

CAPITOLO I

I DIRITTI DELLA PERSONALITÀ

SOMMARIO: 1. Generalità. – 1.1. Tecniche di tutela. – 2. I singoli attributi della personalità. – 2.1. Il “diritto” alla vita. – 2.1.1. Il danno da nascita indesiderata. – 2.1.2. Il “*diritto a non nascere se non sano*”. – 2.1.3. Il diritto di morire. – 2.2. La tutela dell’integrità fisica e gli atti di disposizione del proprio corpo. – 2.3. Il diritto al nome. – 2.3.1. La tutela dello pseudonimo (e l’estensione al c.d. *nickname*). – 2.3.2. L’attribuzione del cognome materno. – 2.4. Il diritto all’immagine e all’identità personale. – 2.5. Il diritto all’integrità morale: onore e riservatezza. – 2.5.1. Il diritto alla reputazione degli enti collettivi. – 2.6. Il c.d. diritto all’oblio.

1. Generalità

La protezione della persona umana assurge a **principio informatore del nostro sistema giuridico**.

L’art. 2 della Costituzione stabilisce che “*la Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell’uomo, sia come singolo, sia nelle formazioni sociali in cui si svolge la sua personalità*”, mentre l’art. 3, al co. 2, attribuisce alla Repubblica “*il compito di rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che limitando di fatto la libertà e l’uguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana*”.

Tali disposizioni assumono una posizione fondamentale sotto il profilo dell’efficacia formale.

Tradizionalmente al diritto (o ai diritti) della personalità vengono attribuiti i caratteri della:

- a) *indisponibilità*;
- b) *irrinunciabilità*;
- c) *intrasmissibilità*;
- d) *imprescrittibilità*.

I surriferiti caratteri vanno tuttavia rimeditati alla luce della prospettiva di **emanipazione del valore giuridico della persona dalla categoria del diritto soggettivo**.

Da ciò discende che il soggetto non può disporre, né rinunciare, né trasmettere il valore di cui non è titolare, né la sua inerzia può comportare l’estinzione dello stesso per prescrizione.

1.1. Tecniche di tutela

La particolare struttura del valore giuridico di persona e la sua ontologica diversità rispetto al modello del diritto soggettivo si riverbera anche sul piano delle tutele.

I rimedi esperibili in caso di violazione del valore giuridico di persona sono:

1) l'*azione inibitoria*, che costituisce il rimedio elettivo volto a reprimere comportamenti che si sostanzino nella negazione di un valore giuridico, in quanto offre una reazione immediata contro l'antigiuridicità di un comportamento in atto. Come autorevolmente osservato, "*il valore giuridico, tutelato attraverso il dovere di astensione altrui, spiega da sé la necessità che vengano a cessare i comportamenti da cui viene trasgredito*" (MESSINETTI);

2) l'*azione risarcitoria*, che, con riferimento al valore giuridico di persona, assume un carattere peculiare rispetto al modello canonico di cui all'art. 2043 c.c. Tale norma nasce, infatti, per la riparazione di quei pregiudizi di natura patrimoniale connessi alla lesione di posizioni di diritto soggettivo assoluto.

Secondo **una parte della dottrina**, la risarcibilità del danno consistente nella lesione del valore giuridico di persona, quale danno non patrimoniale, trova **esclusivo fondamento nella disposizione di cui all'art. 2059 c.c.**, letto in combinato disposto con la norma costituzionale che formalizza al massimo grado il valore stesso: l'art. 2 della Costituzione.

A **differenza di quello inibitorio, il rimedio risarcitorio**, quale che sia il suo fondamento, implica una specifica valutazione della condotta tenuta da altri ed **esige un elemento soggettivo**, senza il quale la qualificazione di antigiuridicità non basterebbe a fondare una sanzione ulteriore rispetto all'inibitoria.

2. I singoli attributi della personalità

Il valore giuridico di persona è suscettibile di manifestarsi in diverse forme che possono essere fatte oggetto di autonoma considerazione e tutela da parte dell'ordinamento.

A grandi linee può operarsi una **fondamentale distinzione** tra gli aspetti:

- a) c.d. "materiali" della personalità, che si specificano nel "diritto" alla vita, alla salute e all'integrità psicofisica;
- b) c.d. "moralì" dei quali costituiscano manifestazione, i "diritti" al nome, all'immagine, all'identità personale, all'onore e alla riservatezza.

2.1. Il "diritto" alla vita

Una fondamentale manifestazione del valore giuridico di persona, espressamente tutelata tanto a livello interno quanto a livello internazionale, è la vita, quale fenomeno naturale dell'esistenza fisica.

