

IL CONCEPITO E IL DIRITTO A NASCERE SANI: PROFILI COSTITUZIONALI ALLA LUCE DELLA DECISIONE DELLA CORTE DI CASSAZIONE (N. 16754 DEL 2012)

1. Premessa. – 2. Danni alla salute del nato per fatto del medico o da nascita indesiderata. – 3. Conclusione.

1. Premessa

Negli ultimi anni, come è noto, si è assistito a una rapida e inaspettata evoluzione delle tecniche in ambito scientifico e medico che hanno reso possibile raggiungere risultati fino a poco tempo fa non immaginabili in termini di tutela della persona e dei diritti di cui essa è titolare.

In conseguenza di questo avanzamento delle tecniche diagnostiche con specifico riguardo agli embrioni nell'ambito delle procedure di procreazione medicalmente assistita *in vitro*, che consentono di sapere se determinate malattie geneticamente trasmissibili sono state o meno ereditate, lo spettro delle pretese giuridicamente avanzabili dal concepito e dai genitori parrebbe ampliarsi: non si tratterebbe solo di un diritto alla nascita, e dunque alla vita, ma anche alla tutela della salute, *ex art. 32 Cost.*

Sempre più frequentemente si pongono per questo interrogativi specifici, alimentati anche dall'esistenza di un quadro normativo insoddisfacente¹, intorno all'esistenza di un diritto dell'embrione a nascere sano e all'esistenza, accanto a questo, di un diritto dei genitori ad avere un figlio sano, selezionando gli embrioni *in vitro*.

Si tratta di interrogativi che, come noto, non possono essere confinati alle vicende della fecondazione *in vitro*, che trova la sua disciplina nella legge n. 40 del 2004, ma sono comuni anche alla procreazione naturale, sebbene la prospettiva da cui guardare al rapporto tra diritti del concepito e della madre muti.

Anche la gestante, infatti, attraverso la diagnosi prenatale e alle altre tecniche mediche può venire a conoscenza della presenza di determinate patologie del feto e, qualora si tratti di malformazioni o anomalie che mettano a repentaglio la sua salute, anche psichica, può procedere all'interruzione volontaria di gravidanza².

A questo riguardo, spunti di riflessione ulteriori sono offerti dalla pronuncia della Corte di Cassazione n. 16754 del 2012³, che ha accolto la tesi per cui è da riconoscersi in capo al bambino, nato con patologie

* Ordinario di Diritto costituzionale nell'Università degli Studi di Milano. – Vice-presidente del Consiglio di Presidenza della Giustizia amministrativa.

¹ Per la ricostruzione dei termini delle problematiche sottese al riconoscimento in capo al nascituro della soggettività giuridica si veda G. BALDINI, *Il nascituro e la soggettività giuridica*, in *Dir. fam e pers.*, 2000, 334 ss.

² Artt. 4 e 6 della legge n. 194 del 1978: le malformazioni o anomalie nel nascituro, diagnosticate sia prima sia dopo i primi novanta giorni di gestazione, costituiscono una condizione che, qualora provochi conseguenze negative sulla salute della donna (dopo il primo trimestre vi deve essere un pericolo grave) può portare alla interruzione volontaria di gravidanza e, dunque, al sacrificio della posizione del concepito.

³ Corte cass., sent. 2 ottobre 2012, n. 16754, in *Giust. civ.*, 2013, X, 2119 ss., sulla quale si vedano P. FRATI – M. GULINO – E. TURILLAZZI – S. ZAAMI, *Quanta informazione a fine diagnostico prenatale? La Suprema Corte statuisce che sia completa, determinante e funzionale alle richieste ed alle scelte materne*, in *Resp. civ. e prev.*, 2013, I, 335 ss.

Si vedano inoltre, in tema di risarcimento del danno del nascituro, il precedente della stessa Corte di cassazione, sent. 11 maggio 2009, n. 10741, in *Foro it.*, 2010, 141 ss., che ha riconosciuto il diritto al risarcimento del danno, provocato però non dalla mancata diagnosi di una patologia o malformazione, ma dalla somministrazione di farmaci dannosi per la sua salute, e Corte cass., sent. 21 giugno 2004, n. 11488, in *Giust. civ.*, 2005, 2115 ss., che invece, in un caso simile a quello della decisione menzionata nel testo, non riconosce alcune risarcimento in capo al nascituro, sulla quale si rinvia a E. GIACOBBE, *Wrongful life e problematiche connesse*, *ivi*, 136 ss.

non diagnosticate⁴, per errore medico, durante la gestazione, il risarcimento del danno subito alla propria salute, poiché la madre avrebbe potuto chiedere l'interruzione volontaria di gravidanza se avesse conosciuto lo stato di salute del feto medesimo.

La sentenza, motivata in modo molto articolato, ha fatto discutere per alcune aporie dell'argomentazione (specie il nesso di causa tra danno ingiusto e mancata diagnosi del medico) e per alcune conseguenze paradossali cui la *ratio decidendi* condurrebbe, se portata alle sue estreme conseguenze (il figlio potrebbe chiedere un risarcimento del danno da nascita ai genitori)⁵.

