

GIURISPRUDENZA CIVILE

ITALIA, CORTE DI CASSAZIONE CIVILE, SEZIONE III, Sentenza 2 ottobre 2012, n. 16754, (Pres. Amatucci, Estensore Travaglino).*

Responsabilità civile - Causalità (nesso di) - Danno da nascita indesiderata - Soggetti legittimati a domandare il risarcimento - Persona nata con malformazioni - Genitori e fratelli della persona nata con malformazioni - Sussistenza.

NEL caso in cui il medico ometta di segnalare alla gestante l'esistenza di più efficaci test diagnostici prenatali rispetto a quello in concreto prescelto, impedendole così di accertare l'esistenza d'una malformazione congenita del concepito, il risarcimento spetta sia ai genitori del soggetto nato malformato, sia ai suoi fratelli. Il concepito, ancorché privo di soggettività giuridica fino al momento della nascita, una volta venuto ad esistenza, ha diritto ad essere risarcito da parte del sanitario con riguardo al danno consistente nell'essere nato non sano, e rappresentato dell'interesse ad alleviare la propria condizione di vita impeditiva di una libera estrinsecazione della personalità, a nulla rilevando né che la sua patologia fosse congenita, né che la madre, ove fosse stata informata della malformazione, avrebbe verosimilmente scelto di abortire.

... omissis...

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

1.

Nel febbraio del 1999 M. B. O. e M. O., in proprio e nella qualità di genitori esercenti potestà sulle figlie minori G., L. e M., convennero in giudizio dinanzi al tribunale di Treviso il ginecologo P. D. e la USSL 8 di X., esponendo:

- Che la signora B., appena consapevole del proprio stato di gravidanza, si era rivolta al dott. D. chiedendo di essere sottoposta a tutti gli accertamenti necessari ad escludere malformazioni del feto;
- Che la nascita di un bimbo sano era stata rappresentata al sanitario come condizione imprescindibile per la prosecuzione della gravidanza;

* A causa della notevole lunghezza della sentenza, non è possibile pubblicarne il testo integrale. Si riportano i brani identificati come maggiormente significativi. Vedi alla fine della sentenza, A. PALMONARI, *Brevi riflessioni sul diritto a non nascere*.

- Che il dott. D. aveva proposto e fatto eseguire alla gestante il solo “Tritest”, omettendo di prescrivere accertamenti più specifici al fine di escludere alterazioni cromosomiche del feto;

- Che nel settembre del 1996 era nata la piccola M., affetta da sindrome di Dawn.

...omissis...

2.

La corte di appello di Venezia, investita del gravame proposto dagli attori in prime cure, lo rigettò:

- *sul punto del ritenuto difetto di legittimazione attiva di M. O.*, facendo propri alcuni passi della motivazione della sentenza 14888/2004 con la quale questa Corte di legittimità aveva respinto una analoga richiesta, affermando il principio di diritto a mente del quale *verificatasi la nascita, non può dal minore essere fatto valere come proprio danno da inadempimento contrattuale l'essere egli affetto da malformazioni congenite per non essere stata la madre, per difetto di informazione, messa in condizione di tutelare il di lei diritto alla salute facendo ricorso all'aborto;*

- *con riferimento alla pretesa risarcitoria dei familiari*, fondata sul preteso inadempimento contrattuale del sanitario, ritenendo quest'ultimo del tutto esente da colpa.

Nel rigettare la detta pretesa, la corte lagunare osserverà, in particolare:

- che, nella specie, la sola indicazione del cd. “tritest” quale indagine diagnostica funzionale all'accertamento di eventuali anomalie fetali doveva ritenersi del tutto giustificata, alla luce dell'età della signora B. (al tempo dei fatti soltanto ventottenne) e dell'assenza di familiarità con malformazioni cromosomiche, onde l'esecuzione di un test più invasivo come l'amniocentesi (che la partoriente conosceva “per sentito dire”) avrebbe potuto essere giustificata soltanto da una esplicita richiesta, all'esito di un approfondito colloquio con il medico sui limiti e vantaggi dei test diagnostici, mentre non risultava né provato né allegata la richiesta di sottoposizione a tale esame;

- che l'accertamento di una malformazione fetale “non è di per sé sufficiente a legittimare un'interruzione di gravidanza”, posto che, nella specie, tale interruzione sarebbe stata praticata nel secondo trimestre, mentre la sussistenza dei relativi presupposti di legge, *ex art. 6 della legge n. 194/1978* non era neppure stata adombrata dagli attori, onde nessuna prova poteva dirsi legittimamente acquisita al processo in ordine alla esposizione della donna a grave pericolo per sua la vita o per la sua salute fisica o psichica in caso di prosecuzione della gravidanza nella consapevolezza della malformazione cromosomica del feto;

- che lo “spostamento” della *quaestio iuris* sul versante della carenza di informazione, operato in sede di appello, doveva ritenersi del tutto estraneo e diverso rispetto alla fattispecie sì come originariamente rappresentata in funzione risarcitoria: non era stata, difatti, censurata, con il libello introduttivo, la privazione del diritto di scelta della puerpera a causa di esami fatti male o non fatti, bensì l’inadempimento della prestazione sanitaria richiesta dalla signora B. al dott. D.

3.

La sentenza è stata impugnata da tutti i componenti della famiglia O. con ricorso per cassazione articolato in sei motivi.

...*omissis*...

Risulta provato (anche all’esito della mancata contestazione, sul punto, da parte del medico oggi resistente, non potendosi ritenere tale la generica affermazione di stile, contenuta nell’atto di costituzione in giudizio del dott. D., volta alla “contestazione analitica di tutti gli assunti di parte attrice”) che la gestante avesse espressamente richiesto un accertamento medico-diagnostico per esser resa partecipe delle eventuali malformazioni genetiche del feto, così da poter interrompere la gravidanza.

Oggetto del rapporto professionale medico-paziente doveva, pertanto, ritenersi, nella specie, non un accertamento “qual che esso fosse”, compiuto all’esito di una incondizionata e incomunicata discrezionalità da parte del sanitario, bensì un accertamento doppiamente funzionale alla diagnosi di malformazioni fetali e (condizionatamente al suo risultato positivo) all’esercizio del diritto di aborto.

Ne consegue la non conformità a diritto della motivazione del giudice territoriale nella parte in cui ritiene (folio 15 della sentenza impugnata) “non provato e neppure allegato che la signora B. avesse chiesto di essere sottoposto a tale esame” (l’amniocentesi), motivazione che illegittimamente capovolge il riparto degli oneri probatori tra le parti del processo:

- onere della paziente sarebbe stato, difatti, quello di provare *la richiesta della diagnosi di malformazioni funzionale all’esercizio del diritto di interruzione della gravidanza* in caso di esito positivo;

- onere del medico, di converso, risultava quello di provvedere ad una completa informazione circa le possibilità (tutte le possibilità) di indagini diagnostiche, più o meno invasive, più o meno rischiose, e circa le percentuali di falsa negatività offerte dal test prescelto (test in ipotesi da suggerire, ma non certo da eseguire *sic et simpliciter*, in guisa di scelta sostitutiva e di assunzione del rischio parimenti sostitutivo), onde consentire alla gestante una decisione il più aderente possibile alla realtà della sua gestazione.

Ne consegue una responsabilità del medico predicabile non soltanto per la

circostanza dell'omessa diagnosi in sé considerata (ciò che caratterizzerebbe il risarcimento per un inammissibile profilo sanzionatorio/punitivo, in patente contrasto con la funzione propria della responsabilità civile), ma per la violazione del diritto di autodeterminazione della donna nella prospettiva dell'insorgere, sul piano della causalità ipotetica, di una malattia fisica o psichica.

