c.c.), e, a sua volta, il soggetto, quale titolare di interessi protetti, dalla persona. Si ritiene infatti che «attraverso tali norme non v[enga] ovviamente attribuita al concepito la personalità giuridica, ma [che] dalle stesse si evinc[a] chiaramente [l'intento del] legislatore di tutelare l'individuo sin dal suo concepimento, garantendo se non un vero e proprio diritto alla nascita, che sia fatto il possibile per favorire la nascita e la salute»³⁹.

Tale distinzione tra soggetto e persona si ritrova in autorevole dottrina⁴⁰, che, muovendo dalla premessa per cui «a monte del diritto positivo vi è un diritto della società, insito nella medesima come principio e regola della coesistenza», attribuisce al diritto positivo il compito del riconoscimento del soggetto e al diritto sociale quello della persona: così se il diritto positivo è in grado di creare soggetti che non si qualificano come persone, a sua volta il diritto sociale, nel riconoscere come persona l'uomo, può attribuire «rilievo anche a realtà diverse dall'uomo, realtà che il diritto positivo riconosce come soggetti, [senza tuttavia poter] considerare persona altro che l'uomo».

A conferma, rispetto alla posizione giuridica del nascituro, si è notato come l'evoluzione innescata dalla Carta costituzionale abbia portato alla teorizzazione della c.d. "personalità di diritto costituzionale", che assicura a ciascun essere umano la piena titolarità di tutti i diritti fondamentali riconosciuti in Costituzione⁴¹.

Sulla base di tali premesse, si sono attribuiti anche al nascituro alcuni interessi personali in via diretta, quali il diritto alla vita, il diritto alla salute o integrità psico-fisica, il diritto all'onore o alla reputazione, il diritto all'identità personale⁴², rispetto ai quali l'avverarsi della *conditio iuris* della nascita ex art. 1, 2° co., c.c. è presupposto imprescindibile per la loro azionabilità in giudizio a fini risarcitori⁴³.

In tal modo il giudice di legittimità ha inteso «liberare alcuni diritti dal passaggio forzoso attraverso [la maschera rappresentata dalla persona], accedendo all'idea che una sfera interna di diritti spetti all'individuo ed ai suoi sinonimi e che tra individuo e persona non vi sia necessaria identificazione. L' "attrattore" non sarà la maschera, ma la nuda individualità, non più mera premessa di fatto dell'*avatar* giuridico, ma protagonista del nucleo centrale dell'iscrizione di diritti ed obblighi. Il concetto giuridico di persona non è abbandonato, ma impiegato per costruire con quello di individuo, sfere di appartenenza concentriche e successive, cioè non contestuali e aventi presupposti diversi, nel senso propriamente di ulteriori: cittadinanza, legami familiari ed organizzativi od altro»⁴⁴.

La Cassazione, nella sentenza in commento, concentra la propria attenzione sulla principale contraddizione del *dictum* del 2009, laddove, da un lato, si attribuisce al

³⁸ Richiamando Corte cost., 18 febbraio 1975, n. 27, in *Foro it.*, 1975, I, 515 che individua negli artt. 2 e 31, 2° co., Cost., il «fondamento costituzionale della situazione giuridica del concepito».

³⁹ Cass. civ., n. 10741/2009, *cit.*

⁴⁰ Orientamento sviluppato da G. OPPO, *Scienza, diritto e vita umana*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, 19 ss.; ID., *Declino del soggetto e ascesa della persona*, *ibidem*, 830 ss.; ID., *Ancora su persona umana e diritto*, *ibidem*, 2007, I, 259 ss.

⁴¹ P. PERLINGIERI, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Esi, Napoli, 1972, 12.

⁴² Laddove invece «all'individuo concepito ha senso attribuire solamente diritti congruenti con il suo stato biologico, che esprimono interessi basilari, legati alla pura corporeità ovvero allo strutturarsi dei caratteri fisici, genetici e neurologici che sosterranno la formazione della personalità» (E. PALMERINI, *Il concepito e il danno non patrimoniale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, 12, 1274).

⁴³ In questa prospettiva, un Autore ha postulato la necessità della tutela, sia pure soltanto conservativa, della situazione soggettiva che ne deriva, per affermare la soggettività giuridica del concepito, ponendola in distinzione rispetto alla capacità giuridica piena, che esso acquisisce con la nascita, il che consente di intendere il senso del riconoscimento costituzionale in capo al concepito dei diritti fondamentali (P. PAPANTI PELLETIER, *Il problema della qualificazione soggettiva del concepito*, in G. RAZZANO (a cura di), *Procreazione assistita. Problemi e prospettive*, Atti del Convegno di studi svoltosi a Roma presso l'Accademia dei Lincei il 31 maggio 2005, Brindisi, 2005, 233 ss.).