Quando ci si sofferma sul delicato tema del diritto alla salute dell'embrione, occorre peraltro essere consapevoli che, allo stato della scienza medica, terapie dirette sull'embrione creato *in vitro* o sul feto sono impraticabili⁶, mentre l'unica alternativa alla presenza della malformazione o patologia nel primo e, una volta che la gravidanza dovesse avere buon esito, nel secondo, sono costituite dal mancato trasferimento nell'utero della donna e dalla successiva interruzione volontaria di gravidanza.

Da altro punto di vista, includendo come doveroso nell'analisi anche la posizione giuridica della madre, occorre chiedersi in che rapporto si pongano il diritto alla salute della gestante o della donna che ha avuto accesso alla fecondazione *in vitro* e che dovrebbe subire l'impianto, quando è provato che tale diritto sarebbe posto a repentaglio dalla prosecuzione della gravidanza o dall'impianto dell'embrione, una volta diagnosticata la malattia, con il diritto del concepito a nascere sano.

Peraltro, estendere l'analisi al rapporto esistente tra diritti del concepito e diritti della donna è indispensabile non solo perché consente di inquadrare in modo più completo il tema, ma anche perché la "dipendenza fisica" in cui il concepito si trova rispetto alla donna gestante (in caso di fecondazione assistita della aspirante tale) costituisce un tratto saliente che caratterizza la figura del concepito.

Altro tratto saliente, connesso peraltro al precedente, relativo alla figura del concepito è costituito, come ebbe ad affermare la Corte costituzionale nella nota sentenza n. 27 del 1975⁷, dalla circostanza che non vi è equiparazione tra posizione della donna, che "è già persona", e posizione del concepito, che "persona deve ancora diventare".

Prima di avventurarsi in questo delicatissimo terreno, occorre osservare che un altro fondamentale punto di partenza è costituito dal metodo di analisi. Come si ha avuto modo di argomentare in altre occasioni⁸, nell'esaminare la già di per sé complessa collocazione costituzionale dei diritti dell'embrione, è fuorviante e semplicistico contrapporre i diritti di quest'ultimo a quelli della madre, del padre, dei famigliari, nonché del medico, mentre è indispensabile tenere conto che le situazioni giuridiche di tali individui vanno considerate unitamente alle pretese di feto o embrione.

Come dimostrato dallo studio della legge tedesca sull'interruzione volontaria della gravidanza, che al contrario è ispirata ad un cd. modello discorsivo, in cui la tutela della gestante e quella del nascituro si bilanciano, consentendo così di ottenere una protezione più efficace per entrambi, in questa materia occorre adottare un approccio metodologico laico⁹.

È infatti necessario evitare di contrapporre in modo ideologico da un lato la posizione della donna e dall'altro lato quella del nascituro¹⁰.

⁴ Si trattava della sindrome di Down.

⁵ Si vedano le osservazioni critiche alla decisione di G. CRICENTI, *Il concepito ed il diritto di non nascere*, in *Giur. it.*, 2013, IV, 813 ss., in cui si chiariscono le conseguenze sulla configurabilità del cd. diritto di non nascere a partire dalla considerazione per cui quando si riconosce al nato la titolarità del diritto di agire per far valere tale diritto non si può più parlare di diritti del concepito, ma appunto, ormai, del nato. In particolare si sottolinea come "i diritti riconosciuti al concepito in vista della nascita sono «falsi» perché praticamente non esercitabili. Come può, infatti, il concepito, finché sia tale, dolersi della violazione del diritto a «nascere sano», se tale violazione solo con la nascita è verificabile [?]. e lo stesso dicasi per il diritto a nascere o a non nascere affatto, a nascere in un modo anziché in un altro e via dicendo, i quali [...] potrebbero solo riferirsi a chi è nato."

⁶ In questo senso si veda anche G. CRICENTI, *Il concepito ed il diritto di non nascere*, cit., che rileva come "si era anche fatta notare la stranezza di un diritto a nascere sano configurabile durante la gravidanza, e dunque attribuibile al concepito, che si trasforma in diritto alla salute una volta che questi è nato, e fa valere la malformazione dovuta ad errore medico, notazione accolta dalla decisione in commento, la quale, per l'appunto, rileva: «un ostacolo di ordine logico costituito dall'apparente contraddizione tra un diritto 'a nascere sano' [...] e la sua repentina quanto inopinata trasformazione in un diritto alla salute di cui si invocherebbe tutela solo dopo la nascita»".

⁷ E poi anche in decisione successive, tra cui in particolare la n. 35 del 1997, in cui la Corte costituzionale riprende il cammino che ha portato al riconoscimento dei diritti del concepito a livello costituzionale e internazionale.

⁸ Sia consentito il rinvio a M. D'AMICO, *I diritti contesi*, FrancoAngeli, Milano, 2008, e ancora M. D'AMICO, *La laicità è donna*, l'Asino d'Oro, Roma, 2013.

⁹ V. ancora M. D'AMICO, *I diritti contesi*, cit., passim.

¹⁰ Per i riferimenti sul tema, con particolare riguardo alla legge tedesca, si veda M. D'AMICO, *Donna e aborto nella Germania riunificata*, Giuffrè, Milano, 1994.