Deve pertanto ritenersi configurabile, nella specie, l'inadempimento alla richiesta di diagnosi sì come funzionale all'interruzione di gravidanza in caso di positivo accertamento di malformazioni fetali (in senso non dissimile, sia pur con riferimento a diversa fattispecie, di recente, Cass. 15386/2011), alla luce dell'ulteriore considerazione costituita dalla (incontestata) circostanza dell'altissimo margine di errore che il test selezionato dal ginecologo offriva nella specie (margine pari al 40% dei cd. "falsi negativi"), onde il suo carattere, più che di vero e proprio esame diagnostico, di *screening* del tutto generico quanto alle probabilità di malformazione fetale.

...omissis...

Non risulta conforme a diritto, difatti, la motivazione della corte lagunare nella parte in cui (folio 16 della sentenza impugnata) si opina "non esservi prova alcuna che, anche se a conoscenza della malformazione cromosomica del feto, la signora B. avrebbe potuto interrompere la gravidanza". E ciò perché, prosegue il giudice lagunare, "non vi è alcun elemento dal quale desumere – ovviamente con giudizio *ex ante* – che la prosecuzione della gravidanza avrebbe esposto la signora a grave pericolo di vita o grave pericolo per la sua salute fisica o psichica".

A prescindere dalla considerazione per la quale tale affermazione si pone in contrasto con un principio già affermato in passato, anche di recente (sia pur con le precisazioni operate da Cass. 22837/2010, come rileva al folio 23 del controricorso la resistente Generali), da questa corte regolatrice – per tutte, Cass. 6735/2002, Pres. Carbone, Rel. Vittoria (risulta erronea la citazione, contenuta al folio 21 del ricorso, della pronuncia 6365/2004, avente diverso oggetto) a mente dei quali *in tema di responsabilità del medico per omessa diagnosi di malformazioni del feto e conseguente nascita indesiderata, l'inadempimento del medico rileva in quanto impedisce alla donna di compiere la scelta di interrompere la gravidanza. Infatti la legge, in presenza di determinati presupposti, consente alla donna di evitare il pregiudizio che da quella condizione del figlio deriverebbe al proprio stato di salute e rende corrispondente a regolarità causale che la gestante interrompa la gravidanza se informata di gravi malformazioni del feto*, principi la cui portata verrà esaminata ed approfondita dal collegio nel corso dell'esame del quinto motivo di ricorso, è qui sufficiente osservare come, nel caso di specie, a fronte di una precisa istanza diagnostica della signora B. *espressamente* funzionale ad una eventuale interruzione della gravidanza, appare di converso ricorrere l'opposta presunzione – ovviamente predicabi-

le *ex ante* sul piano della causalità ipotetica *ex lege* 194/78 – di una patologia materna destinata ad insorgere a seguito della scoperta della paventata malformazione fetale (patologia poi puntualmente insorta sotto forma di danno biologico psichico, come accertato in sede di consulenza medico-legale, ad indiretta conferma – sia pur *ex post* e sia pur con carattere non dirimente ai fini del giudizio prognostico – della esattezza della presunzione *de qua*).

...*omissis*...

Rinviando all'esame del quinto motivo la questione della cd. "legittimazione attiva" di M. O., va in questa sede affermato il principio di diritto secondo il quale la responsabilità sanitaria per omessa diagnosi di malformazioni fetali e conseguente nascita indesiderata va estesa, oltre che nei confronti della madre nella qualità di parte contrattuale (ovvero di un rapporto da contatto sociale qualificato), anche al padre (come già affermato da Cass. n. 14488/2004 e prima ancora da Cass. 6735/2002), nonché, a giudizio del collegio, alla stregua dello stesso principio di diritto posto a presidio del riconoscimento di un diritto risarcitorio autonomo in capo al padre stesso, ai fratelli e alle sorelle del neonato, che rientrano a pieno titolo tra i soggetti protetti dal rapporto intercorrente tra il medico e la gestante, nei cui confronti la prestazione è dovuta.

L'indagine sulla platea dei soggetti aventi diritto al risarcimento, difatti, già da tempo operata dalla giurisprudenza di questa Corte con riferimento al padre (di recente, ancora, da Cass. n. 2354/2010), non può non essere estesa, per le stesse motivazioni predicative della legittimazione dell'altro genitore, anche ai fratelli e alle sorelle del neonato, dei quali non può non presumersi l'attitudine a subire un serio danno non patrimoniale, anche a prescindere dagli eventuali risvolti e delle inevitabili esigenze assistenziali destinate ad insorgere, secondo l'*id quod plerumque accidit*, alla morte dei genitori. Danno intanto consistente, tra l'altro (come meglio si avrà modo di specificare di qui a breve, esaminando la posizione di M. O.) nella inevitabile, minor disponibilità dei genitori nei loro confronti, in ragione del maggior tempo necessariamente dedicato al figlio affetto da *handicap*, nonché nella diminuita possibilità di godere di un rapporto parentale con i genitori stessi costantemente caratterizzato da serenità e distensione; le quali appaiono invece non sempre compatibili con lo stato d'animo che ne informerà il quotidiano per la condizione del figlio meno fortunato; consci – entrambi i genitori – che il vivere una vita malformata è di per sé una condizione esistenziale di potenziale sofferenza, pur senza che questo incida affatto sull'orizzonte di incondizionata accoglienza dovuta ad ogni essere umano che si affaccia alla vita qual che sia la concreta situazione in cui si trova – principio cardine non di una sola, specifica morale, ma di una stessa ed universale Etica (e bioetica) della persona, caratterizzata dalla insostituibile centralità della coscienza individuale.

...*omissis*...

La concezione della vita come oggetto di tutela, da parte dell'ordinamento, in termini di "sommo bene", di alterità normativa *superiorem non recognoscens* – di talché non potrebbe in alcun modo configurarsi un interesse a non nascere giuridicamente tutelato (al pari di un interesse a non vivere una non-vita, come invece condivisibilmente riconosciuto da questa stessa corte con la sentenza 16 ottobre 2007, n. 21748) – è percorsa da forti aneliti giusnaturalistici, ma è destinata a cedere il passo al raffronto con il diritto positivo.

Decisiva appare, difatti, la considerazione secondo cui, al momento stesso in cui l'ordinamento giuridico riconosce alla madre il diritto di abortire, sia pur nei limiti e nei casi previsti dalla legge, si palesa come incontestabile e irredimibile il sacrificio del "diritto" del feto a venire alla luce, in funzione della tutela non soltanto del diritto alla procreazione cosciente e responsabile (art. 1 della legge n. 194 del 1978), ma dello stesso diritto alla salute fisica o anche soltanto psichica della madre. Mentre non vi sarebbe alcuno *spatium comparationis* se, a confrontarsi, fossero davvero, in una comprovata dimensione di alterità soggettiva, un (superiore) diritto alla vita e un ("semplice") diritto alla salute mentale.

È questo l'insegnamento, oltre che del giudice delle leggi, della stessa Corte internazionale di Strasburgo che, con (ancora inedita) sentenza dell'agosto di quest'anno, ha dichiarato la sostanziale incompatibilità di buona parte della legge 40/2004 in tema di fecondazione assistita (che, comunque, consentiva anche nell'originaria formulazione il sacrificio di due dei tre embrioni fecondati *in vitro*), per (illogicità e) contraddittorietà, proprio con la legge italiana sull'interruzione della gravidanza, così mettendo in discussione *ab imo* la stessa *ratio* ispiratrice di quella normativa, già considerevolmente vulnerata in non poche disposizioni dalla Corte costituzionale nel 2009.

Troppo spesso si dimentica che una norma statutale di rango primario, più volte legittimata dal vaglio della Corte costituzionale, riconosce alla madre il diritto ad interrompere la gravidanza quando questa si trovi "in 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" (così testualmente l'art. 4 della legge n. 194 del 1978).

Appare di indiscutibile efficacia la scelta lessicale di un legislatore che descrive la situazione giuridica soggettiva attribuita alla gestante in termini di diritto alla procreazione cosciente e responsabile, a lei rimesso in termini di assoluta quanto inevitabile esclusività.