La vita è tutelata:

- a) *tanto nei confronti dello Stato*, che non può violare la vita della persona, neppure in caso di gravi condanne penali (l'Italia ha infatti abolito la pena di morte, sostituendola con l'ergastolo, anche nei casi previsti dalle leggi militari di guerra);
- b) *quanto nei confronti dei privati*, che, in caso di attentati alla vita altrui, incorrono in severe sanzioni di carattere penale.

Non deve credersi tuttavia che le **problematiche inerenti al c.d. “diritto alla vita”** siano residuali in seno al dibattito privatistico, dovendosi anzi rilevare la sempre più viva attenzione alla quale ultimamente alcune di esse sono state sottoposte.

Ci si riferisce in particolare alle **questione della titolarità del diritto al conseguimento della vita da parte del nascituro** e a quella, assai penosa, della **sussistenza di una libertà individuale di autodeterminazione in ordine alla cessazione della vita stessa**, qualora si versi in gravi condizioni di dolore e sofferenza fisica a causa di un male incurabile.

Quanto al primo aspetto, lo sganciamento della personalità dagli angusti confini del diritto soggettivo conduce ad un superamento della tesi formalistica in base alla quale al *nascituro*, in quanto privo di capacità giuridica, non spetterebbe il diritto alla vita.

Si ritiene, invece, che proprio l'inquadramento della persona umana quale valore fondamentale tutelato in quanto tale dall'ordinamento debba condurre ad una sua **protezione anche a prescindere dall'esistenza giuridica del soggetto** sul quale esso si appunta.

In tal senso, peraltro, depongono anche i dati normativi offerti:

- dall'*art. 1 della legge 22 maggio 1978, n. 194* (sull'interruzione volontaria di gravidanza) che attribuisce allo Stato il compito di tutelare la vita umana dal suo inizio;
- dall'*art. 1 della legge 19 febbraio 2004, n. 40* che, con terminologia impropria e ai limitati fini della procreazione medicalmente assistita, prende in considerazione “i diritti di tutti” i soggetti coinvolti compreso il concepito.

Ciò posto, peraltro, occorre considerare che **il valore (potenziale) della vita del nascituro può entrare in conflitto con altri valori in atto di pari rango quali certamente sono la tutela della salute e della vita stessa della madre** ai quali l'ordinamento, con una scelta condivisibile, attraverso un bilanciamento di interessi, accorda preferenza sia pure entro determinati limiti.

In particolare la legge consente alla madre l'interruzione della gravidanza:

- a) *entro i primi 90 giorni*, qualora la prosecuzione della stessa, il parto o la maternità comportino un **serio pericolo** per la sua salute fisica o psichica, in relazione 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 (art. 4, L. 194/78);
- b) *anche dopo i primi 90 giorni*, quando la gravidanza o il parto comportino un **grave pericolo per la vita della donna**, 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 (art. 6, L. 194/78).

2.1.1. Il danno da nascita indesiderata

Il diritto al risarcimento del danno da nascita indesiderata compete ad altri soggetti i quali, da tale nascita, abbiano subito un nocumento; la casistica giurisprudenziale si riferisce, in particolare, ai casi di **sterilizzazione** (maschile o femminile) e di **aborto** (anche terapeutico) non riusciti e di errata o mancata o incompleta diagnosi prenatale in relazione ad eventuali malformazioni del feto.

L'inesatta informazione medica, infatti, preclude alla madre l'esercizio del diritto di scelta, sia nel caso di intervento di aborto o di sterilizzazione non riuscito, sia an-

che nel caso in cui essa dipenda da una errata diagnosi prenatale sulle condizioni di salute del feto.

La **mancata diligente preventiva comunicazione ai genitori sui rischi e sulle condizioni del nascituro**, nonché l'omissione di controlli ed esami più approfonditi, attengono, dunque, alla responsabilità contrattuale ed extracontrattuale del professionista e della struttura sanitaria nei confronti dei genitori.

I genitori chiedono, infatti, la riparazione di un danno derivante non solo e non tanto dalla nascita di un figlio non voluto, ma dal fatto stesso che è stata violata la loro decisione di non averlo.

Peraltro, il risarcimento del danno per mancato esercizio del diritto all'interruzione della gravidanza non consegue automaticamente all'inadempimento dell'obbligo di esatta informazione se il professionista sia stato interpellato dopo il novantesimo giorno dal concepimento. In questo caso occorrerà, infatti, anche accertare che sussistano le due condizioni previste dagli artt. 6 e 7 della L. 194 del 1978:

- un processo patologico, fisico o psichico, in atto;
- l'impossibilità di una vita autonoma, al di fuori dell'ambiente materno, per il feto.