D'altra parte, anche nell'ordinamento italiano, la Corte costituzionale ha potuto soffermarsi, in decisioni riguardanti l'interruzione volontaria di gravidanza, sulle ragioni che rendono ammissibile il ricorso a questa stessa possibilità, nonostante esso determini necessariamente la limitazione del diritto alla vita dell'embrione, riconosciuto ex art. 2 Cost.

Si tratta pur sempre, come recepito dal legislatore nella legge n. 194 del 1978¹¹ seguendo le chiare indicazioni fornite dalla Corte costituzionale nel 1975 e successivamente seguendo tutt'altra impostazione nella legge n. 40 del 2004¹², di individuare un bilanciamento fra le diverse posizioni in rilievo.

In particolare, nel caso dell'interruzione volontaria di gravidanza, il legislatore ha individuato un preciso bilanciamento tra i diritti della donna e quello alla vita del nascituro, differenziando le condizioni e i limiti di accesso all'aborto a seconda del momento della gestazione (artt. 4 e 6); nel secondo caso, quello della fecondazione medicalmente assistita, il legislatore del 2004, a partire dall'art. 1 della legge sembra riconoscere un ruolo preminente, nel bilanciamento con i diritti della coppia, al concepito¹³.

Per concludere queste brevi osservazioni introduttive, con il presente lavoro si intende affrontare l'interrogativo, posto dalla sopra citata sentenza della Corte di Cassazione, della configurabilità del diritto del concepito alla salute, nella specifica declinazione di diritto a nascere sano, tenendo conto della mancanza di precisi ed espliciti riferimenti normativi.

Occorre al riguardo avvertire che la seguente analisi sarà limitata al solo terreno del diritto costituzionale e alla giurisprudenza della Corte costituzionale, escludendo dal campo di indagine i profili più strettamente civilistici e rinviando pertanto ai relativi riferimenti giurisprudenziali una loro più completa ricostruzione¹⁴.

2. Danni alla salute del nato per fatto del medico o da nascita indesiderata

Occorre prima di tutto ricordare che il diritto alla salute è esplicitamente protetto dall'art. 32 Cost. Da notare che tale norma costituzionale non fa riferimento alla "persona", nell'individuare il soggetto titolare del diritto, ma all'"individuo", con ciò lasciando aperta da un punto di vista letterale la possibilità di ascriverlo anche al concepito (che come si è visto "persona non è", ma può essere forse considerato appunto un individuo).

Inoltre, la garanzia di questo diritto in capo al feto è rintracciabile in alcuni documenti internazionali, tra cui in particolare il preambolo della Dichiarazione dei diritti del fanciullo, che fa riferimento alla protezione giuridica necessaria al fanciullo, sia prima sia dopo la nascita, e la Direttiva 98/44/CE del 6 luglio 1998 in tema di brevettabilità dei prodotti delle biotecnologie.

Tale diritto trova poi esplicito riconoscimento nell'art. 1, comma 1, lett. c), della legge n. 405 del 1975 (Istituzione dei consultori familiari), secondo cui il servizio di assistenza alla famiglia e alla maternità ha tra i suoi scopi la tutela della salute della donna e "del prodotto del concepimento".

¹¹ Si vedano a questo proposito le osservazioni alla normativa di G. GALLI - V. ITALIA - F. REALMONTE - M. T. SPINA - C. E. TRAVERSO, *L'interruzione volontaria della gravidanza (commento alla legge 22 maggio 1978, n. 194 "Norme per la tutela sociale della maternità e sull'interruzione volontaria della gravidanza")*, Giuffrè, Milano, 1978, e di C. CASINI - F. CIERI, *La nuova disciplina dell'aborto (Commento alla legge 22 maggio 1978 n. 194)*, Cedam, Padova, 1978.

¹² In relazione alla legge sulla procreazione medicalmente assistita e alle principali questioni problematiche ad essa sottese si rinvia innanzitutto a E. DOLCINI, *Fecondazione assistita e diritto penale*, Giuffrè, Milano, 2008; E. DOLCINI, *Embrioni nel numero 'strettamente necessario': il bisturi della Corte costituzionale sulla legge n. 40 del 2004*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2009, II, 950 ss.; G. FERRANDO, *La riscrittura costituzionale e giurisprudenziale della legge sulla procreazione assistita*, in *Fam. e dir.*, 2011, V, 517 ss., e R. BIN - G. BRUNELLI - A. GUAZZAROTTI - A. PUGIOTTO - P. VERONESI (a cura di), *Dalla provetta alla Corte. La legge n. 40 del 2004 di nuovo a giudizio*, Giappichelli, Torino, 2008.

Si vedano anche M. D'AMICO, *Riuscirà una legge incostituzionale ad arrivare davanti al suo giudice? (in margine alla prima decisione sulla l. n. 40 del 2004)*, in A. CELOTTO - N. ZANON (a cura di), *La procreazione medicalmente assistita. Al margine di una legge controversa*, FrancoAngeli, Milano, 2004; M. D'AMICO - I. PELLIZZONE (a cura di), *I diritti delle coppie infertili. Il limite dei tre embrioni e la sentenza della Corte costituzionale*, FrancoAngeli, Milano, 2010; M. D'AMICO - B. LIBERALI (a cura di), *Il divieto di donazione dei gameti. Fra Corte costituzionale e Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, e La legge n. 40 del 2004 ancora a giudizio. La parola alla Corte Costituzionale*, FrancoAngeli, Milano, 2012.