Il diritto alla procreazione cosciente e responsabile è, dunque, attribuito alla sola madre, per espressa volontà legislativa, sì che risulta legittimo discorrere, in caso di sua ingiusta lesione, non di un diritto esteso anche al nascituro in nome di una sua declamata soggettività giuridica, bensì di pro-

pagazione intersoggettiva degli effetti diacronici dell'illecito (come incontestabilmente ammesso nei confronti del padre) – salvo l'indispensabile approfondimento (che di qui a breve seguirà) sul tema della causalità in relazione all'evento di danno in concreto lamentato dal minore nato malformato.

Altra e diversa questione è quella se la facoltà riconosciuta *ex lege* alla madre di interrompere volontariamente la gravidanza – consentendole di porre fine, con la propria manifestazione di volontà, allo sviluppo del feto – possa ritenersi rappresentativa di un esclusivo interesse della donna, e non piuttosto anche del nascituro. Questione, peraltro, di stampo etico, filosofico, religioso, che pone all'interprete interrogativi destinati a scorrere su di un piano metagiuridico di coscienza, ma non impone la ricerca di risposte né tampoco di soluzioni sul piano del diritto positivo, postulando che l'interesse alla procreazione cosciente e responsabile non sia solo della madre, ma altresì del futuro bambino, e ciò anche quando questo si trovi ancora nel ventre materno. La titolarità del relativo diritto soggettivo, riconosciuto espressamente dall'art. 1 della legge n. 194 del 1978, non può che spettare, si ripete, alla sola madre, in quanto solo alla donna è concessa (dalla natura prima ancora che dal diritto) la legittimazione attiva all'esercizio del diritto di procreare coscientemente e responsabilmente valutando le circostanze e decidendo, infine, della prosecuzione o meno di una gravidanza che vede la stessa donna co-protagonista del suo inizio, ma sola ed assoluta responsabile della sua prosecuzione e del suo compimento.

Il rigoroso meccanismo legislativo, in consonanza con quello di natura, esclude *tout court* la possibilità che il bambino, una volta nato, si dolga nei confronti della madre, come pure si è talvolta ipotizzato seguendo gli itinerari del ragionamento per assurdo, della scelta di portare avanti la gravidanza accampando conseguentemente pretese risarcitorie. È la madre, infatti, che, esercitando un diritto *iure proprio* (anche se, talvolta, nell'interesse non soltanto proprio, pur essendo tale interesse confinato nella sfera dell'irrilevante giuridico), deciderà presuntivamente per il meglio: né potrebbe darsi ipotesi contraria, a conferma della mancanza di una reale soggettività giuridica in capo al nascituro.

...*omissis*...

Sgombrato il campo dall'equivoco che si annida nella poco felice locuzione "diritto a non nascere se non sano", e ricondotta la vicenda alla sua più corretta dimensione giuridica, il principio di diritto che appare predicabile è quello secondo il quale la propagazione intersoggettiva dell'illecito legittima un soggetto di diritto, quale il neonato, per il tramite del suo legale rappresentante, ad agire il giudizio per il risarcimento di un danno che si assume in ipotesi ingiusto (tuttora impregiudicata la questione del nesso causale e dell'ingiustizia del danno lamentato come risarcibile in via autonoma dal neonato).

Ritiene, pertanto, il collegio che la protezione del nascituro non passi necessariamente attraverso la sua istituzione a soggetto di diritto – ovvero attraverso la negazione di diritti del tutto immaginari, come quello a “non nascere se non sano”, locuzione che semplicemente non rappresenta un diritto; come non è certo riconducibile ad un diritto del concepito la più ferma negazione, da parte dell’ordinamento (non soltanto italiano), di qualsiasi forma di aborto eugenetico.

È tanto necessario quanto sufficiente, di converso, considerare il nascituro *oggetto di tutela*, se la qualità di soggetto di diritto (evidente astrazione rispetto all’essere vivente) è attribuzione normativa funzionale all’imputazione di situazioni giuridiche e non tecnica di tutela di entità protette. Nessuna rilevanza, in positivo o in negativo, pare assumere all’uopo il pur fondamentale principio della centralità della persona, universalmente riconosciuto e tutelato a qualsiasi livello normativo, ma inidoneo *ex se* a rientrare nel novero delle vere e proprie “clausole generali” (quali quelle della correttezza, della buona fede, della funzione sociale della proprietà, della giusta causa del licenziamento, della cooperazione del creditore all’adempimento del debitore, della solidarietà passiva, tutte espressamente previste, esse sì, per via normativa). La centralità della persona (al di là della significazione che si attribuisce al termine “persona”, la cui etimologia evoca peraltro l’originario significato latino di maschera del teatro) è qualcosa di più e di diverso rispetto ad una semplice clausola generale, è un “valore assoluto”, rappresentabile esso stesso come *proiezione* di altre norme (tra le altre, gli art. 2 e 32 della Costituzione) e come autentico fine dell’ordinamento.

Per altro verso, una corretta e coerente attuazione dei principi cardine della giurisprudenza degli interessi (a mente della quale la correttezza della decisione del giudice dipende dalla altrettanto corretta valutazione dello scopo delle norme, anche a prescindere dalla relativa struttura semantico-contenutistica, secondo una ricerca del relativo *significato* in una dimensione teleologica, diversamente da quanto propugnato dalla giurisprudenza dei concetti, che procede invece per progressiva astrazione da norme di sistema valutandone soltanto il corrispondente *significante*) sembra condurre alla conclusione che tutte le norme, costituzionali e ordinarie, volte a disciplinare il delicato territorio del concepimento considerino il concepito *come un oggetto di tutela necessaria*, essendo la soggettività – come s’è detto – un’astrazione normativa funzionale alla titolarità di rapporti giuridici.

...omissis...

Chi nasce malato per via di un fatto lesivo ingiusto occorsogli durante il concepimento non fa, pertanto, valere un diritto alla vita né un diritto a nascere sano né tantomeno un diritto a non nascere. Fa valere, ora per allora, la lesione della sua salute, originatasi al momento del concepimento. 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.

...omissis...

Soggetto “autore” del minore malformato non è, pertanto, l’ascendente, il testatore, il donante, ma sé stesso. Ben più che *un nuovo diritto soggettivo*, il riconoscimento di tale legittimazione istituisce *un nuovo soggetto autonomo*, al punto che la qualità innata della sua vita diviene un diritto esigibile della persona, senza che – come è stato assai suggestivamente scritto – “questo nuovo soggetto di diritto divenga un mostro senza passato”. E senza che, va aggiunto, la sua pretesa risarcitoria appaia una mostruosità senza passato, confondendo il tempo della vita con il tempo della costruzione (e della finzione) giuridica.

...omissis...

Il *vulnus* lamentato da parte del minore malformato, difatti, non è la malformazione in sé considerata – non è, in altri termini, l’infermità intesa in senso naturalistico (o secondo i dettami della scienza medica), bensì *lo stato funzionale* di infermità, la 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.

È violato il dettato dell’art. 32 della Costituzione, intesa la salute non soltanto nella sua dimensione statica di assenza di malattia, ma come condizione dinamico/funzionale di benessere psicofisico – come testualmente si legge nell’art. 1 lettera o) del d.lgs. n. 81 del 2008, e come recentemente riaffermato da questa stessa Corte con la sentenza 16 ottobre 2007, n. 21748.