⁴⁴ M. GORGONI, *Nascituro e responsabilità sanitaria*, in *Resp. civ. prev.*, 2009, 10, 2078 che richiama P. ZATTI, *Di là dal velo della persona fisica. Realtà del corpo e diritti "dell'uomo"*, in AA.Vv., *Liber amicorum per Francesco D. Busnelli*, II, Giuffrè, Milano, 2008, 168 ss.

concepito in fase prenatale la qualità di soggetto di diritto, ovvero di centro di imputazione di alcuni diritti della personalità e patrimoniali da far valere solo alla nascita, e dall'altro, gli si riserva un trattamento di non-persona⁴⁵, disconoscendone la legittimazione ad esercitare una pretesa risarcitoria volta a sanare la lesione dei beni più intimi e delicati connessi alla sua esistenza (in specie negando la propagazione, anche a carico del concepito, delle conseguenze dannose derivanti dal difetto di informazione verso la gestante)⁴⁶.

Tale orientamento che patrocina una proliferazione dei soggetti (connesso all'attribuzione agli stessi di diritti irrelati) esprime la tendenza – emergente nel dibattito pubblico – ad «un discorso 'etico' in cui scompaiono i soggetti concreti» (nel caso di specie la madre)⁴⁷. Una concezione del diritto soggettivo che prescinde da un esercizio volontario e consapevole facente capo ad un soggetto concreto porta infatti con sé dei rischi evidenti, in particolare che i diritti diventino soltanto strumenti per far prevalere l'una o l'altra concezione morale con il conseguente affermarsi di una tendenza allo svuotamento della cultura dei diritti.

Né la soggettivizzazione del nascituro può trovare legittimazione nel principio della centralità della persona, riconosciuto a livello costituzionale⁴⁸ e sovranazionale, ma inidoneo a fungere da 'semplice' clausola generale (come, in diritto civile, la correttezza, la buona fede, la funzione sociale della proprietà o la giusta causa del licenziamento), in quanto rappresenta un super-valore come emerge dalla lettera e dallo spirito della nostra Costituzione che «si ispira anzitutto all'idea-forza della centralità e del primato della persona umana, considerata come soggetto di diritti in certo senso anteriori a qualsiasi riconoscimento da parte dello Stato, e quindi non condizionati a finalità collettive di qualsiasi genere, anche se limitati e limitabili – ma non in qualsiasi direzione e misura – in vista di esigenze degli altri individui della comunità, e quindi in vista dell'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà»⁴⁹.

Peraltro il principio/valore della centralità della persona non comporta che esso debba concretarsi nel riconoscimento di un soggetto di diritto per ottenere adeguata tutela, trovando tale principio una miglior espressione nell'esigenza che la persona divenga *oggetto di protezione*. In tali termini, la persona è al centro dell'ordinamento non in quanto soggetto, ma, semmai, in quanto valore da proteggere⁵⁰.

⁴⁵ F. DI CIOMMO, *Giurisprudenza normativa e "diritto a non nascere se non sano". La Corte di Cassazione in vena di revirement?*, in *Danno e Resp.*, 2010, 2, 148.

⁴⁶ In questo senso la giurisprudenza di legittimità riconosce il risarcimento dei danni al nascituro soltanto per i casi in cui risulti provato che tra il comportamento del medico e il suo *handicap* psico-fisico intercorra un comprovato nesso di causalità, tale da giustificare una richiesta di risarcimento a suo nome. Si considera quindi il medico responsabile dell'*handicap* solo quando l'ha materialmente provocato non osservando la dovuta diligenza nelle manovre di parto o non adoperandosi affinché non si verificassero cause patologiche (come nell'ipotesi in commento di prescrizione di un farmaco nocivo alla salute del nascituro), diversamente, viene esclusa ogni 'imputazione' (in senso civilistico), quando questi, omettendo per negligenza o imperizia la corretta diagnosi della malformazione genetica, abbia impedito alla madre di esercitare il suo diritto ad una procreazione cosciente e responsabile (ad. es. optando per l'interruzione di gravidanza).

⁴⁷ T. PITCH, *Un diritto per due*, Il Saggiatore, Milano, 1998, 65.

⁴⁸ Muovendo dalla centralità della persona umana, intesa – secondo l'espressione di La Pira – quale "pietra d'angolo" dell'intero edificio costituzionale (G. LA PIRA, *Assemblea Costituente*, seduta dell'11 marzo 1947, in *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori della Assemblea Costituente*, Camera dei Deputati, Roma, 1971, I, 316), il principio personalista condiziona le dinamiche del potere pubblico, del potere privato e delle libertà individuali, rendendo le stesse, a seconda delle rispettive competenze e situazioni giuridiche, sempre più prossime alle complessive necessità del singolo, finalmente colto nella propria irripetibile concretezza e unicità.

⁴⁹ V. ONIDA, *Costituzione italiana*, in *Dig. pubbl.*, VI, 1989, Utet, Torino, 329-330.

⁵⁰ Nella medesima linea si pone quella dottrina che, ritenendo «privo di rilievo (...) il tentativo di disarticolare la soggettività dalla personalità» nega la necessità di qualificare l'embrione concepito in termini di soggetto, potendo l'ordinamento tutelare «determinati "beni" o "valori"» pur senza attribuirgli soggettività (N. LIPARI, *Legge sulla procreazione assistita e tecnica legislativa*, in G. RAZZANO (a cura di), *Procreazione assistita. Problemi e prospettive*, cit., 203; anche F. GALGANO, *Danno da procreazione e danno al feto, ovvero quando la montagna partorisce un topolino*, in *Contr. e impr.*, 2009, 538).