¹³ Cfr. la nota 8.

¹⁴ A questo riguardo, si vedano per esempio P. RESCIGNO, *Danno da procreazione*, Giuffrè, Milano, 2006; P. A. DE SANTIS, *La tutela giuridica del nascituro ed il diritto a non nascere se non sano*, in *Giur. mer.*, 2013, III, 729 ss.; G. BALDINI, *Il nascituro*, cit.; G. SALITO - P. STANZIONE, *La tutela del nascituro: una ricorrente vicenda giudiziaria*, in *Dir. fam. e pers.*, 2013, II, 474 ss., e A. FERRARIO, *Il danno da nascita indesiderata*, Giuffrè, Milano, 2011.

Ciò posto sul terreno del diritto positivo, è necessario ricordare che il problema del riconoscimento in capo al concepito del diritto alla salute si amplifica, diventando ineludibile oggi, poiché, accanto alle tecniche diagnostiche permesse a gravidanza in corso, la giurisprudenza è giunta ad agevolare e ampliare i casi di legittimo ricorso alla diagnosi genetica preimpianto.

Con tale tecnica diagnostica, come noto, è possibile sapere se l'embrione ha ereditato la malattia genetica e di conseguenza, qualora si provi che il suo impianto rechi un danno alla salute della donna, procedere alla sua crioconservazione, impiantando invece i soli embrioni sani.

A fronte di un lungo percorso interpretativo, svolto dalla giurisprudenza, che ha condotto a ritenere ormai legittimo l'accesso alla diagnosi genetica preimpianto per le coppie infertili e sterili¹⁵, occorre considerare come si sia riconosciuto in via pretoria anche per le coppie fertili, ma portatrici di malattie geneticamente trasmissibili, l'accesso alle tecniche di fecondazione assistita, al fine di consentire l'individuazione di embrioni sani e poi la loro selezione per il trasferimento nell'utero della donna.

Come è noto, il Tribunale di Salerno, nel 2010, ha riconosciuto tale diritto attraverso una interpretazione conforme a Costituzione, ritenendo la diagnosi preimpianto una normale forma di monitoraggio, come quella prenatale, funzionale ad ottenere informazioni sullo stato di salute dell'embrione¹⁶.

Il diritto alla diagnosi preimpianto è stato successivamente riconosciuto in capo ad una coppia fertile anche nel noto caso Costa Pavan, che ha visto, dopo l'intervento della Corte europea dei diritti dell'uomo¹⁷, intervenire il Tribunale di Roma, il quale ha ritenuto di dare immediata e diretta esecuzione alla decisione europea, senza sollevare questione di legittimità costituzionale sull'art. 4, comma 1, della legge n. 40 del 2004¹⁸.

A soluzione diversa è pervenuto in una diversa decisione il Tribunale di Roma che, invece di condividere tale impostazione e dunque disapplicare la legge n. 40 nella parte in cui non consente l'accesso alle coppie né sterili né infertili, ma portatrici di gravi malattie alla procreazione assistita, ha deciso di sollevare la relativa questione di legittimità costituzionale¹⁹.

Sempre in questa prospettiva, appare significativa l'ordinanza del 9 novembre 2012 del Tribunale di Cagliari, che accerta il diritto a ottenere la diagnosi preimpianto e la selezione degli embrioni per l'impianto dalla azienda sanitaria locale pubblica e in caso non sia possibile da una struttura privata, in quanto la diagnosi preimpianto medesima consente di tutelare il diritto costituzionale alla salute della donna²⁰.

Accanto a queste tecniche, naturalmente, si colloca la tecnica diagnostica già da tempo praticata sul feto durante la gravidanza, che allo stesso modo pone l'interrogativo dell'esistenza di un diritto al risarcimento per il nato con patologie o malformazioni, di cui erroneamente era stato ritenuto privo dai medici.

L'effettuazione di esami diagnostici prenatali è da ritenersi pienamente legittima e nel caso di accertamento di patologie e di malformazioni che abbiano ripercussioni sulla salute della donna è possibile l'interruzione volontaria di gravidanza, anche dopo i primi 90 giorni di gestazione, come prevede la legge n. 194 del 1978²¹.

Occorre sottolineare come l'accesso a questo tipo di esami non si traduca nel riconoscimento di un vero e proprio diritto, riconosciuto in capo alla donna, di scegliere l'embrione sano per l'impianto o di proseguire la gravidanza se il feto è sano.

¹⁵ Sulla interpretazione costituzionalmente conforme che ha condotto a ritenere ormai legittima la diagnosi genetica preimpianto per le coppie che possono accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita, con particolare riferimento alla sentenza n. 151 del 2009 della Corte costituzionale, si rinvia a M. D'AMICO, *La decisione della Corte costituzionale fra aspetti di principio e ricadute pratiche*, in M. D'AMICO – I. PELLIZZONE (a cura di), *I diritti delle coppie infertili. Il limite dei tre embrioni e la sentenza della Corte costituzionale*, FrancoAngeli, Milano, 2010, 214 ss. Sulle prime decisioni giurisprudenziali in questo senso si rinvia a M. D'AMICO, *I diritti contesi*, FrancoAngeli, Milano, 2008.