Deve ancora ritenersi consumata:

- la violazione della più generale norma dell’art. 2 della Costituzione, apparendo innegabile la limitazione del diritto del minore allo svolgimento della propria personalità sia come singolo sia nelle formazioni sociali;

- dell’art. 3 della Costituzione, nella misura in cui si renderà sempre più evidente la limitazione al pieno sviluppo della persona;

- degli artt. 29, 30 e 31 della Costituzione, volta che l’arrivo del minore in una dimensione familiare “alterata” (come lascia presumere il fatto che la madre si fosse già emotivamente predisposta, se correttamente informata della malformazione, ad interrompere la gravidanza, in previsione di una sua futura malattia fisica o psichica al cospetto di una nascita dichiaratamente indesiderata) impedisce o rende più ardua la concreta e costante attuazione dei diritti-doveri dei genitori sanciti dal dettato costituzionale, che tutela la vita familiare nel suo libero e sereno svolgimento sotto il profilo dell’istruzione, educazione, mantenimento dei figli.

Tali situazioni soggettive, giuridicamente tutelate e giuridicamente rilevanti, sono pertanto riconducibili non alla sola nascita né al solo *handicap*, bensì alla nascita ed alla futura vita handicappata intesa nella sua più ampia accezione funzionale, la cui “diversità” non è discriminata in un giudizio metagiuridico di disvalore tra nascita e non nascita, ma soltanto tutelata, rispettata ed alleviata per via risarcitoria.

Non è a discorrersi, pertanto, di non meritevolezza di una vita handicappata, ma una vita che merita di essere vissuta meno disagiata, attribuendo *direttamente* al soggetto che di tale condizione di disagio è personalmente portatore il dovuto importo risarcitorio, senza mediazioni di terzi, quand’anche fossero i genitori, ipoteticamente liberi di utilizzare il risarcimento a loro riconosciuto ai più disparati fini.

...omissis...

Deve pertanto concludersi che l’interesse giuridicamente protetto, del quale viene richiesta tutela da parte del minore ai sensi degli articoli della Carta fondamentale dianzi citati, è quello che gli consente di alleviare, sul piano risarcitorio, la propria condizione di vita, destinata a una non del tutto libera estrinsecazione secondo gli auspici dal Costituente: il quale ha identificato l’intangibile essenza della Carta fondamentale nei diritti inviolabili da esercitarsi dall’individuo come singolo e nelle formazioni sociali ove svolgere la propria personalità, nel pieno sviluppo della persona umana, nell’istituzione familiare, nella salute.

Non assume, pertanto, alcun rilievo “giuridico” la dimensione prenatale del minore, quella nel corso della quale la madre avrebbe, se informata, esercitato il 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.

Il ragionamento apparentemente sillogistico, elaborato da gran parte della dottrina francese all’indomani del caso *Perruche*, secondo cui “sarebbe

insanabilmente contraddittorio considerare che il bambino handicappato, una volta nato, possa usare la sua acquisita qualità di soggetto di diritti per chiedere il risarcimento del danno risultante dal fatto di non essere stato abortito dalla madre, cosa che gli avrebbe impedito di diventare soggetto di diritti”, perde ogni ragionevole senso alla luce di quanto sinora esposto circa l’aspetto soggettivo ed oggettivo della vicenda: l’obiezione caratterizzata, difatti, l’enunciato in termini di esigenza meramente logico-discorsiva, che non impone al soggetto un obbligo di vivere, ma un dovere linguistico di non affermare nulla che possa portarlo a predicare sé stesso come inesistente.

Tutto ciò resta ai margini del discorso giuridico, così come estraneo al diritto positivo, se non nei limiti del suo altrettanto positivo recepimento in norme (ove esistenti), è una considerazione razionale della natura dell’uomo che ne implichi un obbligo di vivere, avendo di converso l’ordinamento positivo eletto ad essenza dei diritti dell’uomo, prima ancora della dignità (diversamente dall’ordinamento tedesco, in conseguenza della storia di quel popolo) la libertà dell’individuo, che si autolimita nel contratto sociale, ma resta intatta nei confronti di sé stesso, in una dimensione dell’essere che legittima infine anche il non fare o il rifiutare.

...omissis...

Va pertanto affermata, sul piano del nesso di condizionamento, la equiparazione *quoad effecta* tra la fattispecie dell’errore medico che non abbia evitato l’handicap evitabile (l’*handicap*, si badi, non la nascita handicappata), ovvero che tale *handicap* abbia cagionato (come nella ipotesi scrutinata dalla sentenza 10741/2009) e l’errore medico che non ha evitato (o ha concorso a non evitare) la nascita malformata (evitabile, senza l’errore diagnostico, in conseguenza della facoltà di scelta della gestante derivante da una espressa disposizione di legge). Facoltà il cui esercizio la gestante aveva, nella specie, espressamente dichiarato di voler esercitare, donde l’evidente paralogismo che si cela nella motivazione della corte territoriale nel momento in cui onera la odierna ricorrente dell’incombente di provare quello che risultava già provato ed acquisito agli atti del processo.

...omissis...

8.

Il sesto motivo risulta assorbito nell’accoglimento di quelli che lo precedono, dovendo il giudice del merito provvedere ad una completa revisione della disciplina delle spese processuali, il cui precedente regolamento deve intendersi (a prescindere da qualsiasi considerazione sul *quantum*), *ipso facto* caducato nell’an.

9.

In applicazione dei suindicati principi di diritto, il giudice del rinvio, da designarsi nella stessa Corte d'appello di Venezia, in diversa composizione, nel regolare anche le spese del giudizio di legittimità, è chiamato a rivalutare *ex novo* la fondatezza della richiesta risarcitoria sia della minore, sia dei suoi familiari.

P.Q.M.

la Corte accoglie il primo, secondo, terzo, quarto e quinto motivo del ricorso, dichiara assorbito il sesto, cassa la sentenza impugnata e rinvia, anche per le spese del giudizio di cassazione, alla corte di appello di Venezia in diversa composizione.

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio della terza sezione civile, il 10.1.2012.

IL CONSIGLIERE ESTENSORE

IL PRESIDENTE

BREVI RIFLESSIONI SUL DIRITTO A NON NASCERE

ABSTRACT: Il contributo si pone come commento critico riguardo al 'diritto a non nascere', a partire dalla recente sentenza con cui la Corte di Cassazione italiana ha deciso la richiesta risarcitoria di diversi soggetti ricorrenti per danno da nascita indesiderata. Una *wrongful birth* causata dalla errata diagnosi pre-natale da parte del medico che non ha individuato la sindrome di Down, di cui la neonata è risultata affetta. Smentendo un proprio consolidato orientamento e cassando le pronunce sul merito, la Corte Suprema ha riconosciuto la legittimazione al risarcimento del danno non solo ai genitori, ma anche alle sorelle della bambina, e alla bambina stessa.

PAROLE CHIAVE: Diritto a non nascere, danno, *wrongful birth*, aborto, responsabilità medica.

ABSTRACT: This contribution wants to be a critical comment about the 'right to not be born', starting from a recent judgment of the Corte di Cassazione that was pronounced about the petition for damages submitted by several subjects because of damage given by a *wrongful birth*. The *wrongful birth* was caused by the doctor's negligent prenatal diagnosis, that did not identify Down Syndrome, which the baby turned out to be affected by. Contradicting its previous tendency and annulling the verdicts pronounced by trial judges, the Corte di Cassazione proclaimed that not only parents have the right to recover damages, but also the young girl's sisters as well as the girl herself.

KEYWORDS: Right to Not Be Born, Damage, *Wrongful Birth*, Abortion, Medical Liability.