Sostiene il giudice di legittimità che pertanto «la protezione del nascituro non pass[a] necessariamente attraverso la sua istituzione a soggetto di diritto [essendo] tanto necessario quanto sufficiente, di converso, considerare il nascituro oggetto di tutela, [nella misura in cui] la qualità di soggetto di diritto (evidente astrazione rispetto all'essere vivente) è attribuzione normativa funzionale all'imputazione di situazioni giuridiche e non tecnica di tutela di entità protette»⁵¹.

La soggettività è difatti una costruzione sociale, che presuppone l'inserimento dell'individuo nella società; è tecnica di imputazione di situazioni giuridiche, che quindi implica l'agire relazionale dell'individuo in una società di individui, ossia nel contesto di una serie di rapporti giuridici. In quanto tale, quindi, la soggettività non si addice al concepito, che non è in grado di agire all'interno di rapporti giuridici.

Non è quindi facendo del concepito un soggetto che lo si tutela meglio, «l'esperienza [difatti] dimostra che non è "soggettivizzando", bensì "oggettivizzando" che si ottiene la migliore tutela; è attribuendo lo statuto di oggetto (o di cosa) che si sottrae, ad esempio, la persona al mercato. Il diritto civile conosce la categoria delle cose fuori commercio, e la usa per sottrarre alcune di esse alla libera disponibilità dello scambio. La persona o il corpo sono pensati, dalla tradizione, come fuori commercio [p]er garantire alla persona e alle sue parti di sfuggire al circuito mercantile»⁵².

Tale considerazione trova conferma nelle norme, costituzionali e ordinarie, volte a disciplinare il delicato *status* del concepimento che lo qualificano come un oggetto di tutela necessaria: così la Costituzione riconduce alla posizione giuridica del concepito, che «persona deve ancora diventare»⁵³, i diritti inviolabili previsti dall'art. 2, qualificando tuttavia la vita del nascituro come «bene di rilievo costituzionale»⁵⁴. Tale qualificazione trova conferma negli artt. 30, 31, 32 e 37 Cost., mentre le stesse espressioni che fanno riferimento alla maternità, di cui agli artt. 31, 2° co. e 37, 1° co., si saldano logicamente con la normativa in tema, il cui tenore letterale contiene l'affermazione di una tutela che non si identifica per intero né con la madre, né con il figlio, anche se non può evitare di presupporre l'esistenza di entrambi⁵⁵, senza per questo predicare la soggettività del concepito⁵⁶.

Così, nel solco di autorevole dottrina, la Corte di cassazione ha inteso far emergere il discorso giuridico «dai pantani della soggettività, onde assegnare al concepito garanzie di difesa senza obbligare l'interprete alla necessità pregiudiziale di attribuirgli qualità soggettive nel significato e con le conseguenze che il diritto riconosce a tale concetto»⁵⁷.

La ricognizione del tessuto costituzionale per rinvenirvi direttamente le basi normative su cui fondare una pronuncia senz'altro innovativa non si è limitata al profilo della

⁵¹ Cass. civ., n. 16754/2012, *cit.*

⁵² G. CRICENTI, *I diritti sul corpo*, Jovene, Napoli, 2008, 68; ID., *Breve critica della soggettività del concepito. I falsi 'diritti' del nascituro*, *cit.*, 467. Sulla protezione dell'embrione come 'cosa' si veda C.M. MAZZONI, *La tutela reale dell'embrione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2003, II, 457 ss.

⁵³ Corte cost., 18 febbraio 1975, n. 27, *cit.*

⁵⁴ Corte cost., 15 marzo 1996, n. 76, in *Giust. civ.*, 1997, 41; anche Corte cost., 10 febbraio 1997, n. 35, in *Giur. cost.*, 1997, 281; Corte cost., 28 gennaio 2005, n. 45, *ibidem*, 2005, 348; Corte cost., 9 maggio 2009, n. 151, in *Fam. e dir.*, 2009, 761.

⁵⁵ P.F. GROSSI, *Alcune considerazioni in merito al problema della tutela giuridica del concepito*, in G. RAZZANO (a cura di), *Procreazione assistita. Problemi e prospettive*, *cit.*, 224 ss.; E. MOSCATI, *La tutela dell'embrione*, in G. DALLA TORRE, C. MIRABELLI (a cura di), *Le sfide del diritto*, Soveria Mannelli, 2009, 89 ss.; M. BESSONE, *Artt. 30-31*, in G. BRANCA (dir. da), *Commentario della Costituzione, Rapporti etico-sociali*, Bologna-Roma, 1976, 93 ss.; E. LAMARQUE, *Art. 30*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di) *Commentario alla Costituzione*, Utet, Torino, 2006, 632 ss.

⁵⁶ In questo senso anche Cass. civ., sez. III, 3 maggio 2011, n. 9700, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, 12, 1258 in cui la Corte ha ritenuto irrilevante la questione della soggettività giuridica del concepito, e comunque imprevedibile una sua configurazione in tal senso al fine di affermare il diritto del nato al risarcimento «non potendo, d'altro canto, quella soggettività evincersi dal fatto che il feto è fatto oggetto di protezione da parte dell'ordinamento».

