

**Il diritto alla “non vita” al vaglio delle Sezioni Unite.
A proposito di Cassazione, Sezioni Unite, n. 25767/15***

di Dario Martire - Dottorando di ricerca in diritto costituzionale e diritto pubblico generale presso l' Università di Roma “Sapienza”

ABSTRACT: The present work is aimed at the in-depth analysis of the controversial issue of the right not to be born, unless healthy. In greater detail, stemming from a recent judgment of the Joint Chambers of the Supreme Court of Cassation (n. 25767/15), the past case law on substantive matters (ordinary jurisdiction: Court of First Instance, Court of Appeal, Supreme Court of Cassation) and the past case law of the Constitutional Court will be duly examined, with regard to the constitutional values at stake as well as to the risks entailed by the potential acknowledgment of such a right

SOMMARIO: 1. Le origini della questione. 2. Il diritto alla “non vita” ed il caso francese. 3. Il diritto alla vita del concepito ed il diritto di autodeterminazione della donna-madre. 4. Diritto di autodeterminazione e “fine vita”: spunti per alcune riflessioni conclusive.

1. Le origini della questione

«La vita è un grande dono, un immenso dono. Ora il trasmettere attraverso la generazione una condizione morbosa che questo grande dono trasformi in una immensa infelicità è illecito, contrario al diritto, contrario al comportamento della persona quale le è imposto dall'ordinamento giuridico che la riconosce e la eleva».

Con queste parole il Tribunale di Piacenza, con una storica e al tempo stesso criticata sentenza, si pronunciava sulla domanda di risarcimento del danno proposta da una minore ereditaria nei confronti dei propri genitori¹.

Nello specifico il minore esperiva azione risarcitoria nei confronti del padre naturale, che aveva trasmesso alla madre e, di conseguenza, alla bambina che quest'ultima portava in grembo, la lue; la sentenza riconosceva un principio giuridico innovativo e pericoloso, vale a dire il diritto del figlio ai

• Lavoro sottoposto a referaggio in base alle Linee guida della Rivista.

¹ Cfr. Trib. Piacenza 31 luglio 1959, in *Foro It.*, 1951, I, 987 .

danni per “essere venuto al mondo” con una menomazione fisica conseguente alla trasmissione genetica del male da parte dei genitori consapevoli².

Nell’interrogarsi sulla questione Carnelutti così concludeva: «In che cosa consiste dunque, nel caso, l’inadempimento? Nel non essersi astenuto dal generare; (...) se dunque il padre avesse, invece, adempiuto alla sua pretesa obbligazione che cosa avrebbe conservato il figlio, che non ha potuto conservare, o che cosa avrebbe acquistato, che non ha potuto acquistare?»³.

La decisione che si commenta sembra rappresentare il naturale epilogo che ebbe inizio con la sentenza del Tribunale di Piacenza. Negli ultimi anni, difatti, all’attenzione della giurisprudenza si sono poste, con sempre maggiore frequenza, alcune delicate questioni attinenti alla risarcibilità del danno patito, da un lato, dai genitori che, principalmente per errore del medico, siano stati costretti ad accettare la procreazione e, dall’altro, dai genitori e dal figlio per la trasmissione di malattie ereditarie non correttamente diagnosticate⁴.

Occorre una precisazione al riguardo: la sentenza del Tribunale di Piacenza aveva ad oggetto la pretesa risarcitoria di un figlio nei confronti dei genitori per un fatto illecito commissivo, l’aver cioè trasmesso, con consapevolezza, una malattia al figlio; nei casi posti di recente invece la responsabilità che si invoca è quella del medico-sanitario che con la sua omissione non ha impedito il verificarsi della nascita; il nesso comune è rappresentato dalla concezione che si ha della vita, se essa costituisca un “bene”, come tale da proteggere, a prescindere dalla qualità con la quale essa si determini.

Si tratta di fattispecie indicate con le espressioni “wrongful life”, “wrongful birth” e “wrongful pregnancy” attinenti rispettivamente ai danni inferti con riferimento alle condizioni di vita, della nascita e della gravidanza⁵.

Il problema della nascita indesiderata si è posto, in termini giuridici (considerato che di nascite indesiderate ve ne sono da quando si ha memoria dell’uomo), nel momento in cui la scienza ha consentito di recuperare all’area della volontà dell’uomo una serie di fatti che precedentemente gli

² La sentenza suscitò notevoli critiche sia nella dottrina che in seno alla magistratura; cfr. al riguardo M. ELIA (allora giudice del Tribunale di Roma), *Responsabilità del genitore verso il figlio ereditario?*, in *Foro It.*, 1951, I, 988, secondo il quale, in tale sentenza, «Non ci si limita cioè al richiamo di principi etici, ma si opera sul terreno strettamente giuridico; ed allora bisogna andar cauti. La massima, sotto questo profilo, ci sembra non potersi sostenere, per considerazioni obiettive e subietive, come diremo innanzi. Talché, pur ammirando l’altezza dei motivi etici, che indussero alla decisione, del resto motivata in modo lodevole, quanto a forma ed abilità dialettica di argomentazione, non possiamo esimerci dalle riserve più ampie sul principio affermato».

³ F. CARNELUTTI, *Postilla a Tribunale di Piacenza 31 luglio 1950*, in *Foro It.*, I, 1951, 990; l’Autore prosegue «il Tribunale avrebbe dovuto affrontare il problema del valore della vita: e, una volta affrontato, non lo avrebbe potuto risolvere, senza contraddirsi, se non nel senso che la vita è un bene (non si legge, del resto, nella sentenza che “la vita è un grande dono, un immenso dono?”): se un malato val meno d’un sano, a fortiori la vita, anche d’un malato, vale qualcosa, mentre la non vita non vale nulla. E questo, badiamo, non è un giuoco dialettico, ma il riconoscimento della più alta verità: a prescindere dalle possibilità, sempre maggiori, di guarire la lue, per chi non confonde il male col morbo e col dolore, proprio la vita d’un malato può raggiungere le vette più alte: se Leopardi fosse stato un atleta, mancherebbe, assai probabilmente, al mondo una delle sue bellezze più pure». Cfr. inoltre P. RESCIGNO, *Il danno da procreazione*, in *Riv. dir. civ.*, 1956, 614; R. LENER, *Mero diritto civile la paternità?*, in *Foro it.*, 1952, 12; A.P. CASELLA, *Ancora sul diritto dell’ereditario al risarcimento dei danni da parte dei genitori*, in *Riv. dir. comm.*, 1952, 338.

⁴ Cfr., tra le tante, Corte di Cassazione, civ. sez. III, sent. 11.05.2009, n. 10741; Tribunale di Milano, sez. V, sent. 08.04.2009, Tribunale di Pesaro, 26.05.2008, Corte di Cassazione, civ. Sez. III, sent. 14.07.2006, n. 16123.

⁵ Le espressioni sono mutuare dal mondo anglosassone; cfr. al riguardo V. ZENO-ZENCOVICH, *La responsabilità per procreazione*, in *Giur. It.*, 1986, IV, 113 ss. e l’ampia bibliografia citata; v. inoltre V. MANGINI, *Un nuovo caso di «danno da procreazione»*, in *Riv. dir. civ.*, 1964, II, 609.

sfuggivano. In particolare, da un lato, la legge 22 marzo 1978, n. 194 (Norme per la tutela sociale della maternità e sull'interruzione volontaria della gravidanza) ha rimesso, seppur al verificarsi di particolari condizioni, alla volontà della donna-madre la possibilità di interrompere la gravidanza e conseguentemente impedire la nascita⁶. Dall'altro gli sviluppi scientifici in tema di procreazione medicalmente assistita hanno permesso la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o dalla infertilità umana.

Il progresso della scienza ha quindi posto una serie di problematiche del tutto nuove tra le quali rientra il "possibile" diritto del nato, seppur non sano ma comunque nato, ad avere un risarcimento del danno nei confronti del medico che abbia omesso, colposamente, una diagnosi che avrebbe consentito alla madre, se ne fosse stata a conoscenza, di procedere con l'interruzione della gravidanza.