Sommario: 1. Una sentenza manifesto per il *perruchismo* italiano? – 2. Secondo e terzo motivo del ricorso. Onere probatorio e presunzioni abortiste – 3. (segue) Presumere i requisiti per snaturare la legge – 4. Il quarto motivo di ricorso. Soggetti aventi diritto al risarcimento. Effetti protettivi del contratto – 5. (segue) La disabilità come ostacolo alla serenità della vita familiare – 6. Quinto motivo di ricorso. Risarcimento al bambino nato malformato – 7. (segue) Spunti per una riflessione sul quinto motivo – 8. «Poca osservazione e molto ragionamento conducono all'errore. Molta osservazione e poco ragionamento conducono alla verità»

1. UNA “SENTENZA MANIFESTO” PER IL PERRUCHISMO ITALIANO?

LA sentenza n. 16754/2012 della Suprema Corte di Cassazione civile, sez. III, si presenta come una complessa esposizione in materia di «responsabilità sanitaria per omessa diagnosi di malformazioni fetali e conseguente nascita indesiderata». La lettura dell'oggetto della sentenza fa immediatamente comprendere la delicatezza del tema affrontato; il motivo di interesse della medesima non sta però tanto nel suo oggetto, quanto nel modo in cui i giudici hanno voluto approcciarlo. Innanzitutto è da segnalare la novità della decisione della Suprema Corte di accordare il risarcimento del danno derivante da omessa diagnosi di malformazioni fetali e nascita indesiderata non solo alla madre ed al padre, ma anche alle sorelle della neonata e, soprattutto, alla neonata stessa. Ad aggiungere ancor più interesse all'analisi è il fatto che i giudici non si siano limitati ad una mera riproposizione degli indirizzi giurisprudenziali precedenti, ma piuttosto abbiano deciso di «dar vita ad un così significativo revirement»,¹ tanto negli esiti raggiunti, quanto soprattutto nelle argomentazioni proposte e nel loro svolgimento. Da questo, che si può ben affermare configurarsi come un tentativo di dare una nuova sistemazione alla materia, deriva la denominazione di «sentenza manifesto»,² utilizzata da alcuni dei primi commentatori. Essa si inserisce dunque a pieno titolo in quel dibattito che indicheremo come riguardante il ‘diritto a non nascere’, su cui la dottrina ha scritto molto e sotto svariati profili; dibattito ovviamente non circoscritto al solo ordinamento italiano, ma che permette comparazioni con diversi ordinamenti europei ed extra-europei. Non è

¹ Si specifica che quando nel testo saranno presenti citazioni letterali inserite tra le caporali e sprovviste di nota di riferimento esse sono da intendersi come brani tratti dal testo della sentenza oggetto del presente contributo, consultabile integralmente al sito www.cortedicasazione.it/Documenti/16754_10_12.pdf, ultimo accesso 16.1.2013.

² Cfr. ad esempio ANTONIO PALMA, *Note minime sul “diritto a non nascere”: una sentenza “manifesto”?*, consultabile al seguente url: www.scienzaevita.org/materiale/2-Palma.pdf, ultimo accesso al 16.1.2013; ed anche STEFANO ROSSI, *Il nascituro quale oggetto di tutela. Brevi note su una sentenza-manifesto*, consultabile al seguente indirizzo: www.personaedanno.it/index.php?option=com_content&view=article&id=40349&catid=100, ultimo accesso 16.1.2013.

certamente intenzione del presente scritto riassumerne i termini in seno ai diversi ordinamenti e come essi si influenzino vicendevolmente in materia, data la considerevole mole di bibliografia rintracciabile a riguardo, inconciliabile con la necessità di sintesi.³

Impossibile però non citare, per le fortissime analogie con la vicenda sottoposta alla nostra attenzione, il celeberrimo caso francese del piccolo Nicolas Perruche, che ha segnato una tappa fondamentale nella riflessione giuridica in materia e che ebbe a suo tempo un forte impatto anche sull'opinione pubblica. La sentenza oggetto del presente contributo riassume così la vicenda: «la Corte di Cassazione francese in assemblea plenaria [...] affermò che “quando gli errori commessi da un medico e dal laboratorio in esecuzione del contratto concluso con una donna incinta impedirono a quest'ultima di esercitare la propria scelta di interruzione della gravidanza, al fine di evitare la nascita di un bambino handicappato, questi può domandare il risarcimento del danno consistente nel proprio handicap, causato dai predetti errori”». A tale pronuncia fece immediato seguito l'intervento del legislatore (*loi Kouchner* 303/2002), che escluse qualsivoglia pretesa risarcitoria dell'handicappato per il solo fatto della nascita «quando l'handicap non è stato provocato, aggravato o evitato da errore medico». In seguito le norme introdotte dalla *loi Kouchner*,⁴ poi confluite nel *Code de l'action sociale* con legge n. 2005-102, furono impugnate davanti al *Conseil Constitutionnel*, che nel giugno del 2010 respinse il ricorso, giudicandole conformi alla Costituzione.⁵ Nel-

³ Si rimanda per una sintesi della ricostruzione del dibattito a livello europeo ed extra-europeo a FRANCESCO DONATO BUSNELLI, *La tutela giuridica dell'inizio della vita umana*, in *La tutela giuridica della vita prenatale*, a cura di Riccardo Rossano, Salvatore Sibilla, Torino, Giappichelli, 2005, p. 64 ss.; ed anche OLGA RILAMPA, *Il “diritto di non nascere” e la condizione giuridica del nascituro*, «La responsabilità civile», 1, 2006, pp. 71-81. Sulla situazione in Germania si segnala la sentenza della Corte di giustizia federale tedesca (BGHZ, 86, 204), che si pronunciò per la negazione del risarcimento argomentando la non legittimazione attiva del bambino. Cfr. EDMUND PICKER, *Schadenersatz für das unerwünschte eigene Leben - Wrongful life*, Tubinga, J.B.C. Mohr, 1995, anche nella sua edizione italiana *Il danno della vita. Risarcimento per una vita non desiderata*, a cura di Paolo Zatti, Damiano Canale, Milano, Giuffrè, 2004, con considerazioni sulla linea di quanto si evidenzierà poco sotto per l'opera di Cayla e Thomas.

⁴ Cfr. LORENZA VIOLINI, *La legge francese sui danni da mancata diagnosi di malattie genetiche fetali*, «Quaderni costituzionali», 1, 2006, pp. 141-144.

⁵ Sul caso Perruche si indica anche la tanto interessante, quanto scarsamente obiettiva, monografia di OLIVIER CAYLA, YAN THOMAS, *Du droit de ne pas naître. À propos de l'affaire Perruche*, Parigi, Édition Gallimard, 2002, anche nella sua edizione italiana dal titolo *Il diritto a non nascere, a proposito del caso Perruche*, Milano, Giuffrè, 2004. Scarsamente obiettiva si diceva, poiché esplicitamente funzionale ad un'accorata difesa delle tesi *perruchiste*. Tale denominazione deriva dal fatto che il forte impatto sulla dottrina e sull'opinione pubblica francese determinò la creazione di due fronti, quello *perruchiste* favorevole alle decisioni contenute nella sentenza, e quello *antiperruchiste*, con motivazioni per lo più opposte. Il forte impatto già ricordato sull'opinione pubblica francese si ebbe alla pubblicazione del famoso articolo

lo svolgersi dell'analisi si noterà come gli sviluppi dottrinali e le riflessioni originati dall'acceso dibattito aperto dal caso Perruche abbiano inciso fortemente sulle motivazioni poste a fondamento della pronuncia della Suprema Corte n. 16754/2012.