In altri termini, il giudice chiamato ad accertare la responsabilità del professionista dovrà stabilire, con valutazione da compiersi *ex ante*, e quindi con riferimento al momento in cui il medico ha omesso la corretta informazione, se la conoscenza della reale situazione patologica del feto avrebbe ingenerato nella donna un processo patologico, fisico o psichico, con pericolo grave per la salute della stessa, ovvero se la sussistenza dell'errore diagnostico abbia o non abbia privato la madre dell'esercizio del suo diritto all'interruzione della gravidanza a causa della malformazione del figlio.

Nel caso in cui, invece, l'inadempimento all'obbligo di esatta informazione intervenga sino al novantesimo giorno dal concepimento, sussiste pacificamente l'obbligo del professionista di risarcire il danno.

La **prova** deve riguardare non soltanto la correlazione causale fra l'inadempimento dei sanitari (che si assume consistito nell'omissione di approfondimenti diagnostici) e il mancato ricorso all'aborto, ma anche la sussistenza delle condizioni comunque necessarie per procedere all'interruzione della gravidanza dopo il novantesimo giorno di gestazione (in relazione all'art. 6, lett. b) della L. 194/78, che subordina la possibilità di aborto – oltre tale termine – all'accertamento di "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"). Sul punto si **registrano due orientamenti contrastanti** che, pur muovendo entrambi dalla premessa – pacifica e tralascia – secondo cui, trattandosi di fatti costitutivi (art. 2697 c.c.), spetta alla donna l'onere di dimostrare che l'accertamento dell'esistenza di anomalie o malformazioni l'avrebbe indotta a interrompere la gravidanza e, altresì, che la conoscenza di tali elementi avrebbe generato nella gestante uno stato patologico tale da mettere in pericolo la sua salute fisica o psichica (con ciò rendendosi praticabile il ricorso all'interruzione della gravidanza oltre il novantesimo giorno), divergono allorché si tratta di individuare il tipo e, più specificamente, il contenuto della prova richiesta alla madre.

Un **primo e più risalente orientamento** ritiene corrispondente a regolarità causale che la gestante interrompa la gravidanza se informata di gravi malformazioni del feto: si è affermato, in particolare, che è sufficiente che la donna allegghi che si sarebbe avvalsa di quella facoltà se fosse stata informata della grave malformazione del feto, essendo in ciò implicita la ricorrenza delle condizioni di legge per farvi ricorso, compresa quella del pericolo per la salute fisica o

psichica derivante dal trauma connesso all'acquisizione della notizia, precisandosi, peraltro, che l'esigenza di prova al riguardo sorge solo quando il fatto sia contestato dalla controparte, nel qual caso si deve stabilire – in base al criterio (integrabile da dati di comune esperienza evincibili dall'osservazione dei fenomeni sociali) del "più probabile che non" e con valutazione correlata all'epoca della gravidanza – se, a seguito dell'informazione che il medico omise di dare per fatto ad esso imputabile, sarebbe insorto uno stato depressivo suscettibile di essere qualificato come grave pericolo per la salute fisica o psichica della donna.

Tale orientamento è stato recentemente sottoposto a critica da una parte della giurisprudenza di legittimità che ha evidenziato come – in mancanza di una preventiva espressa e inequivoca dichiarazione della volontà di interrompere la gravidanza in caso di malattia genetica – la mera richiesta di un accertamento diagnostico costituisca un indizio isolato del fatto da provare (l'interruzione di gravidanza), dal quale il giudice di merito è chiamato a desumere, caso per caso, senza il ricorso a generalizzazioni di tipo statistico, se tale presunzione semplice possa essere sufficiente a provare quel fatto, non potendo pertanto riconoscersi una "automatica significazione richiesta di diagnosi = interruzione di gravidanza in caso di diagnosi di malformazioni".

In mancanza di qualsivoglia elemento che colori processualmente la presunzione de qua, quindi, il principio di vicinanza alla prova e quello della estrema difficoltà (ai confini con la materiale impossibilità) di fornire la prova negativa di un fatto induce a ritenere che sia onere di parte attrice integrare il contenuto di quella presunzione con elementi ulteriori (di qualsiasi genere) da sottoporre all'esame del giudice per una valutazione finale circa la corrispondenza della presunzione stessa alla tesi attorea.