Ebbene occorre fare una premessa; il caso sottoposto alle Sezioni Unite della Corte di Cassazione ha ad oggetto unicamente le conseguenze della mancata diagnosi di una patologia geneticamente esistente, che la condotta del medico non ha minimamente determinato; essa, in quanto genetica, è connaturata al feto e, pertanto, non potrebbe essere eliminata con alcun intervento. Diverso risulta infatti essere il caso del medico che, dolosamente o colposamente, cagiona un danno alla salute del feto; in tal caso *nulla quaestio*.

Inoltre, la problematica differisce ulteriormente se a richiedere il risarcimento del danno sia il genitore o il figlio; mentre nel primo caso si tratta di riconoscere un diritto di un soggetto che subisce un danno per la venuta ad esistenza di un soggetto terzo e che, nell'ipotesi di corretto comportamento professionale da parte del medico, avrebbe avuto la possibilità di scegliere consapevolmente se portare a termine la gravidanza, nel secondo si tratta di riconoscerlo in capo ad un soggetto che, in caso di corretta diagnosi, non sarebbe esso stesso venuto ad esistenza; si tratta quindi di paragonare una vita, seppur in condizioni difficili e complesse, ma pur sempre vita, ad una non vita, l'essere al non essere. Se, a differenza di quanto ritenuto dai giudici del Tribunale di Piacenza, la vita sia, sempre e comunque, un dono.

Già nella sentenza 18 febbraio 1975, n. 27, con la quale venne dichiarata l'incostituzionalità dell'art. 546 c.p., la Corte costituzionale affermò che la tutela del concepito ha un fondamento costituzionale, e, precisamente, negli artt. 2 e 31 della Costituzione; «l'art. 31, secondo comma, della Costituzione impone espressamente la "protezione della maternità" e, più in generale, l'art. 2 Cost. riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, fra i quali non può non collocarsi, sia pure con le particolari caratteristiche sue proprie, la situazione giuridica del concepito. E, tuttavia, questa premessa - che di per sé giustifica l'intervento del legislatore volto a prevedere sanzioni penali - va accompagnata dall'ulteriore considerazione che l'interesse costituzionalmente protetto

⁶ L'art. 1 stabilisce, al primo comma: "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'art. 4: "Per l'interruzione volontaria della gravidanza entro i primi novanta giorni, la donna che accusi circostanze per le quali la prosecuzione della gravidanza, il parto o la maternità comporterebbero 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, si rivolge ad un consultorio pubblico istituito ai sensi dell'articolo 2, lettera a), della legge 29 luglio 1975 numero 405, o a una struttura socio-sanitaria a ciò abilitata dalla regione, o a un medico di sua fiducia". Sull'interruzione di gravidanza v., tra i tanti, per i relativi effetti patrimoniali G. OPPO, *L'inizio della vita umana*, in *Riv. dir. civ.*, 1982, 502; per una ricostruzione generale ed ampia bibliografia cfr. L. CHIEFFI, *Aborto e Costituzione*, in ID. (a cura di), *Bioetica e diritti dell'uomo*, Torino, 2000, 118 ss.; R. PRODOMO, *L'embrione tra etica e biologia. Un'analisi bioetica sulle radici della vita*, Napoli, 1998, L. MOSCARINI, *Aborto. I) Profili costituzionali e disciplina legislativa*, in *Enc. Giur.*, vol. I, Roma, 1988, 6.

relativo al concepito può venire in collisione con altri beni che godano pur essi di tutela costituzionale e che, di conseguenza, la legge non può dare al primo una prevalenza totale ed assoluta, negando ai secondi adeguata protezione. Ed è proprio in questo il vizio di legittimità costituzionale, che, ad avviso della Corte, inficia l'attuale disciplina penale dell'aborto»⁷.

Il primo ostacolo che la giurisprudenza dovette affrontare risiedeva nel "superamento" dell'art. 1 c.c. che, come è noto, prevede che "la capacità giuridica si acquista dal momento della nascita; i diritti che la legge riconosce a favore del concepito sono subordinati all'evento della nascita".

Tradizionalmente il nascituro veniva considerato un soggetto privo di personalità giuridica, proprio perché, in base ad una interpretazione letterale dell'art. 1, tale capacità si acquista solo con la nascita. Tuttavia, ben presto, alla luce delle nuove norme costituzionali, tale concezione venne superata⁸.

Si apriva quindi la strada al riconoscimento di una soggettività giuridica al concepito-nascituro, riconoscimento che tuttavia portava con sé, in un'ottica di bilanciamento tra diritti, la possibilità che il diritto del concepito alla vita potesse subire una compressione; il bilanciamento va infatti realizzato tra diritti eterogenei, in quanto facenti capo l'uno a chi già persona è e l'altro a chi persona deve ancora diventare. Tale bilanciamento, proprio perché la possibilità della limitazione

⁷ Cfr. R. D'ALESSIO, *L'aborto nella prospettiva della Corte costituzionale*, in *Giur. Cost.*, 1975, 538 ss.; S. BARTOLE, *Scelte di valore più o meno implicite in una laconica sentenza sull'aborto*, *Giur. cost.*, 1975, 2099 ss.; C. CHIOLA, *Incertezza sul parametro costituzionale per l'aborto*, in *Giust. civ.*, 1975, 1098 ss.; M. C. ANDRINI, *Soggetto e persona*, in *Giur. It.*, 1975, I, 1761 ss.; G. DALLA TORRE, *Riflessioni sulla sentenza costituzionale n. 27/1975 in tema di aborto*, in *Riv. dir. fam.*, 1975, 599 ss.; cfr. inoltre F. MODUGNO, *I «nuovi diritti» nella giurisprudenza costituzionale*, Torino, 1995, 18-19, il quale ritiene che il diritto al conseguimento della vita del concepito non possa essere ricavato *sic et simpliciter* dall'art. 2 Cost., ma va individuato nel diritto-valore alla libertà personale, intesa in combinazione con il valore dello sviluppo della personalità, nella sua ampia portata assiologica di matrice di tutte le libertà della persona. E' agevole, continua l'illustre Autore, su tale base, operando il bilanciamento, far prevalere il diritto (alla vita e alla salute) della madre su quello del concepito, qualora esso sia pregiudicato dalla nascita di quest'ultimo. La prevalenza del diritto alla vita del vivente rispetto al diritto al conseguimento della vita del nascituro è anche dovuta alla combinazione del valore insito in quel primo con il valore della salute o dell'integrità psicofisica. V. inoltre, M. RAVERAIRA, *Osservazioni sulla sentenza della Corte costituzionale dichiarativa della illegittimità parziale dell'art. 546 codice penale*, in *Giur. It.*, 1975, 1418 ss.

⁸ Cfr., per tutte, la sentenza della Corte di Cassazione n. 3467 del 1973 che, nell'esaminare la specifica fattispecie della risarcibilità del danno non patrimoniale subito da una minore per la morte del padre avvenuta anteriormente alla sua nascita, partendo dalla considerazione che i casi in cui la legge attribuisce una limitata capacità giuridica al nascituro hanno carattere di eccezionalità e sono quindi di stretta interpretazione affermò: «la risarcibilità del danno presuppone che il soggetto danneggiato sia già venuto ad esistenza al momento del fatto lesivo, per cui la relativa azione non spetta al soggetto che si pretenda leso da fatti dannosi verificatisi anteriormente alla sua nascita». Cfr. inoltre, tra la giurisprudenza di merito, Corte di Appello di Roma 14.6.1956 e Tribunale di Lecce 2.2.1960. In dottrina, V.M. BIANCA, *Diritto civile, I, La norma giuridica, i soggetti*, Milano, 1993, A. FALZEA, *Il soggetto nel sistema dei fenomeni giuridici*, Milano, 1939 e ID, *Teoria generale*, in *Enc. dir.*, VI, Milano, 1960; F. D. BUSNELLI, *Lo statuto del concepito*, in *Dem. dir.*, 1988 e ID, *Il problema della soggettività del concepito a cinque anni dalla legge sulla procreazione medicalmente assistita*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, II, 185 ss., *Persona umana e dilemmi della bioetica: come ripensare lo statuto della soggettività*, in *Dir. umani e dir. internaz.*, 2007, I, 245 ss., *L'inizio della vita umana*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, I, 533 ss. . G. BALDINI, *Il nascituro e la soggettività giuridica*, in *Dir. fam. e pers.*, 2000, II, v. DONATO, *Contributi di diritto civile*, Torino, 2004, 21. P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli 1991, G. CRICENTI, *Breve critica della soggettività del concepito. I "falsi diritti" del nascituro*, in *Dir. fam. pers.*, 2010, II, 465 ss.; ID, *Il concepito soggetto di diritto ed i limiti dell'interpretazione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, I, 1258 ss. E. GIACOBBE, *Il concepito come persona in senso giuridico*, Torino, 2003; P. ZATTI, *La tutela della vita prenatale: i limiti del diritto*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2001, II, 149 ss.; ID, *Quale statuto per l'embrione?*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1990, 463 ss.; V. ZENO-ZENCOVICH, *Il danno al nascituro*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1994, I, 695 ss.; G. GIACOBBE, *Problemi civili e costituzionali sulla tutela della vita*, in *Dir. fam. pers.*, 1988, II, 1119 ss.