Nel presentare i punti più rilevanti della sentenza, che consta di ben 73 fogli, l'obiettivo è quello di una lettura critica all'interno del quadro normativo e giurisprudenziale italiano, e non solo. Le profonde implicazioni bio-etiche della decisione toccano infatti aspetti che non possono essere affrontati attraverso l'illusione del c.d. diritto debole,⁶ o con la sua declinazione interpretativa, che tende a presentare i propri risultati come asettici e a-valoriali, conseguenza di procedimenti giuridici oggettivi. Data l'evidenza della questione è davvero difficile pensare che un giurista si dimostri ancora tanto ingenuo da credere ad un diritto che non implichi in sé un giudizio di valore: «la neutralità del diritto è chimera se non un mito fasullo: invero si prediligono taluni valori per 'neutralizzarne' altri».⁷ Quanto appena esposto per le norme, risulta ancor più adeguato per l'attività giudiziale, chiamata al difficile compito della retta interpretazione del diritto generale ed astratto, al momento del suo contatto con le fattispecie concrete che deve regolare. Il tentativo è dunque di abbracciare una prospettiva più ampia, da un lato maggiormente realistica e meno utopistica, e d'altra parte senza dubbio più affascinante, che obbliga l'operatore del diritto a porsi domande, spesso tralasciate, sul compito e la natura del diritto stesso, senza adagiarsi nei meccanismi routinari del già saputo o della mera ricezione del mai ben definito 'sentire comune'. Una lettura critica dunque, che cercherà di proporre

di CATHERINE LABRUSSE-RIOU, BERTRAND MATIHIEU, *La vie humaine comme préjudice*, apparso sul quotidiano *Le Monde*, in data 24 novembre 2000, e contrario alle tesi della *Court de Cassation*, che fu sottoscritto da professori e ricercatori di facoltà di giurisprudenza francesi. A ciò seguirono lo sciopero dei ginecologi che effettuavano ecografie ostetriche e le forti rimostranze di tutte le associazioni che a vario titolo si occupavano di soggetti disabili. Per un'analisi sulla ricaduta del caso sulla responsabilità civile nel diritto francese cfr. BRIGITTE FEUILLET, *The Perruche case and the French liability*, «Drexel Law Review», 1, 2011, pp. 139-149, in particolare pp. 141-143. Per una più puntuale ricostruzione delle vicende giudiziali francesi si segnala ROBERTO CIPPITANI, *Limitazioni alla responsabilità medica nella diagnosi prenatale tra norme costituzionali e norme sovranazionali*, «Diritto di famiglia e delle persone», 3, 2011, pp. 1327-1357. Sulla sentenza del *Conseil Constitutionnel* si veda anche la sintetica ma lucida analisi di FRANCESCO D'AGOSTINO nell'articolo *Il diritto di non nascere figlio dell'eugenetica*, apparso sul quotidiano *Avvenire*, in data 6 dicembre 2010.

⁶ Sul punto con grande chiarezza si esprime GIUSEPPE DALLA TORRE, *Le leggi contro la vita: il loro significato politico-giuridico*, in "Evangelium Vitae" e Diritto. Atti del Convegno Internazionale (23-25 Maggio 1996), a cura di Alfonso López Trujillo, Julian Herranz, Elio Sgreccia, Città del Vaticano, Libreria editrice vaticana, 1997, pp. 99-120.

⁷ GERALDINA BONI, ANDREA ZANOTTI, *La Chiesa tra nuovo paganesimo e oblio. Un ritorno alle origini per il diritto canonico del terzo millennio*, Torino, Giappichelli, 2012, pp. 52-53. In particolare si segnalano le note nn. 20, 21 e 23.

spunti per riflettere proprio sul giudizio di valore e la mentalità sottesi alla pronuncia della Suprema Corte.

2. SECONDO E TERZO MOTIVO DEL RICORSO. ONERE PROBATORIO E PRESUNZIONI ABORTIVE

A motivo di esigenze di brevità, per quanto riguarda il concreto svolgersi della vicenda su cui la Corte è stata chiamata ad esprimersi si rimanda alla ricostruzione operata dalla sentenza, riportata innanzi al presente testo. Inoltre si procederà direttamente ad esaminare il secondo e terzo motivo di ricorso, escludendo dalla trattazione le questioni preliminari e il primo motivo di ricorso, poiché scarsamente incidenti sull'oggetto principale del commento.

Nell'affrontare, ed accogliere, il secondo motivo di ricorso, la Corte ricostruisce il quadro dell'onere probatorio in cui il caso si inserisce: «risulta provato [...] che la gestante avesse espressamente richiesto un accertamento medico-diagnostico per essere resa partecipe delle eventuali malformazioni genetiche del feto, così da poter interrompere la gravidanza. Oggetto del rapporto professionale [...] doveva, pertanto, ritenersi, nella specie, non un accertamento “qual che esso fosse”, [...] bensì un accertamento doppiamente funzionale alla diagnosi di malformazioni fetali e (condizionatamente al suo risultato positivo) all'esercizio del diritto di aborto». La sentenza di merito del giudice veneziano indica, infatti, come non provato che la donna avesse richiesto di essere sottoposta all'amniocentesi. Secondo quanto rilevato dalla Suprema Corte sarebbe ivi ravvisabile un'inversione dell'onere probatorio, con conseguente non conformità al diritto. Il corretto riparto dell'onere probatorio vedrebbe il medico obbligato a provvedere ad una completa informazione delle varie tecniche diagnostiche (invasive o meno, rischiose o meno); vedrebbe di contro la paziente obbligata a provare solo di aver richiesto la diagnosi fetale, funzionale all'aborto se positiva. La responsabilità del medico conseguentemente sarebbe rilevante non solo per la mancata informazione, ma anche per lesione del diritto all'autodeterminazione della donna dettata dall'omissione, «nella prospettiva dell'insorgere, sul piano della causalità ipotetica, di una malattia fisica o psichica».

Sintetizzando il terzo motivo di ricorso, anch'esso accolto, si nota come la motivazione sia strettamente legata a quanto appena espresso. Si tratta di doglianza concernente la violazione e falsa applicazione dell'art. 2729 c.c., rubricato come 'presunzioni semplici'. Appoggiandosi alla sua precedente pronuncia n. 6735/2002 e contrariamente a quanto deciso dai giudici veneziani, la Corte afferma che, davanti ad un'espressa istanza diagnostica funzionale ad un eventuale aborto, opera una presunzione rispetto alla «patologia materna destinata ad insorgere a seguito della scoperta della paventata malformazione».

3. (SEGUE) PRESUMERE I REQUISITI PER SNATURARE LA LEGGE

La Corte accenna soltanto ai presupposti medici riguardanti il caso, che devono essere ben valutati anche attraverso competenze mediche appropriate. L'individuazione della colpa del ginecologo per omessa informazione, per quanto desumibile, potrebbe apparire corretta e conseguente ad una sua negligenza, e in tal caso condivisibile. Non si può dire lo stesso per le motivazioni espresse dalla Corte, che hanno portato agli esiti sopra esposti. La *mens iuridica* sottesa risulta piuttosto evidente e, senza dubbio, corroborata da precedenti giurisprudenziali inquadrabili nel medesimo orientamento. Ciò nonostante, come dimostra la stessa sentenza in oggetto operando come anticipato un «significativo *revirement*», la mera presenza di indirizzi consolidati non può esentare il giurista dal domandarsi se essi siano corretti e condivisibili; si noti tra l'altro come la sentenza Cass. 6735/2002,⁸ introducendo la regola presuntiva, perfezionasse a sua volta un *revirement* rispetto all'assodato indirizzo giurisprudenziale rappresentato dalla sentenza Cass. 12195/1998.⁹

Riferendosi al terzo punto di ricorso, davanti al consolidarsi della suindicata regola presuntiva e davanti alla conseguente decisione della Corte sul punto, sono certamente condivisibili i timori espressi da alcuni autori: «questa motivazione [...] seppur con ogni dovuto approfondimento sembra sovrapporre, se non addirittura confondere, i presupposti legittimanti l'aborto, ed in particolare la circostanza che debba esservi relazione tra la malformazione del feto e stato di pericolo per la salute della donna. L'applicazione rigorosa dei presupposti legittimanti l'aborto terapeutico appare quanto mai necessario, pur nel rispetto dei limiti della libertà individuale, atteso che, altrimenti, il rischio noto è quello di favorire anche involontariamente, aborti eugenetici».¹⁰ Che dunque la sola richiesta di diagnosi pre-

⁸ Cass. civ., sez. III, 10.5.2002 n. 6735, «Danno e responsabilità», 11, 2002, p. 1148 ss.