⁵⁷ C.M. MAZZONI, *Protezione del concepito: dal nominalismo giuridico all'uomo "in quanto tale"*, in S. CANESTRARI, G. FERRANDO, C.M. MAZZONI, S. RODOTÀ, P. ZATTI (a cura di), *Il governo del corpo*, II, *cit.*, 1301.

legittimazione attiva, ma si è estesa anche al profilo, senz'altro controverso, della lesione civilmente risarcibile.

La Corte, dopo aver riaffermato il rilievo del principio di sacralità della vita (nel senso laico del termine fatto proprio da Ronald Dworkin ne *Il dominio della vita*), sottolinea comunque come «il vivere una vita malformata [sia] di per sé una condizione esistenziale di potenziale sofferenza».

Non è quindi la malformazione in sé considerata, ovvero l'infermità intesa in senso naturalistico, a rappresentare l'oggetto della lesione, bensì lo stato funzionale di infermità, la condizione evolutiva dell'*handicap* quale proiezione dinamica dell'esistenza⁵⁸, che si concreta in un danno alla salute intesa non solo come dato biologico, ma anche in termini di vissuto biografico⁵⁹, tale da relazionare l'aspetto psichico, spirituale e sociale della persona.

Questa condizione, invero, determina una radicale trasformazione delle prospettive di vita del minore, dei suoi genitori e familiari più stretti, i quali si trovano a dover misurare la propria vita quotidiana, l'esistenza concreta, con le prevalenti esigenze determinate dalla condizione di vita menomata, con tutti gli ovvi sacrifici che ne derivano: le conseguenze della nascita allora finiscono per determinare proprio quei «rovesciamenti forzati dell'agenda» di vita che concretano i profili propri del danno esistenziale⁶⁰.

Non è da discorrersi, pertanto, di non meritevolezza di una vita handicappata, ma di una vita che merita di essere vissuta meno disagiata⁶¹: infatti, al di là del buonismo e degli infingimenti, è proprio in questa situazione di 'disagio'⁶² che i disabili devono vivere, o meglio convivere, dato che, se non sono sorretti da chi sta loro attorno, difficilmente potranno sopportare la difficoltà del vivere e ancor meno tenteranno di (ri)nascere alla vita⁶³. Per tale motivo quello rivendicato dalla Cassazione non è il diritto a nascere sano né, ancor meno, il diritto a non nascere se non sano, ma è il diritto ad «una vita meno disagiata» (a cui corrisponde, in termini risarcitori, un danno da esistenza difficile e/o

⁵⁸ In tali termini «la lesione inferta al concepito si manifesta e diviene attuale al momento della nascita, la situazione soggettiva tutelata è il diritto alla salute, non quello a nascere sano. Chi nasce malato per via di un fatto lesivo ingiusto occorsogli durante il concepimento non fa, pertanto, valere un diritto alla vita né un diritto a nascere sano né tantomeno un diritto a non nascere» (Cass. civ., n. 16754/2012, *cit.*). Sul punto G. CRICENTI, *Il concepito soggetto di diritto ed i limiti nell'interpretazione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, 12, 1258 ss.

⁵⁹ P. ZATTI, *Il diritto a scegliere la propria salute (in margine al caso S. Raffaele)*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2000, II, 4.

⁶⁰ Cass. civ., sez. III, 4 gennaio 2010, n. 13, in *Diritto & Giustizia*, 2010. In dottrina P. CENDON, P. ZIVIZ (a cura di), *Il danno esistenziale. Una nuova categoria della responsabilità civile*, Cedam, Padova, 2000, 1259; A. BIANCHI, *Il valore dell'uomo*, in *Danno e resp.*, 2010, 155 il quale sottolinea che la tesi del pregiudizio esistenziale ha avuto il merito di far comprendere che non la sola biologia ma l'intera biografia della persona possa essere, in linea di principio, danneggiata.

⁶¹ La nascita di un bambino disabile è comunque un dono, un'occasione di speranza, ma si tratta del dono di uno 'spirito maligno' per il carico di dolore, fatica e impegno che reca con sé.

⁶² Sul punto M.C. NUSSBAUM, *Le nuove frontiere della giustizia*, a cura di C. Faralli, Il Mulino, Bologna, 2007, 140 ss. Le vite dei cittadini disabili sono comunque più difficili delle altre perché incontrano ostacoli eccezionali lungo il percorso verso l'eudaimonia o fioritura umana. E come non devono essere soggette a disprezzo, così non devono neppure essere escluse dalla possibilità di sviluppare la propria individualità in base alle proprie capacità e ai propri bisogni. Echi di queste analisi li troviamo già nella nota sentenza 10 maggio 1999, n. 167, in *www.giurcost.org* in cui la Corte costituzionale riconosce la sussistenza di ostacoli in fatto e in diritto che rappresentano «una lesione del diritto del portatore di *handicap* ad una normale vita di relazione, che trova espressione e tutela in una molteplicità di precetti costituzionali», in quanto «la mancanza di una vita di relazione (...) non può non determinare quella disuguaglianza di fatto impeditiva dello sviluppo della persona che il legislatore deve, invece, rimuovere».