del singolo valore può arrivare fino al punto di estrema tensione che, tuttavia, non produca il suo totale sacrificio, che non pregiudichi cioè la sua ineliminabile ragion d'essere⁹, non rende ugualmente lecito il sacrificio di uno dei diritti individuali a totale discapito dell'altro: difatti il diritto alla vita del concepito non può prevalere sul diritto alla salute della madre, né quest'ultima può, sulla base di una propria scelta scevra da condizionamenti, annullare definitivamente la speranza di vita del concepito.

Si giungeva, pertanto, pel tramite di una interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 1 c.c. all'attribuzione al concepito di una soggettività giuridica diversa e limitata rispetto alla capacità giuridica riconosciuta a coloro che persone già sono (per riprendere l'espressione della Corte costituzionale)¹⁰.

2. Il diritto alla “non vita” ed il caso francese

Nel caso in esame la situazione era tuttavia ancor più complicata¹¹: se il riconoscere una soggettività giuridica, seppur diversa, al concepito consentiva di risolvere le problematiche relative al diritto al risarcimento dei danni determinati da eventi verificatisi prima della nascita (tipico il caso affrontato da Cass. Civile, sez. III, sentenza 03 maggio 2011 n. 9700, in cui il ricorrente lamentava i danni subiti a causa della perdita del padre, evento che si era determinato prima della nascita del ricorrente stesso), altrettanto non poteva dirsi con riferimento al diritto del concepito a non nascere; in tal caso, si affermava, il diritto in oggetto sarebbe un diritto “adespota” in quanto il diritto di non nascere, fino alla nascita non avrebbe un soggetto titolare dello stesso e con la nascita detto diritto di non nascere sarebbe definitivamente scomparso¹².

Occorre peraltro segnalare la nota vicenda francese che ha dato origine alla decisione della Cour de Cassation del novembre 2000, n. 99-13701; come è noto, la questione fu determinata da una errata diagnosi dei medici che avevano escluso la possibilità, poi verificatasi, che il feto potesse nascere con una grave malformazione (nello specifico si trattava del morbo di Gregg derivante dalla rosolia cui fu esposta la madre in gravidanza)¹³. La Corte, con una decisione destinata poi a non

⁹ Cfr. F. MODUGNO, *I «nuovi diritti» nella giurisprudenza costituzionale*, cit.

¹⁰ Si è affermato che anche prima della nascita il concepito è titolare di posizioni giuridiche soggettive anche per rapporti diversi da quelli indicati dalla legge aventi una propria rilevanza e, in assenza delle condizioni che consentono l'interruzione della gravidanza, matura la legittima aspettativa alla nascita, e conseguentemente a nascere come individuo sano aspettativa che, con la nascita, diviene un vero e proprio diritto soggettivo; cfr. Cass. Civ., Sez. III, 22.11.1993, n. 11503 e, per la giurisprudenza di merito, Tribunale di Verona 15.10.1990.

¹¹ Corte di Cassazione, Sezioni Unite, n. 25767/15. Occorre peraltro sottolineare, sin da ora, come la decisione che qui si commenta superi la problematica della soggettività giuridica; secondo la Corte «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 collocabili 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. (...) 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 (...) bensì considerandolo oggetto di tutela (Corte costituzionale 18 febbraio 1975, n. 27, Cass., sez. 3, maggio 2011 n. 9700, Cass. 9 maggio 2000, n. 5881)». Corsivi nostri.

¹² Cfr. Corte di Cassazione civile, Sez. III, Sentenza n. 14488 del 29 luglio 2004.

¹³ Cfr. per approfondimenti sulla vicenda francese R. CIPPITANI, *L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo*, in www.diritti-cedu.unipg.it

rimanere isolata, decise per il riconoscimento, in capo al minore nato disabile, del diritto al risarcimento dei danni¹⁴.

Nello specifico, l'assemblea plenaria della Corte di Cassazione francese ritenne sufficiente, ai fini del riconoscimento del risarcimento in capo al neonato, il fatto che quest'ultimo avesse effettivamente subito un pregiudizio risultante dall'*handicap* particolarmente grave da cui era afflitto, e risolvendo la complessa problematica della causalità spostando l'angolo visuale dalla causalità nella sua dimensione scientifica o logica a quella intesa in senso "giuridico"¹⁵.

Tale pronuncia subì feroci critiche da parte della dottrina (ed anche dalla classe medica), al punto che il legislatore francese fu costretto ad intervenire con la legge 4 marzo 2002 (legge anti-Perruche, dal nome della ricorrente) escludendo quindi normativamente la possibilità, per il nato, di ottenere un risarcimento del danno derivante dalla nascita¹⁶.

¹⁴ V. tra le altre decisioni che giunsero alle stesse conclusioni, per tutte, quella del 13 luglio 2001, nn. 478, 479 e 480, in *Jur. Class. Per.*, 2001, II, p. 10601 ss., e del 28 novembre 2001, in *Jur. Class. Per.*, 2002, II, p. 10018 ss.

Cour de Cassation, Ass.Plén., 17 novembre 2000, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2001: "dès lors que les fautes commises par le médecin et le laboratoire dans l'exécution des contrats formés avec M.me P. avaient empêché celle-ci d'exercer son choix d'interrompre sa grossesse afin d'éviter la naissance d'un enfant atteint d'un handicap, ce dernier peut demander la réparation du préjudice résultant de ce handicap et causé par les fautes retenues", I, p. 209, con nota di E. PALMERINI, *Il diritto a nascere sani e il rovescio della medaglia: esiste un diritto a non nascere affatto?* e con Postilla di F.D. BUSELLI, in *Danno e resp.*, 2001, p. 475, con nota di M. GORGONI, *Nascere sani o non nascere affatto: verso un nuovo capitolo della storia della naissance d'enfants sains non désirés*, in *Resp. civ.*, 2001, p. 497, con nota di A. GUARNERI, *Wrongful life, bebe prejudice e il discusso diritto a nascere sano... o a non nascere*; V. CARBONE, *Un bambino che nasce minorato ha diritto al risarcimento per la nascita indesiderata?*, in *Fam. dir.*, 2001, 1, 97.