⁹ Cass. civ. sez. III, 1.12.1998 n. 12195, «Giurisprudenza italiana», 1999, p. 2038 ss. Per una ricostruzione dei diversi possibili assetti dell'onere probatorio e sull'introduzione della regola presuntiva si rimanda a FRANCESCA CASSONE, *Il danno da nascita indesiderata*, in *La responsabilità in medicina*, a cura di Andrea Belvedere, Silvio Riondato, Milano, Giuffrè, 2011, pp. 395-399, e alla ricca bibliografia presente nell'apparato di note.

¹⁰ ANTONIO PALMA, *Note minime su una sentenza manifesto*, cit. Si osservi, come già premesso, che il riferimento normativo è l'art. 6 della l. 194/78 poiché nel caso di specie la donna aveva già oltrepassato il limite temporale dei 90 gg. previsto per l'applicazione dell'art. 4. Questa tendenza a slegare e/o confondere i requisiti posti dalla legge sembra essere accolta anche in dottrina. Si consideri, per tutti, quanto affermato, in spregio del testo letterale della legge «L'art. 6, l. n. 194/78 autorizza la madre a decidere se portare a termine la gravidanza in caso di diagnosi di malattia del feto. Questa scelta spetta a lei sola. Non è coercibile né sindacabile»: FRANCESCA CASSONE, *Il danno da nascita indesiderata*, cit., p. 414.

natale con espressa dichiarazione dell'intenzione di abortire, qualora l'esito fosse positivo, sia sufficiente a far presumere la futura insorgenza di gravi pericoli per la salute fisica o psichica della donna rende davvero difficile comprendere a che scopo il legislatore abbia deciso di differenziare il procedimento per ricorrere all'aborto prima e dopo i 90 giorni. Se i requisiti richiesti dall'art. 6, l. 194/78,¹¹ indubbiamente più restrittivi di quelli espressi dall'art. 4, si possono ritenere oggetto di presunzione alla prova dei fatti non vi è alcuna differenza fra le due ipotesi. Non si riscontra affatto nel testo della legge la 'regolarità causale' evocata in sentenza tra l'ottenuta informazione delle malformazioni fetali e l'aborto. Ipotizzare tale giudizio presuntivo unicamente perché *id quod plerumque accidit* può tutt'al più introdurre nella mente del giurista un ulteriore e fondato dubbio sulla reale tenuta della l. 194/78. Se ciò che accade usualmente (tanto da poter addirittura adombrare un rapporto causa-effetto) è il ricorso all'aborto nel caso di accertamento di malformazioni fetali, diventa oltremodo difficile non vederne l'inevitabile deriva eugenetica, che costituisce un ulteriore *vulnus* all'equilibrio assai labile di cui la legge 194/78 è espressione.¹²

È appena da segnalare come nel caso di specie risulti provato che la gestante avesse certo espressamente indicato l'aborto come conseguenza della positività dell'esame diagnostico, ma nulla si dice sul fatto che avesse paventato o ipotizzato un grave pericolo per la propria salute fisica o psichica derivante da questo. L'indicazione in sentenza dell'intervenuta patologia al momento della scoperta della malformazione da parte della madre, come «indiretta conferma» della presunzione, pecca quantomeno d'ingenuità. È pacifico come non sia in alcun modo realistico il paragone tra l'effetto sullo stato psicofisico della donna della notizia di malformazioni fetali, poco dopo i tre mesi di gestazione ed in seguito ad un esame diagnostico, e l'effetto prodotto dalla constatazione *icto oculi* della malformazione al momento della nascita, in contraddizione ad una legittima aspettativa creatasi nella madre in base ad una, errata, diagnosi negativa durante la gestazione.

Infine è opportuno sottolineare quanto emerge nella argomentazione posta a fondamento del rigetto del secondo motivo di ricorso. In essa il giudice utilizza con molta naturalezza le espressioni 'diritto all'aborto' e 'diritto all'interruzione di gravidanza',¹³ e indica come oggetto del contratto tra

¹¹ Nel caso in esame il riferimento va all'art. 6 della suddetta normativa, poiché all'epoca dei fatti la gravidanza era già entrata nel secondo trimestre.

¹² La l. 194/78 è stata ed è tutt'ora oggetto di critiche sotto molteplici aspetti, non ultimo la sostanziale disapplicazione di alcune sue prescrizioni. Si veda sul punto la lucida lettura critica e la ricca bibliografia di GERALDINA BONI, *La legge n. 194 del 1978: "derive" applicative di una legislazione da rivedere*, «Diritto di famiglia e delle persone», 2, 2008, pp. 821-879.

¹³ «Tra desistere dalla irrogazione della pena detentiva e concessione di un diritto di aborto, di un diritto alla derelizione e soppressione di esseri umani, corre un abisso». GERALDINA

medico e paziente un accertamento doppiamente funzionale alla diagnosi di malformazioni fetali e all'esercizio del diritto di aborto. Presentando tale ricostruzione logica come perfettamente coerente, il rischio è quello di snaturare nella realtà dei fatti il senso stesso della diagnosi prenatale, facendo coincidere la possibile scoperta di una malattia con la conseguenza non certo ovvia della soppressione del malato. Non dovrebbe essere nemmeno necessario citare le oramai numerose patologie per la cura delle quali è possibile intervenire con chirurgia fetale, applicabile solo nei casi in cui venga diagnosticata in tempo la malattia del nascituro.¹⁴ La spinosa questione della diagnosi prenatale richiederebbe, per poter essere illustrata esaustivamente, uno spazio e una competenza certo maggiori di quelle a disposizione; pare opportuno richiamare, anche per l'aderenza alle vicende in esame, la chiara e autorevole voce di Giovanni Paolo II nella Lettera Enciclica *Evangelium Vitae*, che al punto 14 dichiara: «Le diagnosi pre-natali, che non presentano difficoltà se fatte per individuare eventuali cure necessarie al bambino non ancora nato, diventano troppo spesso occasione per proporre e procurare l'aborto. È l'aborto eugenetico, la cui legittimazione nell'opinione pubblica nasce da una mentalità – a torto ritenuta coerente con le esigenze della “terapeuticità” – che accoglie la vita solo a certe condizioni e che rifiuta il limite, l'handicap, l'infermità».¹⁵

4. IL QUARTO MOTIVO DI RICORSO. SOGGETTI AVENTI DIRITTO AL RISARCIMENTO. EFFETTI PROTETTIVI DEL CONTRATTO

Il quarto ed il quinto motivo di ricorso sono sostanzialmente simili e riguardano la 'platea' dei soggetti aventi diritto al risarcimento. La Corte, con condivisibile intelligenza sistematica, opta, nello svolgimento del quarto motivo di ricorso, per la definizione delle sole posizioni dei due genitori e delle sorelle della neonata; lasciando, dunque, l'analisi del tema forse più

BONI, *La legge n. 194 del 1978: “derive” applicative di una legislazione da rivedere*, cit., p. 865. Nel medesimo senso si veda anche l'interessante intervista che Norberto Bobbio rilasciò a Guido Nascimbeni, pubblicata l'8 maggio del 1981 sul quotidiano *Il Corriere della Sera*, in cui si legge «D.- Quali diritti e quali doveri sono in conflitto? R.- Innanzitutto il diritto fondamentale del concepito, quel diritto di nascita sul quale, secondo me, non si può transigere. [...] Si può parlare di depenalizzazione dell'aborto, ma non si può essere moralmente indifferenti di fronte all'aborto».

¹⁴ Sulla diagnosi prenatale e per una panoramica sulle possibilità della chirurgia fetale si veda FERNANDO FABÒ, *Alcune implicazioni e problemi bioetici della diagnosi prenatale*, «*Studia Bioethica*», 1, 2009, pp. 36-47. Per un quadro più generale cfr. GABRIELLA GAMBINO, *Diagnosi prenatale. Scienza, etica e diritto a confronto*, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 2003.