⁶³ Il richiamo è al libro di G. PONTIGGIA, *Nati due volte*, Mondadori, Milano, 2000, I che notava come «questi bambini nasce[a]no due volte. Devono imparare a muoversi in un mondo che la prima nascita ha reso più difficile. La seconda dipende da voi, da quello che saprete dare. Sono nati due volte e il percorso sarà più tormentato. Ma alla fine anche per voi sarà una rinascita. Questa almeno è la mia esperienza». Da ultimo pagine di vita si ritrovano nel racconto di G.A. STELLA, *La bambina, il pugile e il canguro*, Rizzoli, Milano, 2007 sul rapporto speciale tra un nonno e la nipotina affetta da sindrome di down. Sul piano strettamente giuridico, in tema di *handicap*, si rinvia a A.D. MARRA, *Diritto e disability studies. Materiali per una nuova ricerca interdisciplinare*, Reggio Calabria, 2009; C. COLAPIETRO, *Diritti dei disabili e Costituzione*, Napoli, 2011; S. TROILO, *Tutti per uno o uno contro tutti ? Il diritto all'istruzione e all'integrazione scolastica dei disabili nella crisi dello Stato sociale*, Giuffrè, Milano, 2012.

tormentata), che può essere reso possibile, con i 'poveri' attrezzi offerti dal diritto, intervenendo in termini risarcitori affinché quella condizione umana ne risulti alleviata⁶⁴. Tornando sui profili più schiettamente costituzionalistici, deve notarsi come l'interesse giuridicamente protetto, che giustifica la pretesa risarcitoria, venga ricostruito, tessendo i profili assiologici della persona in una trama complessa e avvolgente, attraverso il richiamo agli artt. 2 – apparendo innegabile la limitazione del diritto del minore allo svolgimento della propria personalità sia come singolo sia nelle formazioni sociali –, 3 – in relazione agli ostacoli da rimuovere che il minore si troverà ad affrontare a causa della sua condizione personale – e 32 – quale principio ampio e comprensivo. Non meno rilevante, tuttavia, è il richiamo agli artt. 29, 30 e 31 Cost. attraverso i quali si riconosce come meritevole di tutela l'interesse del nascituro a che la madre compia una scelta consapevole e responsabile, e dunque per prima cosa informata, circa la gravidanza, il parto e la maternità. Non si tratta però tanto di riconoscere l'interesse a che la madre eserciti il diritto all'interruzione di gravidanza (ricadendosi, in tal caso, nel circolo vizioso del diritto a non nascere), quanto piuttosto a consentirle «una scelta consapevole e responsabile, che quindi avrebbe ben disposto la madre, e più in generale la coppia di genitori, ad accogliere responsabilmente il neonato e ad accudirlo nel modo più adatto»⁶⁵. Per concludere sul punto si può asserire che il nascituro non subisce un danno riflesso (rispetto a quello della madre), quanto piuttosto un danno diretto: infatti, non sono solo i genitori a patire le conseguenze dell'errore diagnostico e della nascita indesiderata, ma anche il concepito, una volta venuto al mondo. Non è solo una questione di salute, ma di esistenza e di personalità. Chiara è qui la contrapposizione tra il modello centrato esclusivamente sulla salute (in senso stretto) e il modello che colloca come cardine la prospettiva dei «*civil rights*», e cioè che pone il problema della salvaguardia di un diritto all'autodeterminazione. Se si ragiona in termini non già di salute, bensì di diritti, ne discende come, in capo al concepito, siano invero risarcibili tutti quei danni che si ricollegano eziologicamente alla nascita indesiderata⁶⁶.

5. Il ruolo della giurisprudenza normativa.

Pare interessante notare come si sviluppi tra la sentenza n. 10741/2009 e la sentenza n. 16754/2012 un serrato confronto sul ruolo della giurisprudenza (e quindi dei giudici) in un ordinamento di *civil law* come il nostro.

La sentenza del 2009 parte da una premessa condivisa e condivisibile, ovvero che il sistema delle fonti non è più accentrato nell'ambito delle codificazioni, ma si è espanso, divenendo policentrico, con l'ingresso della Costituzione repubblicana del 1948, della legislazione ordinaria (finalizzata anche all'adeguamento del testo codicistico ai principi costituzionali), quindi della normativa comunitaria e della stessa giurisprudenza normativa. «Tale pluralità di fonti ha determinato i due suddetti fenomeni, tra loro connessi, della decodificazione e della depatrimonializzazione, intendendosi la prima come il venir meno della tradizionale previsione di disciplina di tutti gli interessi ritenuti meritevoli di tutela in un unico testo normativo, a seguito del subentrare di altre fonti, e la seconda nell'attribuzione alla persona (in una prospettiva non individuale ma nell'ambito delle formazioni sociali in cui estrinseca la propria identità e l'insieme dei valori di cui è espressione) una posizione di centralità, quale portatrice di interessi non solo patrimoniali ma anche personali»⁶⁷.