¹⁶ Trib. Salerno, ord. 9.1.2010, n. 191, in *Giur. merito*, 2010, 1289 ss.

¹⁷ Cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo del 28 agosto 2012 (ricorso no 54270/10), diventata definitiva il 26 settembre 2013 e, da ultimo, Tribunale di Roma, I Sezione Civile, del 23 settembre 2013.

¹⁸ Trib. Roma, ord. 23.9.2013, in www.penalecontemporaneo.it. Non ci si sofferma in questa sede sulle criticità della decisione, ottenuta tramite una disapplicazione dell'art. 4, comma 1, della legge n. 40 del 2004, il quale ammette l'accesso alla procreazione assistita solo per le coppie sterili o infertili. Meglio avrebbe fatto il giudice italiano, invece che a disapplicare la legge n. 40 del 2004, ad investire della relativa questione di costituzionalità, per violazione degli artt. 2, 3, 32 e 117, primo comma, Cost., la Corte costituzionale. Sulla decisione del Tribunale di Roma v. invece in senso adesivo A. RUGGERI, *Salvaguardia dei diritti fondamentali ed equilibri istituzionali in un ordinamento "intercostituzionale"*, in *Rivista AIC*, 4/2013 (8 novembre 2013), in www.rivistaaic.it, 6 ss.

¹⁹ Trib. Roma, ord. di rimessione 14.1.2014, ined.

²⁰ V. Trib. Cagliari, 9 novembre 2012.

²¹ V. con riguardo al dubbio se la diagnosi errata abbia costituito una perdita di chance per la gestante F. IANNONE, *Responsabilità medica per omessa o tardiva diagnosi di malformazioni fetali*, in *Giustizia Civile*, fasc. 11-12, 2013, par. 4.

La praticabilità di simili scelte è, infatti, il risultato di un bilanciamento tra tutela del concepito e tutela del diritto alla salute e alla vita della donna e, dunque, non è possibile parlare di reali pratiche eugenetiche tese a selezionare caratteri fisici ritenuti presuntivamente migliori o maggiormente desiderabili.

Occorre chiedersi, a questo punto²², se e in che termini sia tutelabile il diritto alla salute dell'embrione e del feto, una volta che il nato ne pretenda la tutela.

È opportuno compiere una distinzione tra due fattispecie, resa indispensabile dal diverso rapporto con cui la pretesa del nato si pone rispetto alla posizione della madre e dei genitori, i cui diritti, è bene sottolinearlo, sono sempre da tenere in considerazione per compiere il bilanciamento con l'ipotizzato diritto del concepito.

La distinzione va condotta a seconda dell'origine della patologia o della malformazione.

Si può infatti presentare il caso in cui il danno alla salute è provocato da un'azione di qualcuno, ad esempio di un medico che ha somministrato alla gestante un farmaco dannoso per lo sviluppo del feto. In assenza di tale azione, il concepito sarebbe nato sano.

In una seconda ipotesi, invece, il danno alla salute può essere provocato dalla presenza di una patologia genetica. In questo caso il danno si manifesta a seguito della nascita e l'insorgenza in sé della patologia non è imputabile ad una azione del personale medico.

Il danno alla salute si sarebbe però potuto evitare attraverso una corretta informazione dello stato di salute del concepito. Se fosse stata diagnosticata la patologia o la malformazione dell'embrione o del feto e la madre ne fosse stata messa a conoscenza, a fronte di possibili ripercussioni negative sulla propria salute, la stessa avrebbe potuto decidere di non trasferire l'embrione nell'utero o di interrompere la gravidanza. In tal modo, quindi, con il mancato impianto o l'interruzione volontaria di gravidanza, il danno non si sarebbe manifestato.

Nel primo caso, la Corte di cassazione è ferma nel ritenere che il responsabile dell'azione che ha compromesso la salute dell'embrione o del feto sia tenuto a risarcire il danno al nato, ma allo stesso tempo nega l'esistenza di un diritto a non nascere se non sano²³.

Rispetto al secondo caso, invece, il problema è più complesso²⁴.

Si tratta del discusso problema del c.d. "danno da vita indesiderata", posto che, essendo la patologia o la malformazione connaturate al feto, il medico non le ha provocate e che, allo stato della scienza medica, esse sono incurabili.

A questo proposito, è indispensabile porsi interrogativi ulteriori, che sembrano aprire più problemi rispetto a quelli che l'ampliamento della tutela al nato risolverebbe.

In particolare, ci si deve chiedere se può la nascita costituire un danno risarcibile e se esiste quindi un diritto a non nascere, se non sani. Inoltre, è necessario risolvere un ulteriore quesito relativo alla azionabilità del diritto anche nei confronti della madre.

Si tratta di quesiti che ruotano attorno al nesso di causa che intercorre tra la nascita e il lamentato danno alla salute.

Come si è detto, l'azione ingiusta che ha provocato il danno va infatti rintracciata nella mancata informazione alla madre che le avrebbe permesso di optare, in presenza di ripercussioni negative della patologia del nascituro sulla propria salute, per l'interruzione volontaria di gravidanza o per il mancato impianto degli embrioni in utero.