Nella stessa linea, è stato affermato che è onere della parte attrice allegare e dimostrare che, se fosse stata informata delle malformazioni del concepito, avrebbe interrotto la gravidanza e che tale prova non può essere desunta dal solo fatto che la gestante abbia chiesto di sottoporsi ad esami volti ad accertare l'esistenza di eventuali anomalie del feto, poiché tale richiesta è solo un indizio privo dei caratteri di gravità e univocità, ribadendosi che il rischio della mancanza o della insufficienza del quadro probatorio acquisito andrà a suo carico, fermo restando, tuttavia, che l'accertamento va condotto con giudizio *ex ante*, di talché ciò che si è effettivamente verificato successivamente può avere solo valore indiziaro o corroborativo, ma non decisivo.

Sul punto appare risolutivo l'intervento della **Suprema corte a Sezioni Unite (sent. 22 dicembre 2015, n. 25767)** che muove dall'interpretazione della **L. 194/1978** che ha introdotto, nel nostro ordinamento, la possibilità legale di ricorrere all'aborto, legittimando l'autodeterminazione della donna a tutela della sua salute, e non solo della sua vita, pur nel rispetto di condizioni rigorose, espressione di un bilanciamento di esigenze di primaria rilevanza.

Il diniego, in linea di principio, dell'interruzione di gravidanza come strumento di programmazione familiare, o mezzo di controllo delle nascite, e "a fortiori" in funzione eugenica, emerge, infatti, inequivoco già dall'art. 1, contenente l'enunciazione solenne della gerarchia dei valori presupposta dal legislatore, rivelatrice della natura eccezionale delle ipotesi permissive; fuori delle quali l'aborto resta un delitto ("*Lo Stato garantisce il diritto alla procreazione cosciente e responsabile, riconosce il valore sociale della maternità e tutela la vita umana dal suo inizio. L'interruzione volontaria della gravidanza, di cui alla presente legge, non è mezzo per il controllo delle nascite*").

In particolare, dopo il novantesimo giorno di gravidanza, la presenza delle condizioni ivi rigorosamente tipizzate non solo esclude una responsabilità penale, ma genera un vero e proprio diritto all'autodeterminazione della gestante di optare per l'interruzione della gravidanza.

Il dettato normativo trova rispondenza assiologica nel principio costituzionale di **non equivalenza tra la salvezza della madre, già persona, e quella dell'embrione**, che persona deve ancora diventare (Corte cost. 20/1975).

L'impossibilità della scelta della madre, pur nel concorso delle condizioni di cui all'art. 6 L. 194/1978, imputabile a negligente carenza informativa da parte del medico curante, è fonte di responsabilità civile: la gestante, profana della scienza medica, si affida, di regola, ad un professionista, sul quale grave l'obbligo di rispondere in modo tecnicamente adeguato alle sue richieste, senza limitarsi a seguire le direttive della paziente, che abbia espresso, in ipotesi, l'intenzione di sottoporsi ad un esame da lei stessa prescelto, ma tecnicamente inadeguato a consentire una diagnosi affidabile sulla salute del feto.

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

Oltre a ciò, dev'essere altresì provata la volontà della donna di non portare a termine la gravidanza, in presenza delle specifiche condizioni facoltizzanti.

Sotto questo profilo, il *thema probandum* è costituito da un **fatto complesso** e, cioè, da un accadimento composto da molteplici circostanze e comportamenti proiettati nel tempo: la rilevante anomalia del nascituro, l'omessa informazione da parte del medico, il grave pericolo per la salute psicofisica della donna, la scelta abortiva di quest'ultima.

In tale evenienza, può essere impossibile fornire la dimostrazione analitica di tutti gli eventi o comportamenti che concorrano a comporre la fattispecie: onde, il problema si risolve ponendo ad oggetto della prova alcuni elementi che si ritengano rappresentativi dell'insieme e dai quali sia perciò possibile derivare la conoscenza, per estrapolazione, dell'intero fatto complesso.

Nel caso in esame un aspetto particolarmente delicato – ove il convenuto non dia per pacifiche le componenti di fatto essenziali della fattispecie – è costituito dalla circostanza che la **prova verte anche su un fatto psichico**: e cioè, su uno stato psicologico, un'intenzione, un atteggiamento volitivo della donna, che la legge considera rilevanti.

L'ovvio problema che ne scaturisce è che del fatto psichico non si può fornire rappresentazione immediata e diretta, sicché non si può dire che esso sia oggetto di prova in senso stretto; in tal caso, l'onere probatorio – senza dubbio gravoso, vertendo su un'ipotesi, e non su un fatto storico – può essere assolto tramite dimostrazione di altre circostanze, dalle quali si possa ragionevolmente risalire, per via induttiva, all'esistenza del fatto psichico che si tratta di accertare.

Il passo successivo consiste nell'applicare la concezione quantitativa o statistica della probabilità, intesa come frequenza di un evento in una serie di possibilità date: espressa dall'ormai consolidato parametro del "*più probabile, che no*".