⁶⁴ Rimane il dubbio sulla funzione e *ratio* di tale risarcimento: è veramente una posta risarcitoria coerente con i principi della responsabilità civile (pur costituzionalmente orientata verso la solidarietà come prospettato da Rodotà) o si tratta di una compensazione, di un'assicurazione sociale che vuole porre rimedio agli squilibri creati dalla lotteria della vita?

⁶⁵ F. DI CIOMMO, *Giurisprudenza normativa e "diritto a non nascere se non sano". La Corte di Cassazione in vena di revirement?*, cit., 152.

⁶⁶ G.P. MONATERI, «*La marque de caïn*» - *La vita sbagliata, la vita indesiderata e le reazioni del comparatista al distillato dell'alambicco*, in A. D'ANGELO (a cura di), *Un bambino non voluto è un danno risarcibile?*, cit., 289 ss.

Queste considerazioni erano già da tempo consolidate in dottrina, laddove la necessità di una lettura volta alla deprivatizzazione del codice civile⁶⁸ e alla costituzionalizzazione del diritto privato⁶⁹, anche attraverso la polifunzionalità delle clausole generali, ha reso possibile la trasformazione sociale dei valori, consentendo al sistema di respirare e ai giudici di adeguare l'ordinamento al nuovo contesto storico-sociale sulla base di precise direttive di principio.

Nello svolgimento di tale ragionamento, la Cassazione si sofferma sull'apporto, nell'attuale assetto delle fonti, della c.d. "giurisprudenza-normativa", che viene considerata «in linea con la maggiore consapevolezza dei giudici di operare in un sistema ordinamentale che, pur essendo di *civil law* e, quindi, non basato su soli principi generali (...) si configura come semi-aperto (...) perché fondato non solo su disposizioni di legge riguardanti dettagliate e settoriali discipline ma anche su c.d. clausole generali (...) che scientemente il legislatore trasmette all'interprete per consentirgli, nell'ambito di una più ampia discrezionalità, di attualizzare il diritto, anche mediante l'individuazione (là dove consentito, come nel caso dei diritti personali, non tassativi) di nuove aree di protezione di interessi»⁷⁰.

Sembra quindi che la Suprema Corte sposi quell'«atteggiamento culturale che vede l'essenza del diritto assai più nella giuris-dizione che non nella legis-lazione. Non solo il diritto sarebbe molto più della legge (sicché varrebbe più occuparsi *iuris* che *legis*), ma quel che davvero conterebbe non sarebbe tanto il "fare" la legge (la sua "*latio*"), quanto il "pronunciarne" il contenuto (la sua "*dictio*")⁷¹, in quanto, in tale assetto, il primato della legge passerebbe necessariamente attraverso l'attività ermeneutica del giudice volta a tutelare al meglio gli interessi ritenuti meritevoli»⁷².

⁶⁷ Parafrasando la felice metafora di P. CENDON, *Danno esistenziale ed ossessioni negazioniste*, in *Resp. civ. prev.*, 2007, 2, 284 per cui «non è rimasta senza echi l'irruzione sulla scena, verso il 1970, di tante modifiche e invenzioni a beneficio dell'individuo (la giusta causa, l'adozione speciale, il divorzio, i diritti dei detenuti, lo statuto dei lavoratori, il provvedimento sulla maggiore età, il danno biologico, la riforma della famiglia, ecc.) è come se un cavallo di ignota provenienza fosse stato ammesso nella cittadella e, a un certo punto, la persona umana ne fosse uscita nottetempo, con le sue varie prerogative e aspettative, invadendo poi tutti i luoghi all'intorno, penetrando entro ogni libro del c.c.: sino a contagiare la lettura di una norma su due, rinverdendo o rivoluzionando tanti istituti, di lì in avanti, lasciando ovunque tracce del proprio passaggio».

⁶⁸ C. DONISI, *Verso la «deprivatizzazione» del diritto privato*, in *Rass. dir. civ.*, 1980, 649 ss.; P. PERLINGIERI, «*Deprivatizzazione» e diritto civile*, *ibidem*, 1983, 1 ss.; più di recente, Id., *Salvatore Pugliatti ed il «principio della massima attuazione della Costituzione»*, *ibidem*, 1996, 807 ss.,

⁶⁹ P. PERLINGIERI, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Camerino-Napoli, 1972, 20 ss., 74 ss., 145 ss.; ampi riferimenti in G. ALPA, V. ROPPO (a cura di), *Il diritto privato nella società moderna. Seminario di studi in onore di Stefano Rodotà*, Jovene, Napoli, 2005.

⁷⁰ Sempre secondo la Suprema corte, «in tal modo, con evidente applicazione del modello ermeneutico tipico della *Interessenjurisprudenz* (c.d. giurisprudenza degli interessi, in contrapposizione alla *Begriffsjurisprudenz* o giurisprudenza dei concetti quale espressione di un esasperato positivismo giuridico)», si eviterebbe sia il rischio del mancato adeguamento dell'ordinamento all'evolversi dei tempi, insito nei c.d. sistemi-chiusi, che quello dell'arbitrarietà ed incontrollabilità dell'opinione dei giudici, insito nei c.d. sistemi aperti.