D'altro canto, occorre essere consapevoli che dietro le domande di risarcimento presentate direttamente dai nati con le patologie non diagnosticate, oltre che dai genitori, vi è l'esigenza di attribuire direttamente ai soggetti che vedono menomata la propria salute e, di conseguenza, devono intraprendere cure mediche e sostenerne i costi, il relativo risarcimento. L'attribuzione a costoro di un risarcimento, oltre che ai genitori, permette di svincolare la somma ottenuta dalle vicende della vita dei genitori e di ovviare quindi ai problemi che il soggetto potrebbe incontrare nel caso in cui questi non siano più in grado o non intendano, per qualsiasi motivo, destinare tale somma alle cure²⁵.

²² E lasciando da parte i diritti dei genitori, ed in particolare della donna, di cui non ci si può occupare in questa sede.

²³ V. tra le altre Cass., 11 maggio 2009, n. 10741, in *Danno resp.*, 2009, 1167 ss., con nota di S. CACACE, *Figli indesiderati nascono. Il medico in tribunale*, e di F. DI CIOMMO, *Giurisprudenza-normativa e 'diritto a non nascere se non sano'. La Corte di cassazione in vena di revirement?*, *ivi*, 2010, 144 ss.

²⁴ V. in tema A. FERRARIO, *Il danno*, cit., 7 ss., per una ricostruzione della precedente giurisprudenza.

²⁵ A. FERRARIO, *Il danno*, cit., 25.

Anche in altri ordinamenti il tema è stato affrontato e trattato, con varie risposte, tendenzialmente negative rispetto alla legittimazione del nascituro ad una richiesta di risarcimento dei danni²⁶. Nel panorama europeo, particolarmente significativa pare la soluzione adottata dalla Francia, dove, nel noto caso *Perruche*, dopo l'apertura della giurisprudenza, il legislatore ha ritenuto di precludere tale possibilità ed il *Conseil constitutionnel* ha valutato questa scelta non sproporzionata²⁷.

Quanto al nostro ordinamento, preso atto del silenzio del diritto positivo, occorre rilevare che neppure dalla giurisprudenza costituzionale giungono precise e univoche indicazioni.

Un'occasione per la Corte costituzionale, per pronunciarsi sul delicato tema, si era presentata con la questione decisa con l'ord. n. 366 del 2004, in cui tuttavia la Corte non è entrata nel merito, ma ha adottato una decisione di manifesta inammissibilità per pretese ragioni processuali.

Si trattava della conformità a Costituzione degli artt. 5, 6, e 7 della legge n. 194 del 1978 nella parte in cui consentono l'interruzione volontaria della gravidanza dopo i primi novanta giorni dal suo inizio in caso di rilevanti anomalie o malformazioni del nascituro che determinino un grave pericolo per la salute fisica o psichica della donna, in riferimento agli artt. 2, 27, comma 4 e 32, Cost. La Corte dichiara la manifesta inammissibilità della questione per difetto di motivazione sulla rilevanza, da parte del giudice rimettente, in ordine all'impossibilità di vita autonoma del feto. Solo a fronte dell'accertamento della impossibilità di vita autonoma del feto infatti si sarebbe potuto procedere all'interruzione della gravidanza e, di conseguenza, lo stesso giudice avrebbe potuto decidere, rigettandola, sulla domanda relativa ai danni conseguenti alla mancata interruzione.

Un'altra occasione per il Giudice costituzionale per esprimersi, sempre in materia di interruzione volontaria di gravidanza, sulla specifica tutela del concepito e sulla sua portata si è determinata a seguito della discussa ordinanza di rimessione del Tribunale di Spoleto²⁸, che ha sollevato questione di legittimità costituzionale sull'art. 4 della legge n. 194, nella parte in cui prevede la possibilità di interrompere volontariamente la gravidanza, in relazione agli artt. 2, 11, 32, primo comma, e 117, primo comma, Cost. Con riferimento a quest'ultimo parametro, in particolare, il giudice rimettente aveva fatto riferimento a una decisione della Corte di Giustizia che, in materia di brevettabilità di processi di ricerca scientifica che determinavano la distruzione di embrioni, aveva individuato una nozione particolarmente ampia di embrione e accordato ad esso tutela, ritenendo quei medesimi processi di ricerca non brevettabili.

La Corte costituzionale ha dichiarato la questione manifestamente inammissibile poiché il giudice non era chiamato a decidere in merito alla possibilità per la minore di interrompere la gravidanza e dunque non doveva fare applicazione dell'art. 4.

Pur essendo stata risolta su un piano processuale la questione sollevata, quest'ultima avrebbe potuto costituire, se la Corte avesse potuto entrare nel merito della stessa, una importante e decisiva occasione per specificare, ancora una volta (oltre a quanto già stabilito con la sent. n. 27 del 1975 e con le successive decisioni in materia di referendum), la portata della norma che prevede le condizioni per l'accesso all'interruzione di gravidanza e dunque della tutela da apprestarsi al concepito.

Il problema viene invece affrontato specificamente dalla giurisprudenza di merito e di legittimità, che da tempo si confrontano con la delicata tematica.