¹⁵ In dottrina vedi G. CRICENTI, *Il danno da nascita indesiderata rimesso alle Sezioni Unite (per le ragioni sbagliate)*, in *Dir. civ. cont.*, 9 marzo 2015, secondo cui «nelle decisioni che hanno ammesso il risarcimento, compreso l'affaire Perruche, non si discuteva, come gli avversari della ipotesi sostenevano, di un diritto di non nascere, corrispondente al diritto di essere eliminato mediante aborto, bensì del diritto, una volta nato, di dolersi non della nascita ma dello stato di infermità. Qui in pratica viene consentito a chi è nato di agire per una malattia contratta durante la vita prenatale. (...) Piuttosto, l'ordinanza di remissione trascura l'aspetto decisivo della controversia, che è quello relativo al nesso di causalità. Se infatti la malattia è contratta per cause naturali, come può essere riferita alla condotta del medico? (...) Qui gli schemi usuali della causalità potrebbero non funzionare. Se il bambino agisce per il danno alla sua salute, sembra di poter dire che la causa non è la colpa del medico, posto che la malattia è contratta naturalmente. Non si può imputare al medico la malattia, semmai gli si può imputare di non averla diagnosticata. A questo punto scatta però l'equivoco. Se si dice che la colpa del medico è solo nella omessa diagnosi, si deve ammettere che la condotta alternativa lecita (ossia la corretta diagnosi) non avrebbe certo portato ad evitare la malattia (che già era in essere), quanto a far nascere il minore, così che la condotta del medico non è causa della malattia, ma della nascita, ed allora, si finisce con il dire, ciò di cui si duole il minore è, per l'appunto, il fatto di essere nato, che però non è pregiudizio risarcibile. I modelli correnti in tema di nesso di causalità adottano criteri naturalistici, e se la questione è vista da un punto di vista naturalistico, il danno contratto dal minore è causato dalla malattia presa in natura piuttosto che dalla condotta del medico che semplicemente non se ne è accorto. (...) Certo è che se si guarda alla procreazione come ad un fatto non già esclusivamente biologico ma piuttosto ad un fatto umano che implica responsabilità, non si può negare che la condotta colpevole del medico è causa (anche se non naturalisticamente) del danno subito dal neonato. Questa conclusione si può comprendere se si considera che nel medesimo essere sono presenti due soggetti distinti, l'essere concreto ed il soggetto di diritto; come essere umano l'interessato è handicappato dall'origine, per ragioni naturali; come soggetto di diritto è vittima di un pregiudizio, per effetto di una colpa altrui. In un medesimo avvenimento sono separate due linee di causalità, quella naturale e quella giuridica. Ciò sulla base di una lecita quanto strumentale finzione» (Corsivi nostri).

¹⁶ Il legislatore francese stabilì, pertanto, che: «Nul ne peut se prévaloir d'un préjudice du seul fait de sa naissance. La personne née avec un handicap dû à une faute médicale peut obtenir la réparation de son préjudice lorsque l'acte fautif a provoqué directement le handicap ou l'a aggravé, ou n'a pas permis de prendre les mesures susceptibles de l'atténuer», L114-5, 1° e 2° al., Code act.soc. (Nessuno può rivendicare un danno per il solo fatto della nascita. La persona

Che le questioni che attengono alla vita, alla morte, a quelli che vengono mediaticamente definiti “temi etici”, diano normalmente luogo a dibattiti destinati a dividere la società è confermato da questa sentenza della Corte di Cassazione francese: non si riusciva a comprendere come fosse possibile riconoscere un diritto al risarcimento del danno in capo ad un soggetto che comunque, senza l’errore del medico, non avrebbe certo avuto una vita condizionata dalle gravi malformazioni, ma ancor di più non avrebbe avuto nulla, sarebbe rimasto nell’area della non-esistenza.

D’altronde si tratta, come ha avuto modo di affermare la Corte di Cassazione, di «questioni la cui delicatezza trascende non poco il compito dell’interprete, inducendolo a riflettere (come è stato suggestivamente osservato in dottrina) sul “miserabile ruolo del diritto” che, nel riconsiderare tanto gli spazi concessi alla giurisprudenza quanto quelli di esclusiva pertinenza del legislatore, affronta in questi ultimi anni, con i soli strumenti suoi propri e perciò solo del tutto inadeguati, l’inedita dimensione della responsabilità sanitaria del ventesimo secolo nei suoi aspetti più problematici, quando cioè essa oscilla tra la vita (non voluta) e la morte (voluta, per espressa dichiarazione o per silenziosa presunzione)»¹⁷.

Anche lasciando da parte la tradizionale lettura cristiana che attribuisce alla vita in quanto tale la natura di un dono divino¹⁸ e, pertanto, indisponibile per l’individuo¹⁹, appare arduo configurare, in base al diritto positivo costituzionale, un diritto ad una non ben determinata tipologia di vita: se si ritenesse che il concepito-nascituro ha diritto ad un risarcimento del danno, nei confronti di chiunque abbia consentito, con la sua azione od omissione, la nascita, il passo successivo sarebbe necessariamente stabilire quando una vita può essere considerata degna di essere vissuta. Si entrerebbe così nel campo del soggettivismo puro, e spostando il concetto di dignità, previsto dall’art. 3 Cost., da valore cui è improntato uno dei principi fondativi del patto costituzionale, quale è appunto il principio personalista, a strumento di discernimento tra ciò che vale e ciò che non vale la pena essere.

Le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, nella decisione che qui si commenta, affermano: «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, in subiecta materia, 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, da interruzione della gravidanza. E la non vita non può essere un bene della vita; per la contraddizione che nol consente».

nata con una disabilità a causa di negligenza medica può ottenere il risarcimento del danno quando l’illecito ha provocato, aggravato l’handicap oppure non lo ha evitato).

¹⁷ Corte di Cassazione 2 ottobre 2012 n.16754, par. 6.1, in *Diritto di famiglia e delle persone*, 2013, con nota di E. GIACOBBE, *Sul miserabile ruolo del diritto...non altro. Non oltre. Ovvero degli itinerari della giurisprudenza normativa*.

¹⁸ Cfr. F. RIMOLI, *Bioetica. Diritti del nascituro. Diritti delle generazioni future*, in AA.VV., *I diritti costituzionali*, a cura di R. NANIA-P. RIDOLA, II, Torino, 2006, 545 ss.

¹⁹ La distinzione tra individuo e concepito-nascituro per la lettura cristiana non rileva, posto che quest’ultimo è ritenuto individuo a tutti gli effetti.

3. Il diritto alla vita del concepito ed il diritto di autodeterminazione della donna-madre

Il diritto alla vita è ritenuto, dalla dottrina maggioritaria e dalla giurisprudenza costituzionale, un diritto implicito nella nostra Costituzione²⁰. Solennemente proclamato nella Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo e nel Patto internazionale sui diritti civili e politici, nonché nella Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, viene ricompreso tra i diritti inviolabili dell'uomo che occupano nell'ordinamento una posizione, per dirlo con la Corte costituzionale, privilegiata in quanto appartengono all'essenza dei valori supremi sui quali si fonda la Costituzione italiana²¹.

Tuttavia occorre evidenziare come, in base alla normativa vigente, in specie quella sull'interruzione volontaria della gravidanza, il concepito, non solo non abbia un diritto alla non vita, ma, ancor di più, nei suoi confronti non possa configurarsi neanche un diritto incondizionato alla vita.

Difatti, la verità è che il feto non ha neanche un diritto perfetto e incondizionato a nascere; non ha un diritto all'autodeterminazione, non può scegliere se venire al mondo o no, e ciò a prescindere dall'ovvia considerazione che difficilmente sarebbe in grado di esercitare tale diritto; egli ha un diritto a non subire lesioni, poiché si ritiene che il diritto alla salute sia rinvenibile anche in capo al concepito, o meglio, al nato, che fa valere, una volta venuto ad esistenza, una lesione commessa in epoca anteriore alla nascita, quando era in grembo.

Non si riscontrano particolari ostacoli dal punto di vista dei principi costituzionali a riconoscere il diritto alla salute in capo al concepito, e ciò perché l'ordinamento tutela il concepito e quindi l'evoluzione della gravidanza esclusivamente verso la nascita e non verso la non nascita, verso l'essere e non verso il non essere.

Il diritto di autodeterminazione, reso dalla Corte costituzionale funzionale alla tutela del diritto alla salute²², spetta invece alla donna-madre che, in base alla normativa sull'interruzione di gravidanza, in presenza di determinate condizioni, sia prima che una volta trascorsi i 90 giorni dal concepimento, può decidere di interrompere la gravidanza ed impedire così che il concepito venga ad esistenza; peraltro, nell'ipotesi in cui si riconoscesse al concepito, una volta nato, il diritto a non nascere se non sano, potrebbe astrattamente riconoscersi anche l'azione di risarcimento del danno nei confronti della madre che, in presenza di malformazioni congenite, non abbia proceduto con l'interruzione della gravidanza.