⁷¹ M. LUCIANI, *Funzioni e responsabilità della giurisdizione. Una vicenda italiana (e non solo)*, in *Rivista Aic*, 2012, 3, 4.

⁷² Questione correlata è quella della collocazione, nell'ambito della gerarchia delle fonti, della c.d. giurisprudenza-normativa che non viene risolto dalla ricostruzione operata nella sentenza del 2009, tuttavia si deve constatare come la giurisprudenza può infatti essere tanto fonte in senso autoritativo e cognitivo del diritto, quanto fonte in senso storico di determinate soluzioni che si sono imposte nell'ordinamento. La diffusione del ricorso al precedente nella nostra giurisprudenza, e la constatazione dell'efficacia che ad esso viene di fatto riconosciuta, ha indotto a porre in discussione il tradizionale principio per cui la giurisprudenza – intesa appunto come precedente o insieme di precedenti – non rientra nel novero delle fonti di diritto. Alla luce del fenomeno cui si è fatto cenno nel paragrafo precedente, per cui è quotidiano il ricorso alla giurisprudenza come base per la formulazione di decisioni, tale principio appare però quanto mai lontano dalla realtà. È venuto così affermandosi un orientamento che, utilizzando il concetto di "fonte-fatto" (su cui A. PIZZORUSSO, *Le fonti del diritto. Artt. 1-9*, in F. GALGANO (a cura di), *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*², *Disposizioni sulla legge in generale*, Zanichelli - Il Foro Italiano, Roma-Bologna, 2011, 536 ss.; 705 ss.), tende a considerare la giurisprudenza come fonte di diritto, anche in mancanza di un'esplicita previsione di legge (M. TARUFFO, *Giurisprudenza*, in *Enc. Scienze sociali*, IV, Treccani, 1994, 352 ss.).

In tal senso appare interessante, anche se controverso, il riferimento, contenuto nella sentenza del 2009, alla giurisprudenza degli interessi, *Interessenjurisprudenz*⁷³, che indirizza l'indagine scientifica del diritto alla disamina dei problemi che l'ordinamento positivo affronta e risolve nell'apprezzamento e nel temperamento degli interessi radicati nei casi concreti che si propongono all'attenzione del giudice, come avviene nei sistemi di *common law*.

Il diritto nasce dalla valutazione dei fatti della vita e non può prescindere quindi dalla realtà né nel suo momento genetico né in quello di autointegrazione. Il diritto è «tutela di interessi», e i comandi legislativi non sono soltanto «destinati a delimitare interessi, ma sono essi stessi il prodotto di interessi, come tutti gli altri comandi attivi»⁷⁴. Il diritto dà la preferenza a determinati interessi rispetto ad altri, decidendo reali o possibili conflitti di interessi tramite il loro bilanciamento.

Contestando il postulato della legge completa, la dottrina della giurisprudenza degli interessi sostiene che tanto le norme mancanti che quelle inique o insoddisfacenti o non univoche determinano lacune rilevabili in base alle supreme valutazioni dell'ordinamento. All'interprete è affidato il compito di sviluppare l'assiologia del comando del legislatore, tenendo presenti gli interessi che sono in gioco e valutandoli secondo i principi contenuti nella legge o anche, in caso di incertezza, in base a interessi comunitari extralegali. Il giudice, cioè, deve, sì, obbedire alla volontà del legislatore, cercando di evidenziare gli interessi considerati "preminenti" dalla legge, la quale, tuttavia, va integrata, ove sia necessario, con un giudizio autonomo dell'interprete⁷⁵.

Tale orientamento si pone in contrapposizione con l'opinione prevalente nella dottrina giuridica dei sistemi di *civil law*, che concentra l'analisi nella costruzione del contenuto delle norme giuridiche sotto la forma di concetti, che possano essere ricondotti ad un sistema esauriente e coerente⁷⁶.

Si tratta, per adoperare la terminologia dei giuristi tedeschi dell'ottocento, della *Begriffsjurisprudenz*, o giurisprudenza dei concetti⁷⁷, la quale ha raggiunto il suo culmine nella teoria pura del diritto, proposta da Kelsen, che riconduce tutta la realtà giuridica al dato normativo nel cui ambito si collocano il fatto materiale, giuridicamente rilevante, e gli effetti che alla sua stregua si producono.

Secondo la giurisprudenza concettuale, l'ordinamento giuridico non ha lacune, in quanto la norma idonea a regolare qualunque caso, anche quello non previsto espressamente dal legislatore, è in grado di emergere attraverso una «costruzione sistematica» di concetti-quadro così ampi da colmare ogni lacuna legale e da includere ogni possibile fatto umano giuridicamente rilevante. All'interprete viene lasciata una limitata libertà ermeneutica, in

⁷³ In particolare, le teorie antiformalistiche (*Interessenjurisprudenz*) criticano come illusorio il metodo giuridico formale (*Begriffsjurisprudenz*), che pretenderebbe di conferire al dato positivo una assolutezza logica, invece d'ammettere che il diritto avrebbe giustificazione nella necessità storica, pratica od etica, per cui il primato della logica dovrebbe essere soppiantato dal primato dello studio e della valutazione della vita.