L'onere della prova di tutti i presupposti della fattispecie di cui all'art. 6 cit. ricade sulla gestante, inclusa quindi, la prova che avrebbe positivamente esercitato la scelta abortiva (ciò che implica un impervio accertamento induttivo anche delle convinzioni di ordine umano, etico ed eventualmente religioso, oltre che delle condizioni di salute psico-fisica esistenti all'epoca, che avrebbero concorso a determinare l'incoercibile decisione di interrompere, o no, la gravidanza).

I presupposti della fattispecie facoltizzante, del resto, non possono che essere allegati e provati dalla donna, ex art. 2697 c.c. (*onus incumbit ei qui dicit*), con un riparto che appare rispettoso del canone della vicinanza della prova, potendo, tuttavia, detto onere della prova essere **assolto in via presuntiva**.

Non si verte, precisano le Sezioni Unite, in tema di presunzione legale, sia pure *juris tantum*, la cui consacrazione, in via generale e astratta, appartiene al legislatore e che si risolve in una semplificazione della fattispecie legale, esimendo la parte dall'onere di provarne uno o più elementi integrativi, ulteriori rispetto alla premessa fattuale. Nulla del genere è infatti riscontra-

bile nella presente fattispecie, in cui il legislatore non esime in alcun modo la madre dall'onere della prova della malattia grave, fisica o psichica, che giustifichi il ricorso all'interruzione della gravidanza, nonché della sua conforme volontà di ricorrervi.

Ci si riferisce, invece, alla *praesumptio hominis*, rispondente ai requisiti di cui all'art. 2729 c.c., che consiste nell'inferenza del fatto ignoto da un fatto noto, sulla base non solo di correlazioni statisticamente ricorrenti, secondo l'*id quod plerumque accidit* – che peraltro il giudice civile non potrebbe accertare d'ufficio, se non rientrano nella sfera dei notorio (art.115, co. 2, c.p.c.) – ma anche di circostanze contingenti, eventualmente anche atipiche – emergenti dai dati istruttori raccolti: quali, ad esempio, il ricorso al consulto medico proprio per conoscere le condizioni di salute del nascituro, le precarie condizioni psico-fisiche della gestante, eventualmente verificabili tramite consulenza tecnica d'ufficio, pregresse manifestazioni di pensiero, in ipotesi, sintomatiche di una propensione all'opzione abortiva in caso di grave malformazione del feto, ecc.. In questa direzione il tema d'indagine principale diventa quello delle inferenze che dagli elementi di prova possono essere tratte, al fine di attribuire gradi variabili di conferma delle ipotesi vertenti sui fatti che si tratta di accertare, secondo un **criterio di regolarità causale**: restando sul **professionista la prova contraria** che la donna non si sarebbe determinata comunque all'aborto, per qualsivoglia ragione a lei personale.

2.1.2. Il “diritto a non nascere se non sano”

Una questione sulla quale si è recentemente sviluppato un fervente dibattito tanto in dottrina, quanto nella giurisprudenza, è quella della sussistenza nell'ordinamento di **un diritto a non nascere** ove il nascituro sia affetto da gravi malformazioni o anomalie che possano compromettere le condizioni e la qualità della vita dopo la nascita (**c.d. “diritto a non nascere se non sano”**).

Tale diritto deve essere preliminarmente **distinto dal c.d. “diritto a nascere sano”**, che costituisce invece una variabile del diritto alla integrità psicofisica e del diritto alla salute, di cui agli artt. 5 c.c. e 32 Cost., e che viene **ricosciuto anche al nascituro, sia pure subordinatamente all'evento della nascita**.

L'opinione prevalente, invece, non riconosce in capo al concepito un diritto a non nascere per diverse ragioni. Si è discusso, nello specifico, circa la legittimazione ad agire del soggetto nato malformato a causa di **malattie genetiche o ereditarie** non tempestivamente diagnosticate dal medico in fase prenatale, derivante, dunque, dalla lesione del diritto a non nascere.

Premesso che, in caso di omessa diagnosi di malformazioni del feto e conseguente **nascita indesiderata, è pacificamente ammesso il diritto al risarcimento dei danni non solo in capo alla madre del nascituro, ma anche al padre**, *“atteso che, agli effetti negativi del comportamento del medico, non può ritenersi estraneo il padre, che deve perciò considerarsi tra i soggetti protetti dal contratto con il medico e, quindi, tra coloro rispetto ai quali la prestazione mancata o inesatta è qualificabile come inadempimento, con il correlato diritto al risarcimento dei conseguenti danni, immediati e diretti”* (Cass. civ. 13/ 2010), oltre che, da ultimo, **anche in favore dei fratelli e delle sorelle del nascituro** che subirebbero, in virtù del **principio di propagazione intersoggettiva degli effetti diacronici dell'illecito**, *“un serio danno non patrimoniale consistente, tra l'altro (oltre che nelle inevitabili esigenze assistenziali destinate ad insorgere alla morte dei genitori), nella minor disponibilità dei genitori nei loro confronti”* nonché nella *“... diminuita possibilità di godere di un rapporto parentale con i genitori stessi”* (Cass. civ. 16754/2012), ci si è chiesto se anche il soggetto affetto da malformazioni abbia il diritto ad agire per ottenere il risarcimento del danno.