La Corte di Cassazione, in una decisione recente, ritenne «poco convincenti (...), infine, le ulteriori obiezioni che paventavano un potenziale quanto “innaturale” diritto risarcitorio del minore esercitabile nei confronti della madre - che, correttamente informata dal medico sui rischi della nascita, avesse liberamente deciso di generare un figlio invalido - ovvero del padre contro la madre: danni in realtà irrisarcibili per l'assenza di una condotta colposa, se il fatto di dare la vita, o la rinuncia, da parte della madre, a interrompere la gravidanza, non possono mai essere considerati in

²⁰ Cfr. ancora F. MODUGNO, I «nuovi diritti» nella giurisprudenza costituzionale, cit., 16, che richiama Corte cost., n. 25 del 1966, n. 120 del 1967, n. 104 del 1969, n. 144 del 1970, n. 54 del 1979, n. 132 del 1985.

²¹ Cfr. sentenze della Corte costituzionale n. 1146 del 1988, 223 del 1996 e 35 del 1997.

²² Cfr. F. MODUGNO, I «nuovi diritti» nella giurisprudenza costituzionale, cit., 18-19, secondo cui «a differenza della Corte suprema americana, la nostra Corte non ha riconosciuto alla donna la titolarità di un diritto alla libera e insindacabile autodeterminazione; e non lo ha fatto proprio perché ha bilanciato i due diritti alla vita».

termini di colpa né di ingiustizia del danno»²³. Senonché, ragionando in tal modo, non si riesce a comprendere quale sia, nell'ipotesi in esame, la condotta colposa del medico nei confronti del danno del concepito, senza scivolare nella contraddizione di riconoscere un diritto alla vita ma solo se sano.

Già in precedenza la Corte di Cassazione civile aveva ritenuto che «l'art. 1 della predetta legge, pur riconoscendo il diritto alla procreazione cosciente e responsabile, e quindi all'autodeterminazione, una volta intervenuto il concepimento, ricollega l'interruzione della gravidanza esclusivamente alle ipotesi normativamente previste in cui sussista un pericolo per la salute o per la vita della gestante. Nel bilanciamento, quindi, tra il valore e la tutela della salute della donna e la tutela del concepito, la legge permette alla madre di autodeterminarsi, in presenza delle condizioni richieste e del pericolo per la sua salute, a richiedere l'interruzione della gravidanza. Da ciò consegue che la sola esistenza di malformazioni del feto, che non incidano sulla salute o sulla vita della donna, non permettono alla gestante di praticare l'aborto»²⁴.

Il diritto di autodeterminazione viene quindi riconosciuto alla madre, che, per dirlo con la Corte costituzionale, persona già è, e non al concepito, che persona deve invece ancora diventare; e che persona può non diventare, ma solo in presenza di quelle condizioni che la legge sull'interruzione della gravidanza prevede, e non in virtù di un preteso diritto di autodeterminazione del concepito-nascituro, che comporterebbe una deriva eugenetica.

Ed è la stessa Corte di Cassazione ad affermarlo: «sostenere che il concepito abbia un diritto a non nascere, sia pure in determinate situazioni di malformazione, significa affermare l'esistenza di un principio di eugenesi o di eutanasia prenatale, che è in contrasto con i principi di solidarietà di cui all'art. 2 Cost., nonché con i principi di indisponibilità del proprio corpo di cui all'art. 5 c.c.»²⁵.

Senonché la giurisprudenza non era univoca in riferimento a tali conclusioni; nello specifico la sentenza della Corte di Cassazione n. 16754 del 2012 ha riconosciuto, per la prima volta e segnando quindi una svolta nella sua giurisprudenza, il diritto al risarcimento del danno derivante da nascita malformata al neonato *iure proprio*, allorché l'errore colpevole del medico non abbia evitato, od abbia concorso a non evitare, l'evento, per l'asserita violazione degli art. 2, 3, 29, 30 e 32 Cost. consistente nella condizione diversamente abile e nel maggior disagio esistenziale, che il neonato è costretto a subire in virtù dell'errore sanitario e che il risarcimento concorre a lenire²⁶.

Secondo la Corte il minore malformato non si lamenta della malformazione congenita in sé e per sé considerata ma dello stato funzionale di infermità, «della condizione evolutiva della vita handicappata intesa come proiezione dinamica dell'esistenza che non è semplice somma algebrica della vita e dell'handicap, ma sintesi di vita ed handicap, sintesi generatrice di una vita handicappata»²⁷.

Sulla base di questa premessa la sezione terza della Corte di Cassazione deve necessariamente occuparsi della lesione del diritto alla salute, tendente al benessere psicofisico che, nel caso di specie, non può non essere violato, posta la condizione di esistenza del neonato²⁸, con conseguente

²³ Corte di Cassazione civile, Sez. III, 2 ottobre 2012, n. 16754, par. 6.1.

²⁴ Corte di Cassazione 29 luglio 2004, n. 14488, par. 3.5, in *Danno e Resp.*, 2005.

²⁵ V. ancora Corte di Cassazione 29 luglio 2004, n. 14488, par. 7.

²⁶ In dottrina vedi G. CRICENTI, *Il danno da nascita indesiderata rimesso alle Sezioni Unite (per le ragioni sbagliate)*, in *Dir. civ. cont.*, 9 marzo 2015, cit.

²⁷ Corte di Cassazione civile, Sez. III, 2 ottobre 2012, n. 16754, par. 7.2.

²⁸ Interessante appare il ragionamento seguito dalla Corte al punto 7.2: «non assume, pertanto, alcun rilievo "giuridico" la dimensione prenatale del minore, quella nel corso della quale la madre avrebbe, se informata, esercitato il

violazione dell'art. 32 Cost., nonché dell'art. 2 Cost., per l'impossibilità del minore ad uno svolgimento della propria personalità sia come singolo sia nelle formazioni sociali e dell'art. 3 Cost.; la Corte ritiene poi integrata una violazione degli artt. 29, 30 e 31 Cost.²⁹, in quanto la presenza del minore in una dimensione familiare "alterata" dalla mancata interruzione della gravidanza rende sicuramente più gravosa e complessa l'attuazione dei diritti-doveri dei genitori sanciti dal disposto costituzionale, che tutela la vita familiare nel suo libero e sereno svolgimento sotto il profilo dell'istruzione, educazione, mantenimento dei figli³⁰.

diritto all'interruzione della gravidanza. Se l'esercizio di questo diritto fosse stato assicurato alla gestante, la dimensione del non essere del nascituro impedisce di attribuirle qualsivoglia rilevanza giuridica. Come accade in altro meno nobile territorio del diritto, e cioè in tema di nullità negoziale, l'interprete si trova al cospetto non già di una qualificazione giuridica negativa di un fatto (che ne consentirebbe uno speculare parallelismo con la corrispondente qualificazione positiva), bensì di una inqualificazione giuridica *tout court*. Ciò che è giuridicamente in-qualificato non ha cittadinanza nel mondo del diritto, onde la assoluta irrilevanza dell'affermazione secondo la quale "nessuno potrebbe preferire la non vita alla vita", funzionale ad un "dovere di vivere" - ancora una volta relegato entro i confini di una specifica visione e dimensione etica delle vicende umane priva di seri riscontri normativi, come già affermato da questa Corte, in tema di diritti di fine vita con la già ricordata sentenza del 2007 - che in nessun caso può costituire legittimo speculum, sul piano normativo, del diritto individuale alla vita»; senonché accostare un persona umana ad una patologia del negozio giuridico risulta quantomeno azzardato.