⁷⁴ P. HECK, *Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz*, in *AcP*, 1914, 112, 17.

⁷⁵ In tal senso parte della giurisprudenza per cui «la figura dell'eccesso di potere giurisdizionale per invasione della sfera di attribuzioni riservata al legislatore è di rilievo meramente teorico, in quanto postulando che il giudice applichi non la norma esistente, ma una norma da lui creata, può ipotizzarsi solo a condizione di potere distinguere un'attività di formale produzione normativa inammissibilmente esercitata dal giudice, da un'attività interpretativa, che, come si riconosce dalle più recenti ed accreditate teorie post illuministiche, non ha una funzione meramente euristica, ma si sostanzia in opera creativa della volontà di legge nel caso concreto» (così, citando testualmente Cass. civ., sez. un., ord. 15 luglio 2003, n. 11091, in *Gius*, 2004, 1, 55; Cass. civ., sez. un., ord. 25 novembre 2009, n. 24761, in *Ced Cassazione*, 2009; *contra* Cass. civ., sez. un., 11 luglio 2011, n. 15144, in *Giur. it.*, 2012, 3, 649).

⁷⁶ «Il duplice rimprovero rivolto alla metodologia della *Begriffsjurisprudenz* è quello di aver voluto l'impossibile eliminazione e dei giudizi di valore e dei giudizi di fatto da una giurisprudenza tendenzialmente ridotta alla presa di conoscenza di contenuti semantici e alla loro elaborazione logica. Ora, un simile modo di procedere è non solo insufficiente a disciplinare i conflitti di interessi continuamente proposti dalla vita, ma è anche inadeguato a soddisfare le esigenze di uguaglianza sostanziale dilaganti nei ceti meno favoriti» (G. ORRÙ, *Giurisprudenza degli interessi*, in *Dig. priv.*, sez. civ., IX, 1993, 171 ss.).

⁷⁷ G. ORRÙ, *Giurisprudenza dei concetti*, in in *Dig. priv.*, sez. civ., IX, 1993, 176 ss.

quanto il problema dell'adattamento del diritto ai nuovi bisogni della vita è radicalmente demandato al legislatore.

Il dibattito tra le due correnti di pensiero, quindi – al netto delle pur rilevanti questioni metodologiche relative al modo di approcciare il diritto – si riduce sostanzialmente al confronto sui contenuti della discrezionalità di cui il giudice gode nell'esercizio della sua funzione interpretativa ed applicativa del diritto, oltre che sul ruolo del giudice e sugli obiettivi concreti che la giurisprudenza è chiamata a realizzare.

La sentenza in commento si pone in una prospettiva di critica all'analisi favorevole alla cd. *Interessenjurisprudenz*, notando come «per altro verso non sembr[i] seriamente discutibile che, così opinando, il giudice civile, laddove ritenga nell'interpretare la legge alla luce dei valori costituzionali che essa non tuteli (o non tuteli a sufficienza) una situazione giuridica di converso meritevole, interviene a creare una corrispondente "forma" giuridica di tutela, eventualmente in contrasto con la legge stessa, ma senza subire alcun sindacato di costituzionalità, in quanto il sistema non prevede un meccanismo immediato di sindacato della costituzionalità degli orientamenti pretori salvo che questi riguardino la stretta interpretazione di una o più norme di legge esistenti (e sempre che un giudice sollevi la questione di costituzionalità secondo il consueto procedimento di cognizione incidentale). Il problema – che non può essere approfondito in questa sede se non nei limiti in cui a risoluzione del caso concreto lo impone e che attinge all'equilibrio stesso tra i poteri dello Stato, oltre che al modo di essere, e dunque di evolversi, dell'ordinamento giuridico – induce l'interprete ad interrogarsi sui limiti del suo intervento in seno al tessuto normativo e al di là di esso, senza mai omettere di considerare che, di interpretazione *contra legem* (non diversamente che per la consuetudine), non è mai lecito discorrere in un sistema (pur semi-aperto) di *civil law*, che ammette e legittima, esaurendone in sé la portata innovativa, l'interpretazione estensiva e l'integrazione analogica, anch'essa condotta pur sempre *ex lege* ovvero *ex iure*».

Sulla base di tale analisi si sostiene la non divisibilità, sul piano strettamente giuridico, della ricostruzione delle singole situazioni soggettive (della madre, del padre e del neonato stesso) che postulino in premessa l'esistenza, in capo al nascituro, della soggettività. Tale ricostruzione peraltro non si giustificerebbe nemmeno in virtù di una corretta e coerente attuazione dei principi cardine della giurisprudenza degli interessi (a mente, della quale la correttezza della decisione del giudice dipende dalla altrettanto corretta valutazione dello scopo delle norme, secondo una ricerca del relativo significato in una dimensione teleologica) in quanto tutte le norme, costituzionali e ordinarie, volte a disciplinare lo *status* del concepimento lo considerano come un oggetto di tutela necessaria.

** Dottorando di ricerca in Diritto pubblico e tributario presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Bergamo.