Stando ad un **primo orientamento, maggioritario**, se, da un lato, si può riconoscere in capo al concepito un “*diritto a nascere*” e a “*nascere sano*”, anche sotto il profilo privatistico della responsabilità contrattuale o extracontrattuale o da “contatto sociale”, da intendersi nel senso che nessuno può procurare al nascituro lesioni o malattie, attraverso comportamenti omissivi o commissivi, dall’altro, **si deve escludere che la nascita indesiderata possa costituire un danno per il concepito nato affetto da malformazioni congenite**, non essendo lo stesso titolare di un “diritto a non nascere se non sano”.

Tale tesi muove dal combinato disposto di cui agli **artt. 4 e 6 della L. 194/1978** secondo cui l’interruzione volontaria della gravidanza è prevista a tutela della salute della gestante, cui compete, in via esclusiva, l’esercizio del diritto; eventuali malformazioni del feto, pertanto, rilevano solo in relazione alla salute della madre, e non anche autonomamente, essendo inammissibile il c.d. **aborto eugenetico**. Ammettere un eventuale diritto a non nascere se non sano, tra l’altro, significherebbe riconoscere un **diritto adespota**, privo di un titolare fino al momento della nascita con la conseguente paradossale configurabilità di una posizione giuridica, in capo ad un soggetto non ancora nato, esercitabile solo in caso di lesione, dal momento che solo il nato potrebbe chiedere la tutela del suo diritto di non nascere; ma se tale violazione non vi è (e quindi non si fa nascere il malformato per rispettare il suo diritto di non nascere), ha fatto notare la giurisprudenza di legittimità, “*non vi è mai un titolare. Il titolare di questo presunto diritto non avrà mai, quindi, la possibilità di esercitarlo*” (Cass. civ. 14488/2004). La conclusione, secondo questo indirizzo giurisprudenziale, è che il concepito nato con malformazioni genetiche non può lamentare il danno cagionato dalla mancata interruzione della gravidanza con riferimento alla sua personale condizione, poiché l’ordinamento attuale non ritiene tale posizione giuridica meritevole di tutela.

Per **altro orientamento, di recente sostenuto dalla Suprema Corte**, il bambino affetto da malformazioni, una volta venuto ad esistenza, può avanzare personalmente domanda risarcitoria e ciò in base a una lettura complessiva dell’impianto costituzionale in tema di diritti fondamentali.

Il fondamento del danno da c.d. *wrongful life* deve trarsi:

– da un lato, dagli **artt. 2 e 3 Cost.**, essendo innegabile la **limitazione al pieno sviluppo della persona e della personalità**, come singolo e nelle formazioni sociali, e dal complesso di norme in materia di famiglia di cui agli **artt. 29-31 Cost.**, ben potendo la dimensione familiare “alterata” influire sull’attuazione dei diritti-doveri dei genitori sanciti dal dettato costituzionale; – dall’altro, dall’**art. 32 Cost.**, dovendosi intendere la salute non soltanto nella sua dimensione statica di assenza di malattia, ma come **condizione dinamico-funzionale di benessere psicofisico**.

Chi nasce malato per via di un fatto lesivo ingiusto cagionatogli durante la gestazione, secondo questa diversa ricostruzione, non fa, a ben vedere, valere un diritto a non nascere o a non nascere se non sano, bensì fa valere, ora per allora, la **lesione del suo diritto alla salute**, “... oggetto della pretesa e della tutela risarcitoria è, pertanto, sul piano morfologico, la nascita malformata, su quello funzionale (quello, cioè, del dipanarsi della vita quotidiana) il perdurante e irredimibile stato di infermità. Non la nascita non sana. O la non nascita” (Cass. civ. 16754/2012, cit.).

Il nato disabile, in altri termini, laddove si dimostri che una condotta diligente del medico durante la gravidanza avrebbe consentito alla madre di esercitare il diritto all’aborto, può agire per **alleviare, sul piano risarcitorio, la propria condizione esistenziale, destinata a una non del tutto libera estrinsecazione**.