²⁹ Assolutamente non condivisibile è sul piano del concetto di danno risarcibile quanto affermato dalla Corte in tema di danno e di nesso di causalità; difatti la Corte sembra ricostruire il danno in un'ottica sanzionatoria, prescindendo dalla necessaria presenza del c.d. danno conseguenza; afferma la Corte: «l'evento di danno è costituito, pertanto, nella specie, dalla individuazione di sintesi della "nascita malformata", intesa come condizione dinamica dell'esistenza riferita ad un soggetto di diritto attualmente esistente, e non già destinata "a realizzare un suicidio per interposto risarcimento danni", come pure s'è talvolta opinato. (...) La esistenza di un nesso di causalità giuridicamente rilevante tra la condotta del sanitario e l'evento di danno lamentato a seguito della violazione di un interesse costituzionalmente protetto del minore può ricevere soddisfacente soluzione all'esito della ricognizione dell'evento di danno così come appena operata. Si sono correttamente sostenute, in proposito, tanto la irrilevanza di un nesso causale tra l'omissione di diagnosi e la nascita quanto la inesistenza di tale nesso tra la condotta omissiva e l'handicap in sé considerato, atteso che la malformazione non è conseguenza dell'omissione bensì del presupposto di natura genetica, rispetto al quale la condotta del sanitario è muta sul piano della rilevanza eziologica. Rilevanza che, di converso, appare sicuramente predicabile una volta identificato con esattezza l'evento di danno nella nascita malformata intesa nei sensi poc'anzi esposti. Tale evento, nella più volte illustrata proiezione dinamica dell'esistente, appare senz'altro riconducibile, secondo un giudizio prognostico *ex post*, all'omissione, volta che una condotta diligente e incolpevole avrebbe consentito alla donna di esercitare il suo diritto all'aborto (si come espressamente dichiarato al medico nel caso di specie)»; nella concezione della Corte il danno sembra quindi in *re ipsa*.

³⁰ Sempre con riferimento all'assenza, nel caso di specie, di un danno-conseguenza, le stesse Sezioni Unite della Corte di Cassazione, nella decisione che qui si commenta, affermano: «qualche voce in dottrina non senza echi giurisprudenziali, adduce l'apparente antinomia tra la progressiva estensione del credito risarcitorio in favore del padre (Cass., sez. 3, 10 maggio 2002, n. 6735) e dei germani (Cass., sez. 3, 2 ottobre 2012, n. 16754) ed il perdurante diniego opposto al figlio, primo interessato dalle patologie prese in considerazione dalla norma: argomento, suggestivo ed impressionistico, ma di nessun pregio giuridico, restando ad un livello di constatazione empirica, senza adeguato apprezzamento delle diverse premesse in diritto. A prescindere da una disamina approfondita, estranea al presente *thema decidendum*, della tesi estensiva sopra menzionata, per saggiarne la solidità argomentativa, sia in ordine ai presupposti oggettivi e soggettivi, valore dirimente ha il rilievo che solo per i predetti soggetti, e non pure per il nato malformato, si può configurare un danno-conseguenza, apprezzabile tramite comparazione tra due situazioni soggettive omogenee: la qualità della vita prima e dopo la nascita del bambino handicappato». In questo specifico caso si verifica un effetto ulteriore, un obbligo di protezione che sorge anche nei confronti del padre, che pur non essendo destinatario diretto della prestazione, è comunque titolare di un interesse che è imposto dalla buona fede contrattuale; il contratto produce un effetto protettivo nei confronti del padre, il soggetto terzo è titolare del diritto alla protezione. La cattiva diagnosi genera quindi un inadempimento nei confronti del padre, giustificando la legittimazione del padre all'azione

Tuttavia, per le Sezioni Unite, in tal modo non si riesce a comprendere quale sia la differenza tra il caso che la Sezione Terza ha risolto con la condanna del medico al risarcimento del danno per non aver correttamente diagnosticato una malformazione congenita, rispetto a quello in cui il nato chiede il risarcimento del danno nei confronti dei propri genitori³¹.

In altri termini, se il concepito, una volta nato, ha diritto al risarcimento del danno per violazione degli artt. 2, 3, 29, 30, 31 Cost. per quale motivo tale violazione non dovrebbe sussistere nella diversa ipotesi in cui i genitori, correttamente informati, decidano, ciò nonostante, di non procedere con l'interruzione della gravidanza?

Qui, a parere delle Sezioni Unite, è l'ulteriore contraddizione insuperabile; riconoscere un tale diritto al concepito significherebbe riconoscerlo in tali termini ed entro tali confini; non si rinverrebbe infatti una motivazione giuridica che consenta, una volta superato il Rubicone, di tornare indietro. La madre, in presenza di gravi malformazioni del feto, avrà il diritto, in base alla normativa prevista dalla legge n. 194 del 1978, di interrompere la gravidanza, ma, una volta deciso autonomamente di non interromperla, potrà subire le conseguenze negative di tale scelta; il risarcimento del danno richiesto dal figlio scaturirà necessariamente dall'esercizio di un diritto, il che sarebbe logicamente e giuridicamente inaccettabile.

Le Sezioni Unite sono chiarissime al riguardo: «né può essere sottaciuto, da ultimo, il dubbio che l'affermazione di una responsabilità del medico verso il nato aprirebbe, per coerenza, la strada ad un'analogia responsabilità della stessa madre, che nelle circostanze contemplate dall'art. 6 l. 194/78, benché correttamente informata, abbia portato a termine la gravidanza: dato che riconoscere il diritto di non nascere malati comporterebbe, quale simmetrico termine del rapporto giuridico l'obbligo della madre di abortire».

Senonché, nella decisione delle Sezioni Unite che qui si commenta, tale passaggio risulta forse eccessivamente automatico. Proviamo a ragionare per assurdo e, cioè, ipotizzando il riconoscimento da parte dell'ordinamento di un diritto in capo al concepito a non nascere se non sano.

In primo luogo dovrebbe ovviamente riconoscersi il diritto al risarcimento del danno nei confronti del medico che, colposamente, abbia omesso la diagnosi. Da tale riconoscimento deriverebbe automaticamente il riconoscimento di un diritto al risarcimento nei confronti della madre che, seppur correttamente informata dal medico, decida di non interrompere la gravidanza? Quale sarebbe, in questo caso, la condotta colposa di quest'ultima? L'ordinamento configura realmente a carico della madre un obbligo giuridico di interruzione della gravidanza in presenza di gravi malformazioni del feto?

Si ritiene che a queste domande debba risponderci negativamente. L'ordinamento riconosce un diritto di autodeterminazione della madre in presenza dei presupposti stabiliti dalla legge. Nell'ipotesi di riconoscimento di un diritto a non nascere se non sano, da un punto di vista costituzionale si determinerebbe quindi un conflitto tra diritti, già messo in luce dalla giurisprudenza costituzionale quando ha riconosciuto la legittimità costituzionale della normativa in tema di interruzione di gravidanza.

In altri termini, all'eventuale diritto del concepito a non nascere se non sano, non corrisponderebbe un obbligo giuridico, bensì un ulteriore e prevalente diritto della madre ad autodeterminarsi e quindi a decidere in piena libertà se portare a termine la gravidanza anche in

risarcitoria per inadempimento (secondo la nota teoria del contratto con effetti protettivi, per la quale viene tutelato un soggetto diverso rispetto al titolare della prestazione, ma legato ad essa).

³¹ Cfr. ancora Corte di Cassazione, Sezioni Unite, n. 25767/15.

presenza di malformazioni del feto, in presenza, cioè, di quelle condizioni che legittimerebbero un ipotetico diritto al risarcimento del danno del nascituro poi nato.

Con questo ragionamento non si vuole tuttavia affermare la sussistenza di un diritto a non nascere se non sano in capo al nascituro, bensì evidenziare la non automatica estensione dell'area del risarcimento del danno dall'ipotesi del medico inadempiente a quella della madre che, nell'esercizio di un diritto, decide di non interrompere la gravidanza.

4. Diritto di autodeterminazione e “fine vita”: spunti per alcune riflessioni conclusive

Nella via verso il riconoscimento del diritto alla non vita non sembra perseguibile neanche la diversa strada della equiparazione di tale caso con quello in cui viene il rilievo il c.d. diritto a “morire”, o meglio, a “lasciarsi morire”. La differenza terminologica a prima vista può apparire sottile, ma in realtà nasconde una profonda diversità in ordine ai presupposti giuridici e costituzionali attraverso i quali si procede. Riconoscere un diritto al “suicidio” è profondamente diverso dal riconoscere un diritto a non subire trattamenti sanitari che incidono profondamente sulla dignità della persona che autonomamente decide di non volersi sottoporre a tali trattamenti.