Una svolta rispetto alla posizione di chiusura espressa dalla giurisprudenza di legittimità²⁹, è costituita, in particolare e come si è anticipato, dalla sentenza della Corte di Cassazione n. 16754 del 2012³⁰.

²⁶ V. C. SIANO, *Medicalmalpractice e tutela del nascituro*, in *Resp. civ.*, ottobre 2009, 823 ss.

²⁷ In particolare in relazione alla Francia, ed al noto caso *Perruche*, v. C. PICIOCCHI, Il "diritto a non nascere": verso il riconoscimento del wrongful life actions nel diritto francese?, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2001, II, 677 ss. Il caso riguardava un bambino nato con alcune disabilità, dovute alla contrazione da parte della madre, durante la gestazione, della rosolia, che per un errore medico non le era stata diagnosticata e che, se conosciuta, avrebbe condotto la donna all'aborto. Dopo il riconoscimento in via giurisprudenziale (Assemblée plénière della Cour de Cassation, sentenza del 17 novembre 2000) del diritto del nato il legislatore era intervenuto precludendo in fattispecie analoghe tale soluzione, con la legge 2002-203. Il Conseil constitutionnel si è poi pronunciato sulla legittimità costituzionale della legge, ritenendo non sproporzionata la preclusione del risarcimento del danno (v. F. IANNONE, *Responsabilità medica*, cit., par. 6).

Anche la Corte europea si era dovuta pronunciare in merito alla retroattività della nuova legge, applicata anche a casi pendenti, in quanto la sentenza e aveva rinvenuto in essa una violazione dell'art. 1 del Protocollo 1 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (Maurice contro Francia, ric. no. 11810/03, e Draon contro Francia, ric. no. 1513/03).

Per un quadro si v. G. CRICENTI, *Il concepito ed il diritto di non nascere*, cit., par. 3.1 e 3.2, in cui sono presi in esame anche altri ordinamenti.

²⁸ Per osservazioni critiche sull'ordinanza del Tribunale di Spoleto e per ulteriori considerazioni sulla decisione della Corte costituzionale si veda B. LIBERALI, *Una nuova censura (nuovamente respinta) nei confronti della l. n. 194 del 1978*, in *www.biodiritto.org*.

²⁹ Cfr. A. FERRARIO, *Il danno*, cit., 17 ss.

Il caso riguardava la nascita di una figlia affetta dalla sindrome di Down, diagnosticabile, ma non diagnosticata durante la gravidanza.

La Corte di cassazione, ribaltando numerosi precedenti³¹, ritiene che il danno sia risarcibile sia nei confronti dei genitori, sia dei fratelli e delle sorelle³², sia, in modo significativo, della figlia stessa.

Punto di partenza nell'iter argomentativo, che assume in questo lavoro un particolare significato, si incentra sul riconoscimento in capo al nascituro non tanto della soggettività giuridica, ma della qualità di oggetto di una tutela da parte dell'ordinamento, il cui esplicarsi è condizionato alla nascita³³.

Per cui, secondo la Corte di cassazione, il fondamento del diritto al risarcimento non è costituito dal riconoscimento di un diritto a nascere sano né tantomeno di un diritto a non nascere, bensì è costituito dalla lesione della salute dell'embrione, che si è determinata al momento del concepimento e che ha dato vita a danni futuri.

Tale danno diviene risarcibile perché si ritiene che l'art. 32 Cost. protegga la salute non soltanto nella sua dimensione statica di assenza di malattia, ma come condizione dinamico-funzionale di benessere psicofisico.

In questo quadro, la Corte di cassazione ritiene che sussista il nesso di causalità, richiesto dall'art. 2043 c.c., perché la patologia non trova la sua fonte solo nel concepimento, ma anche nella omissione di esami, di diagnosi e della conseguente comunicazione ai genitori di quelle informazioni.

La donna, a seguito di una corretta ed esauriente informazione, sarebbe stata posta nella condizione di autodeterminarsi nelle scelte procreative e dunque di decidere anche per l'interruzione della gravidanza. In questo modo, quindi, non si sarebbe determinata quella condizione, ovvero la nascita, il cui avverarsi in qualche modo consente al danno alla salute di determinarsi (secondo questa lettura la seconda fattispecie viene assimilata alla prima, in cui il danno al concepito è prodotto dall'azione di un medico).

Ecco dunque che la Corte di cassazione riesce a conciliare la tutela del nato con il riconoscimento e la valorizzazione del diritto alla salute della donna e della sua autodeterminazione in materia di procreazione, ovvero del suo diritto ad una procreazione cosciente e responsabile.

Coerente con la descritta impostazione e, soprattutto, fondamentale per la tenuta del ragionamento della Corte di cassazione, da un punto di vista costituzionale, è il passaggio della decisione in cui si afferma che è insostenibile ogni ipotetica rivalsa del minore nei confronti della madre.

Come afferma la Corte, infatti, "a quest'ultima, e a lei soltanto, è rimessa la facoltà di decidere, in solitudine, della prosecuzione o meno della gravidanza". Peraltro, occorre sottolineare come, nel caso in cui la donna non avrebbe comunque interrotto la gravidanza, non possa ritenersi sussistente il nesso di causalità.