Detto contrasto giurisprudenziale ha imposto l’intervento della **Suprema corte che, a Sezioni Unite (sent. 22 dicembre 2015, n. 25767)**, ha considerato nucleo centrale della disamina quello della legittimazione ad agire di chi, al momento della condotta del medico (in ipotesi, anti-giuridica), non era ancora soggetto di diritto, alla luce del principio consacrato all’art. 1

c.c. (“*La capacità giuridica si acquista dal momento della nascita*”), conforme ad un pensiero giuridico plurisecolare.

Natura eccezionale, a questa stregua, rivestirebbero le norme che riconoscono diritti in favore del nascituro, concepito o non concepito, subordinati all’evento della nascita (*ibidem*, co. 2): quale deroga al principio generale secondo cui non può reclamare un diritto chi, alla data della sua genesi, non era ancora esistente (artt. 254, 320, 462, 784 c.c.) o non lo era più (arg. ex art. 4 c.c.).

Di qui la definizione, nella fattispecie in esame, di diritto adespota, la cui configurazione riuscirebbe, *prima facie* in contrasto con il principio generale sopra richiamato.

L’argomento, apparentemente preclusivo in limine, non si palesa, peraltro, insuperabile e, di fatto, è stato superato da quella giurisprudenza di legittimità che ha opposto che il diritto al risarcimento, originato da fatto anteriore alla nascita, diventa attuale e azionabile dopo la nascita del soggetto.

È vero, in tesi generale, che l’attribuzione di soggettività giuridica è appannaggio del solo legislatore e che la c.d. **giurisprudenza normativa**, talvolta evocata quale fonte concorrente di diritto, violerebbe il principio costituzionale di separazione dei poteri ove non si contenesse all’interno dei limiti ben definiti di clausole generali previste nella stessa legge, espressive di valori dell’ordinamento (buona fede, solidarietà, ecc.), ma in realtà **non è punto indispensabile elevare il nascituro a soggetto di diritto, dotato di capacità giuridica** – contro il chiaro dettato dell’art. 1 c.c. – per confermare l’astratta legittimazione del figlio disabile ad agire per il risarcimento di un danno le cui premesse fattuali siano collocabile in epoca anteriore alla sua stessa nascita. Al fondo di tale ricostruzione dogmatica vi è, infatti, il convincimento tradizionale, da tempo sottoposto a revisione critica, che, per proteggere una certa entità, occorra necessariamente qualificarla come soggetto di diritto.

La giurisprudenza di legittimità, proseguono le Sezioni Unite, ha già da tempo negato, pur se in ipotesi di danno provocato al feto durante il parto, che l’esclusione del diritto al risarcimento possa affermarsi sul solo presupposto che il fatto colposo si sia verificato anteriormente alla nascita: definendo erronea la concezione che, a tal fine, ritiene necessaria la sussistenza di un rapporto intersoggettivo *ab origine* tra danneggiante e danneggiato. E ha concluso che, una volta accertata l’esistenza di un rapporto di causalità tra un comportamento colposo, anche se anteriore alla nascita, e il danno che ne sia derivato al soggetto che con la nascita abbia acquistato la personalità giuridica, sorge e dev’essere riconosciuto in capo a quest’ultimo il diritto al risarcimento (Cass. civ. 11503/1993).

Tenuto conto del naturale relativismo dei concetti giuridici, alla tutela del nascituro si può pervenire, in conformità con un indirizzo dottrinario, senza postularne la soggettività – che è una tecnica di imputazione di diritti e obblighi – bensì considerandolo oggetto di tutela (Corte Cost. 27/1975; Cass. civ. 9700/2011).

Tale principio informa espressamente diverse norme dell’ordinamento:

– l’**art. 1, co. 1, L. 40/2004** (norme in materia di procreazione medicalmente assistita) annovera tra i soggetti tutelati anche il concepito (“*Al fine di favorire la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o dalla infertilità umana è consentito il ricorso alla procreazione medicalmente assistita, alle condizioni e secondo le modalità previste dalla presente legge, che assicura i diritti di tutti i soggetti coinvolti, compreso il concepito*”);

– analogo concetto è riflesso nell’**art.1 della L. 194/1978** (norme per la tutela sociale della maternità e sull’interruzione volontaria della gravidanza), qui in esame, che retrodata la tutela della vita umana anteriormente alla nascita (“*Lo Stato garantisce il diritto alla procreazione cosciente e responsabile, riconosce il valore sociale della maternità e tutela la vita umana dal suo inizio*”);

– anche la **L. 405/1975** (istituzione dei consultori familiari) afferma l’esigenza di proteggere la salute del concepito (art. 1: “*Il servizio di assistenza alla famiglia e alla maternità ha come scopi ... c) la tutela della salute della donna e del prodotto del concepimento*”);