Nel nostro ordinamento, è bene sottolinearlo, non esiste un diritto al “suicidio”³². Pertanto l'uomo non dispone della propria vita; il principio c.d. di autodeterminazione non significa piena disponibilità di sé stessi³³; non a caso si tratta di un diritto che è stato ricostruito in base all'art. 32,

³² Il nostro ordinamento, come è noto, persegue, mediante le due fattispecie disciplinate dagli artt. 579 e 580 c.p., l'omicidio del consenziente e l'istigazione o aiuto al suicidio, due fattispecie quindi che presuppongono l'intervento di un soggetto terzo, che fa “scattare” l'interesse della collettività per quel determinato fatto che non acquisisce, invece, se isolato. Le Sezioni Unite affermano: «non si può dunque parlare di un diritto a non nascere; tale, occorrendo ripetere, è l'alternativa; e non certo quella di nascere sani, una volta esclusa alcuna responsabilità, commissiva o anche omissiva, del medico nel danneggiamento del feto. Allo stesso modo in cui non sarebbe configurabile un diritto al suicidio, tutelabile contro chi cerchi di impedirlo: ché anzi, non è responsabile il soccorritore che produca lesioni cagionate ad una persona nel salvarla dal pericolo di morte (stimato, per definizione, male maggiore). Si aggiunga, per completezza argomentativa, che seppur non è punibile il tentato suicidio, costituisce, per contro, reato l'istigazione o l'aiuto al suicidio (art. 580 c.p.): a riprova ulteriore che la vita - e non la sua negazione - è sempre stata il bene supremo protetto dall'ordinamento».

³³ Come osserva G. SPOTO, in *Questioni di fine vita tra modelli adottati in Europa, negli Stati Uniti e proposte interne*, in *Europa e diritto privato*, 2011, 1175 ss., che mette in rilievo la necessaria socialità dell'uomo: «nella materia affrontata, è preferibile parlare di autodeterminazione, intesa come libertà di scelta che l'individuo ha, non in senso forte, ma in senso debole, perché sulla vita non è possibile decidere e non c'è alcun principio di autodeterminazione che possa essere invocato. Ciò non tanto per motivi di carattere religioso, secondo cui la vita non appartiene all'uomo, perché è solamente di Dio (in base ad un argomento che pur essendo rispettabile non può però trovare piena legittimazione, almeno sotto un profilo più generale, in uno Stato che deve chiaramente essere laico), bensì per un'altra riflessione che può essere condivisa da credenti e da non credenti. Dobbiamo constatare che nessuno di noi è una monade indistinta, un essere autarchico, isolato e chiuso in un mondo privo di sollecitazioni esterne. È ovvio che le scelte di ognuno finiscono sempre per essere scelte che riguardano anche altre persone, anche i nostri cari: il coniuge, i figli, i genitori e perfino gli amici. La nostra vita è preziosa non solo per noi, ma per coloro che nella nostra esistenza abbiamo incontrato e incontriamo... la nostra vita e le nostre scelte sono anche inevitabilmente loro e per loro. Anche se pensiamo di essere totalmente indipendenti, siamo profondamente legati ad altre persone, pertanto la vita e la morte di una persona non sono eventi esclusivamente intimi e personali, ma riguardano tutto l'ambiente e la collettività che circonda la persona. L'esistenza di ciascuno è sempre coesistenza, per questa ragione l'autodeterminazione e la libertà dell'individuo, possono essere invocati per sostenere la legittimità del testamento biologico e delle direttive anticipate solo se intese in un senso debole, cioè se considerate comunque in rapporto con altri fattori e non in modo assoluto. Per

comma secondo, Cost., per il quale *nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge. La legge non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana.*

Secondo le Sezioni Unite «l'ordinamento non riconosce 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».

L'ordinamento riconosce il diritto alla salute, che porta con sé, come ogni diritto, il suo risvolto negativo, vale a dire la possibilità per l'individuo di rifiutare le cure necessarie; è riconosciuto il diritto a lasciarsi morire, o meglio a non subire trattamenti sanitari se non nei casi stabiliti per legge, che trovano comunque un limite nel rispetto della persona umana.

Il diritto individuale a non subire le cure non cede (alleanza terapeutica), neanche di fronte al possibile sacrificio della vita; è entro questi confini che è riconosciuto il diritto a cessare di esistere; presupposto di tutto questo è che il soggetto decida autonomamente, che la sua volontà si formi libera e scevra da condizionamenti³⁴.

La stessa Corte costituzionale ha avuto modo di affermare che «il consenso informato, inteso quale espressione della consapevole adesione al trattamento sanitario proposto dal medico, si configura quale vero e proprio diritto della persona e trova fondamento nei principi espressi nell'art.

quanto ci sforziamo di proclamare e di difendere le scelte personali, non esiste una libertà di decisione svincolata e assoluta, in materia di direttive anticipate, perché si tratta di un ambito troppo complesso per essere trattato con formule univoche e omnicomprensive. Molto spesso per un genitore, la vita di un figlio arriva ad essere più cara ed importante della propria. L'autodeterminazione intesa in modo assoluto è una formula vuota: una invenzione che può essere invocata se dobbiamo prendere decisioni di carattere patrimoniale o anche se dobbiamo prendere altro tipo di decisioni personali, ma che non può valere sempre e comunque, e soprattutto, che non può facilmente essere invocata per giustificare scelte di fine vita. Se riteniamo necessario prendere in esame anche le esigenze di coloro che vivono insieme al malato e che pure hanno diritto ad essere ascoltati, ovviamente in modo ed in misura differente a chi soffre direttamente, dobbiamo concludere che l'autodeterminazione dell'individuo può trovare accoglimento soltanto nell'ambito di un contesto più ampio. Per tale ragione, come detto, è preferibile parlare di principio di autodeterminazione inteso in senso debole e mai in modo assoluto».

Cfr. inoltre E. STEFANINI, *Directive anticipate di trattamento: un percorso europeo*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2006, 688 ss.

³⁴ Cfr., fra la giurisprudenza di merito, Corte di Assise di Firenze, 18 ottobre 1990, per la quale “emerge in maniera evidente un principio basilare al quale l'attività del medico deve ispirarsi e, comunque, sottomettersi: il consenso del malato. Ciò che, in parole assai semplici, significa che nulla il medico può fare senza il consenso del paziente o addirittura contro il volere di lui, il che, anche, corrisponde ad un principio personalistico di rispetto della libertà individuale e ad una configurazione del rapporto medico-paziente che bene la difesa di PC ha individuato nella figura del paziente come portatore di propri diritti fondamentali, e dunque come uomo-persona, uomo-valore e non come uomo-cosa, uomo-mezzo, soggetto a strumentalizzazioni anche odiose per fini che sono stati spesso ammantati di false coperture di progresso scientifico o di utilità collettiva ... Dunque il consenso del paziente è la condizione imprescindibile perché possa legittimamente esercitarsi nei suoi confronti qualsiasi attività medico-chirurgica e ciò, ovviamente, con le dovute eccezioni previste dalla legge (es. vaccinazioni obbligatorie) e richiamate anche dall'art. 32 della Costituzione ... È infatti di tutta evidenza che nel diritto di ciascuno di disporre, lui e lui solo, della propria salute ed integrità personale, pur nei limiti previsti dall'ordinamento, non può che essere ricompreso il diritto di rifiutare le cure mediche, lasciando che la malattia segua il suo corso anche fino alle estreme conseguenze: il che, a ragione non può essere considerato il riconoscimento di un diritto positivo al suicidio, ma è invece la riaffermazione che la salute non è un bene che possa essere imposto coattivamente al soggetto interessato dal volere o, peggio, dall'arbitrio altrui, ma deve fondarsi esclusivamente sulla volontà dell'avente diritto, trattandosi di una scelta che ... riguarda la qualità della vita e che, pertanto, lui e lui solo può legittimamente fare...”.

2 della Costituzione, che ne tutela e promuove i diritti fondamentali, e negli artt. 13 e 32 della Costituzione, i quali stabiliscono, rispettivamente, che “la libertà personale è inviolabile”, e che “nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge”»³⁵.