Sembra quindi imprescindibile osservare in questa sede che, in caso contrario ovvero nel caso in cui si intenda riconoscere l'azionabilità del diritto del nato nei confronti della madre, la *ratio decidendi* della pronuncia in esame si porrebbe in contrasto con gli artt. 2, 3 e 32 Cost., e forse anche con l'art. 13 Cost.

Se infatti si ritenesse la donna responsabile nei confronti del nato della mancata interruzione volontaria di gravidanza, ciò significherebbe sacrificare il suo diritto inviolabile alla salute e persino alla libertà personale, nonché il principio di ragionevolezza.

3. Conclusioni

In conclusione, pare doversi rispondere in senso negativo all'interrogativo intorno alla configurabilità di un diritto a nascere sani.

Nemmeno la soluzione della sentenza della Corte di cassazione n. 16754 del 2012, sopra esaminata, che accorda il diritto al risarcimento del danno al nato con la sindrome di Down, per mancata diagnosi della malattia durante la gestazione, pare infatti riconoscere un simile diritto.

³⁰ Cit. alla nota 3.

³¹ Tra i più significativi precedenti in senso contrario v. Cass. n. 14488/2004, in *Dir. Fam. e Pers.*, 2006, III, 958 ss., con cui la Corte di cassazione ha stabilito che quando sia accertata la responsabilità del medico per il mancato esercizio del diritto all'aborto, il danno è risarcibile in relazione al pregiudizio inferito alla salute della donna e a ogni negativa conseguenza patrimoniale a suo carico, oltre al c.d. danno biologico in tutte le sue forme.

³² In base al principio di diritto secondo il quale la responsabilità sanitaria per omessa diagnosi di malformazioni fetali e conseguente nascita indesiderata va estesa, oltre che nei confronti della madre nella qualità di parte contrattuale, anche al padre ed ai fratelli e alle sorelle del neonato.

³³ Così v. G. CRICENTI, *Il concepito e il diritto a non nascere*, cit., par. 2.

Come si è detto, la *ratio decidendi* della pronuncia si incentra piuttosto sulla “estensione” del risarcimento, dovuto direttamente alla madre (ma anche ad altri componenti del nucleo familiare), anche al nato, che ne necessita per far fronte ai danni alla propria salute e che è il soggetto che subisce in prima persona le conseguenze della mancata corretta informazione dei genitori durante la gravidanza.

Occorre peraltro ribadire, poiché si tratta di un aspetto fondamentale sotto il profilo dei principi costituzionali, che la pronuncia in esame si pone in linea col dettato costituzionale poiché esclude (espressamente) il risarcimento del danno del nato nei confronti della madre che, nonostante la diagnosi della patologia, decide di continuare la gravidanza. Si rimette esclusivamente alla donna, infatti, la facoltà di avvalersi dell'interruzione volontaria di gravidanza in presenza di pericoli per la sua vita e la sua salute, come peraltro chiaramente stabilisce la stessa legge n. 194 del 1978.

Occorre infine svolgere una ulteriore considerazione, collegata alla precedente.

La decisione della Corte di cassazione pare inserirsi correttamente nel quadro emerso dalla giurisprudenza costituzionale, che ritiene imposto dal quadro costituzionale un intervento legislativo teso alla tutela del concepito (si vedano in questo senso le sentt. nn. 26 del 1981, 35 del 1997 e 45 del 2005).

La Corte costituzionale ha comunque negato, in materia di interruzione volontaria di gravidanza, che sia possibile equiparare il concepito, che persona ancora non è, e la madre, che è invece già persona (si veda in particolare la sent. n. 27 del 1975). La stessa Corte, in materia di procreazione medicalmente assistita, ha ammesso che la legge n. 40 del 2004 possa legittimamente contemperare i diritti dell'embrione con le giuste esigenze della procreazione (e a questo proposito si veda innanzitutto la sent. n. 151 del 2009).

Ci si riferisce, in particolare, ai passaggi della sentenza che individuano nel concepito l'oggetto di una tutela imposta dalla Costituzione, anziché un soggetto di diritti.

La posizione di soggetto di diritti si acquisisce, infatti, conformemente alla decisione della Corte di cassazione, solo con la nascita, evento in subordinazione del quale si pone il delicato problema di tutelare la salute del nato dai danni invertebrati per la scorretta o inadeguata informazione sullo stato di salute dell'embrione da parte dei medici nei confronti dei genitori.

Se invece avesse rinvenuto nel concepito un soggetto di diritti, la Corte di cassazione, per sorreggere l'impianto della propria decisione ed assicurare così il risarcimento del danno anche al nato, oltre che ai genitori ed ai fratelli, avrebbe dovuto riconoscere l'esistenza in capo al concepito stesso del “diritto a non nascere se non sano”.

L'eventuale riconoscimento di un simile diritto del concepito, in ogni caso, pone ulteriori questioni problematiche.

Infatti, il diritto a non nascere se non sano dovrebbe successivamente e necessariamente essere bilanciato innanzitutto con il diritto alla vita dello stesso nascituro. In secondo luogo, esso andrebbe bilanciato con il diritto della madre di proseguire la gravidanza anche a seguito dell'accertamento dell'esistenza di una malattia genetica, con le problematiche conseguenze di cui si è detto sopra.