– infine, nell’ambito della stessa normativa codicistica, l’**art. 254** prevede il riconoscimento del figlio nato fuori del matrimonio anche quando questi sia solo concepito, ma non ancora nato. Entro questa cornice dogmatica si può dunque **concludere per l’ammissibilità dell’azione del minore, volta al risarcimento di un danno che assume ingiusto, cagionatogli durante la gestazione**. Tesi che, del resto, neppure collide con la teoria della causalità, posto che è ben possibile che tra causa ed evento lesivo intercorra una cesura spazio-temporale, tale da differire il relativo diritto al ristoro solo al compiuto verificarsi dell’effetto pregiudizievole, purché senza il concorso determinante di concause sopravvenute (cfr. art. 41 c.p.).

Qui la particolarità risiederebbe nel fatto che il medico sia, in ipotesi, l’autore mediato del danno, per aver privato la madre di una facoltà riconosciuta dalla legge, tramite una condotta omissiva che si ponga in rapporto diretto di causalità con la nascita indesiderata e la soluzione verrebbe, in tal modo, ad essere identica alla diversa ipotesi della responsabilità del medico verso il nato disabile per omessa comunicazione ai genitori della pericolosità di un farmaco somministrato per stimolare l’attività riproduttiva (Cass. civ. 10741/2009) o di una malattia della gestante suscettibile di ripercuotersi sulla salute del feto.

Se dunque l’astratta riconoscibilità della titolarità di un diritto (oltre che della legittimazione attiva) del figlio handicappato non trova un ostacolo insormontabile nell’anteriorità del fatto illecito alla nascita, giacché si può essere destinatari di tutela anche senza essere soggetti dotati di capacità giuridica ai sensi dell’art. 1 c.c., occorre **scrutinare a fondo il contenuto stesso del diritto che si assume lesa e il rapporto di causalità tra condotta del medico ed evento di danno**.

Sotto il primo profilo, si deve partire dal **concetto di danno-conseguenza, consacrato all’art. 1223 c.c.** e riassumibile, con espressione empirica, nell’avere di meno, a seguito dell’illecito. In siffatta ricostruzione dogmatica, il danno riuscirebbe pertanto legato alla stessa vita del bambino e l’assenza di danno alla sua morte.

Ed è qui che la tesi ammissiva incorre in una **contraddizione insuperabile**: dal momento che il secondo termine di paragone, nella comparazione tra le due situazioni alternative, prima e dopo l’illecito, **è la non vita**.

Il supposto interesse a non nascere, com’è stato detto efficacemente in dottrina, mette in scacco il concetto stesso di danno. Tanto più che di esso si farebbero interpreti unilaterali i genitori nell’attribuire alla volontà del nascituro il rifiuto di una vita segnata dalla malattia: come tale, **indegna di essere vissuta** (quasi un corollario estremo dei c.d. diritto alla felicità).

L’ordinamento non riconosce, per contro, il diritto alla non vita: cosa diversa dal c.d. diritto di staccare la spina che, comunque, presupporrebbe una manifestazione positiva di volontà *ex ante* (testamento biologico). L’accostamento, non infrequente, tra le due fattispecie è fallace; oltre a non tener conto dei limiti connaturali al ragionamento analogico, soprattutto in tema di norme eccezionali.

Né, precisano le Sezioni Unite, vale invocare il **diritto di autodeterminazione della madre, lesa dalla mancata informazione sanitaria**, ai fini di una propagazione intersoggettiva dell’effetto pregiudizievole (Cass. civ. 9700/2011): la formula, concettualmente fluida e inafferrabile, pretende di estendere al nascituro una facoltà che è concessa dalla legge alla gestante, in presenza di rigorose condizioni – progressivamente più restrittive nel tempo –, posta in relazione di bilanciamento con un suo diritto già esistente alla salute personale, che costituisce il concreto termine di paragone positivo; bilanciamento, evidentemente non predicabile, in relazione al nascituro, con una situazione alternativa di assoluta negatività.

In senso contrario, qualche voce in dottrina, non senza echi giurisprudenziali, adduce l’apparente antinomia tra la progressiva estensione del credito risarcitorio in favore del padre (Cass. civ. 6735/2002) e dei germani (Cass. civ. 16754/2012) e il perdurante diniego opposto al figlio, primo interessato dalle patologie prese in considerazione dalla norma: argomento, suggestivo e impressionistico, ma di nessun pregio giuridico, restando ad un livello di constatazione empirica, senza adeguato apprezzamento delle diverse premesse in diritto.