Il diritto di autodeterminazione è, pertanto, configurato in funzione dell’esercizio del diritto alla salute, il che significa che la Costituzione rimette le decisioni in ordine alla salute dell’individuo, all’individuo stesso, e non al medico, che ha invece l’obbligo giuridico di informare, il più esaurientemente possibile, il paziente, in modo tale che la sua volontà si formi liberamente. Si tratta di un diritto personalissimo, che va esercitato di persona e non può quindi essere delegato.

Solo in presenza di queste rigorose condizioni il bene vita può essere sacrificato; è cioè necessario che venga in rilievo un diritto costituzionalmente garantito di pari rango, come avviene nel caso in questione.

D’altronde, se il diritto alla vita trova una rilevanza nell’art. 2 Cost. e, come affermato dalla giurisprudenza costituzionale, costituisce il presupposto dell’esercizio di qualsiasi diritto, è altrettanto vero che il diritto di autodeterminazione previsto dall’art. 32 trova una tutela anche nell’art. 13, in quanto esercizio della libertà personale³⁶.

Come ha affermato la Corte costituzionale «la circostanza che il consenso informato trova il suo fondamento negli artt. 2, 13 e 32 della Costituzione pone in risalto la sua funzione di sintesi di due diritti fondamentali della persona: quello all’autodeterminazione e quello alla salute, in quanto, se è vero che ogni individuo ha il diritto di essere curato, egli ha, altresì, il diritto di ricevere le opportune informazioni in ordine alla natura e ai possibili sviluppi del percorso terapeutico cui può essere sottoposto, nonché delle eventuali terapie alternative; informazioni che devono essere le più esaurienti possibili, proprio al fine di garantire la libera e consapevole scelta da parte del paziente e, quindi, la sua stessa libertà personale, conformemente all’art. 32, secondo comma, della Costituzione»³⁷.

³⁵ Cfr. sentenza 438 del 2008, nonché la successiva 253 del 2009. Cfr. inoltre, per la normativa internazionale, art. 24 della Convenzione sui diritti del fanciullo, firmata a New York il 20 novembre 1989, ratificata e resa esecutiva con legge 27 maggio 1991, n. 176, art. 5 della Convenzione sui diritti dell’uomo e sulla biomedicina, firmata ad Oviedo il 4 aprile 1997, ratificata dall’Italia con legge 28 marzo 2001, n. 145, e, per quella interna, art. 3 della legge 21 ottobre 2005, n. 219 (Nuova disciplina delle attività trasfusionali e della produzione nazionale degli emoderivati), art. 6 della legge 19 febbraio 2004, n. 40 (Norme in materia di procreazione medicalmente assistita), nonché art. 33 della legge 23 dicembre 1978, n. 833 (Istituzione del servizio sanitario nazionale).

³⁶ Propendono per una lettura opposta L. EUSEBI, *Sul mancato consenso al trattamento terapeutico: profili giuridico-penali*, in *Rivista italiana di medicina legale*, 1996, 313; P. RIECI, M.O. VENDITTI, *Eutanasia, diritto a morire e diritto di rifiutare le cure: equivoci semantici e prospettive di riforma legislativa*, in *La Giustizia Penale*, 1993, I, 280-283.

³⁷ La stessa Corte di Cassazione, I sezione civile, sentenza 16 ottobre 2007, n. 21748, nel noto caso Englaro, ha ritenuto di non poter escludere il diritto di autodeterminazione qualora l’esercizio di tale diritto abbia come conseguenza possibile la morte. Secondo gli ermellini (par. 6.1) «deve escludersi che il diritto alla autodeterminazione terapeutica del paziente incontri un limite allorché da esso consegua il sacrificio del bene della vita. Benché sia stato talora prospettato un obbligo per l’individuo di attivarsi a vantaggio della propria salute o un divieto di rifiutare trattamenti o di omettere comportamenti ritenuti vantaggiosi o addirittura necessari per il mantenimento o il ristabilimento di essa, il Collegio ritiene che la salute dell’individuo non possa essere oggetto di imposizione autoritativo-coattiva. Di fronte al rifiuto della cura da parte del diretto interessato, c’è spazio - nel quadro dell’“alleanza terapeutica” che tiene uniti il malato ed il medico nella ricerca, insieme, di ciò che è bene rispettando i percorsi culturali di ciascuno - per una strategia della persuasione, perché il compito dell’ordinamento è anche quello di offrire il supporto della massima solidarietà concreta nelle situazioni di debolezza e di sofferenza; e c’è, prima ancora, il dovere di verificare che quel rifiuto sia informato, autentico ed attuale. Ma allorché il rifiuto abbia tali connotati non c’è possibilità di disattenderlo in nome di un dovere

L'evento "morte" è un fatto conseguente all'esercizio di un diritto che trova riconoscimento a livello costituzionale, non costituisce esso stesso l'esercizio di un diritto. La vita, nel nostro ordinamento, è tutelata in tutto e per tutto, ma in tal caso viene a "scontrarsi" con l'esercizio di un diritto costituzionalmente garantito. D'altronde, se alla malattia fosse consentito di progredire "naturalmente", la conseguenza sarebbe proprio la morte.

Se tutto questo ha un senso per l'uomo, a fortiori dovrebbe valere per un "soggetto" che invece uomo ancora deve diventare. I due casi sono, difatti, assolutamente eterogenei, posto che nell'un caso l'individuo, in quanto uomo, esercita un diritto costituzionalmente riconosciuto dagli artt. 2, 13 e 32 della Costituzione, che ha come conseguenza il verificarsi dell'evento "morte"; nell'altro caso tale "soggetto" non esercita, e non potrebbe essere altrimenti, alcun diritto; egli reclama il suo "astratto" diritto a non esistere, in quanto la non-esistenza sarebbe per sé stesso un male minore rispetto all'esistenza condizionata al male genetico; tuttavia, come si è cercato di dimostrare, il nostro ordinamento non tutela il diritto alla non vita, neanche nell'estrema ipotesi del c.d. diritto a "lasciarsi morire".

Tutti comprendono e riescono a cogliere il disagio connesso ad una negazione del diritto al risarcimento dei danni nei confronti di questi soggetti, ma la soluzione, ad avviso di chi scrive, non va ricercata in sede giudiziaria, paventando azzardate soluzioni giuridiche innovative e al tempo stesso pericolose, bensì nell'assistenza e solidarietà della società, mediante gli strumenti, che, non ci si nasconde, dovrebbero essere incrementati, predisposti dall'ordinamento.

di curarsi come principio di ordine pubblico. Lo si ricava dallo stesso testo dell'art. 32 Cost., per il quale i trattamenti sanitari sono obbligatori nei soli casi espressamente previsti dalla legge, sempre che il provvedimento che li impone sia volto ad impedire che la salute del singolo possa arrecare danno alla salute degli altri e che l'intervento previsto non danneggi, ma sia anzi utile alla salute di chi vi è sottoposto (Corte cost., sentenze n. 258 del 1994 e n. 118 del 1996). Soltanto in questi limiti è costituzionalmente corretto ammettere limitazioni al diritto del singolo alla salute, il quale, come tutti i diritti di libertà, implica la tutela del suo risvolto negativo: il diritto di perdere la salute, di ammalarsi, di non curarsi, di vivere le fasi finali della propria esistenza secondo canoni di dignità umana propri dell'interessato, finanche di lasciarsi morire. Il rifiuto delle terapie medico-chirurgiche, anche quando conduce alla morte, non può essere scambiato per un'ipotesi di eutanasia, ossia per un comportamento che intende abbreviare la vita, causando positivamente la morte, esprimendo piuttosto tale rifiuto un atteggiamento di scelta, da parte del malato, che la malattia segua il suo corso naturale. E d'altra parte occorre ribadire che la responsabilità del medico per omessa cura sussiste in quanto esista per il medesimo l'obbligo giuridico di praticare o continuare la terapia e cessa quando tale obbligo viene meno: e l'obbligo, fondandosi sul consenso del malato, cessa - insorgendo il dovere giuridico del medico di rispettare la volontà del paziente contraria alle cure - quando il consenso viene meno in seguito al rifiuto delle terapie da parte di costui».