¹⁵ GIOVANNI PAOLO II, Lettera Enciclica *Evangelium Vitae*, «*Acta Apostolicae Sedis*», 5, 1995, p. 401 ss., n. 14. Vedi anche nn. 63 e 18. A indiretta conferma di quanto autorevolmente affermato, si legga, nella parte in cui si espongono le motivazioni *antiperruchiste*, il già citato OLIVIER CAYLA, YAN THOMAS, *Il diritto a non nascere. A proposito del caso Perruche*, cit., pp. 29-30.

controverso, ossia il possibile risarcimento in capo al bambino disabile, interamente al quinto.¹⁶

La posizione della madre viene inquadrata nella sua qualità di parte contrattuale (o in ogni caso all'interno della categoria del contatto sociale), a favore della quale viene fatta valere la responsabilità sanitaria per omessa diagnosi di malformazioni fetali e conseguente nascita indesiderata. Secondo un orientamento già espresso dalla Cassazione,¹⁷ vengono estesi gli effetti protettivi del rapporto contrattuale in essere tra gestante e medico anche al padre, in qualità appunto di soggetto protetto da tale rapporto. La novità di tale argomentazione consiste nell'estensione operata dalla Corte dei medesimi effetti protettivi fatti valere per il padre anche ai fratelli e alle sorelle del nato malformato, danneggiati principalmente per la minor disponibilità dei genitori nei loro confronti e per la diminuita possibilità di godere di un rapporto parentale «costantemente caratterizzato da serenità e distensione».

5. (SEGUE) LA DISABILITÀ COME OSTACOLO ALLA SERENITÀ DELLA VITA FAMILIARE

Le diverse posizioni dei soggetti ricorrenti (meno, come abbiamo anticipato, la posizione del bambino disabile) vengono in tal modo ricostruite. Secondo quanto esposto in precedenza, al medico è contestata non solo la carenza di informazione, ma anche la lesione del diritto alla autodeterminazione della donna causata dalla medesima omissione. Tale responsabilità medica nei confronti della madre viene dalla Corte pacificamente ricondotta nell'alveo della responsabilità contrattuale, anche se invero non risulta in maniera chiara se sia da ascrivere ad un vero e proprio contratto ovvero ad un rapporto da contatto sociale (oppure se il rapporto contrattuale sia da configurarsi tra paziente e struttura sanitaria, e il rapporto da contatto sociale tra paziente e medico che lo assiste).¹⁸

¹⁶ Quinto ed ultimo, poiché il sesto motivo presentato viene giudicato dalla Corte assorbito dall'accoglimento di quelli che lo precedono.

¹⁷ Si vedano, oltre alla già citata Cass. 6735/2002, le pronunce Cass. civ., sez. III, 02.02.2010 n. 2354, «Giustizia civile Massimario», 2, 2010, p. 151 ss., e Cass. civ., sez. III, 29.07.2004 n. 14488, «Responsabilità civile e previdenza», 6, 2004, p. 1348 ss.

¹⁸ Si confronti sul punto GIUSEPPE GLIATTA, *Il danno da procreazione: i soggetti legittimati a chiedere il risarcimento e la natura della responsabilità del medico*, «La responsabilità civile», 10, 2007, pp. 845-849. L'Autore, richiamando le pronunce della Cass. 16123/2006 e la precedente 10297/2004, affronta il tema della natura della responsabilità del medico e della struttura sanitaria, segnalando come la succitata pronuncia Cass. 16123/2006, abbia negato un rapporto di tipo contrattuale tra paziente e medico, seppur derivante da contatto sociale (rilevandolo invece nel rapporto tra paziente e struttura sanitaria), rimandando quindi il caso allo schema della responsabilità aquiliana ex art. 2043 c.c. (Cass. civ., sez. III, 14.07.2006 n. 16123, «Corriere Giuridico», 12, 2006, p. 1691 ss.; Cass. civ., sez. III, 28.05.2004 n. 10297, «Il Foro italiano», 2005, p. 2479 ss.).

La tematica della responsabilità contrattuale collegata a quella medica risulta essere particolarmente complessa. Il corretto inquadramento della responsabilità si rivela poi ancor più incidente, giacché il rapporto intercorrente tra medico e paziente porterebbe ad un dispiegarsi dei suoi effetti protettivi verso terzi: il padre del neonato viene legittimato al risarcimento proprio come terzo protetto dal contratto. È dunque configurabile nel nostro ordinamento un contratto con effetti protettivi verso terzi? La dottrina maggioritaria, suffragata dalla giurisprudenza della Suprema Corte, ritiene come pacifica la possibilità di un contratto che dispieghi i propri effetti protettivi verso terzi, e specificamente nella sua applicazione ai casi di responsabilità medica.¹⁹ Risulta interessante la proposta avanzata da Viola di individuare, nel danno nei confronti del padre e della madre, la figura del danno da perdita di *chance*,²⁰ dato che la lesione dell'autodeterminazione si presenta solo come eventuale (dati gli ulteriori requisiti posti dalla legge).²¹ Tra i pregi ascrivibili a questa impostazione si sottolinea soprattutto la possibilità di evitare di ricorrere all'uso della discutibile regola presuntiva di cui abbiamo parlato precedentemente.

In ogni caso la sentenza *de qua* si allinea all'indirizzo giurisprudenziale prevalente, configurando gli effetti protettivi verso terzi e inserendo tra essi il padre. La novità della pronuncia sta nell'inclusione tra i terzi protetti anche delle sorelle della bambina disabile. Il fondamento di tale inclusione è stabilito nel medesimo principio contemplato per il padre, richiamando le sentenze Cass. 6735/2002, 14488/2004 e 2354/2010. Leggendo però le argomentazioni delle pronunce indicate, si rintraccia sempre un elemento non presente nella sentenza *de qua*: l'indicazione, tra i fondamenti per legittimare il padre quale terzo protetto, dei doveri dei genitori dettati dall'ordinamento nei confronti dei figli.²² Conseguentemente appare difficoltosa l'applicazio-

¹⁹ Una breve e chiara esposizione del dibattito si rintraccia nel commento alla sentenza Cass. 13/2010 di LUIGI VIOLA, *Il danno da nascita indesiderata: contratto con effetti protettivi o contatto sociale?*, «La responsabilità civile», 7, 2010, pp. 527-530. (Cass. civ. sez. III, 4.01.2010 n. 13, «Responsabilità civile e previdenza», 5, 2010, p. 1027 ss.)

²⁰ Cfr. nota a Cass. 24143/2010 di MASSIMO FOGLIA, *Errata diagnosi del medico: il problema causale e la chance perduta*, «Nuova giurisprudenza civile», 5, 2011, pp. 446-447, in tema di danno da perdita di chance nell'ambito della responsabilità medica. Il caso in questione non è assimilabile, non trattandosi di una gestante, ma rileva comunque l'individuazione del danno da perdita di chance e il problema della causalità, che tratteremo più avanti.

²¹ Cfr. LUIGI VIOLA, *Il danno da nascita indesiderata: contratto con effetti protettivi o contatto sociale?*, cit., p. 530.

²² Si legge infatti in Cass. 14488/2004, che riporta sostanzialmente l'identico testo rintracciabile anche nella Cass. 6735/2002: «Il tessuto dei diritti e dei doveri che secondo l'ordinamento si sia incentrato sul fatto della procreazione – quali si desumono sia dalla legge 194 del 1978, sia dalla Costituzione e dal codice civile, quanto ai rapporti tra coniugi ed agli obblighi dei genitori verso i figli [...] – vale poi a spiegare perché anche il padre rientri

ne di tale motivazione alla posizione delle sorelle, certo non obbligate in maniera tanto stringente quanto i genitori nei confronti della bambina. Con tutta probabilità è questo il motivo che porta la Corte ad esplicitare i profili di danno compatibili con la posizione di questi soggetti; ma proprio questa esplicitazione risulta essere non del tutto convincente. I profili di danno delineati non sono, forse, giuridicamente errati, ma certamente possono essere accusati di una certa superficialità espositiva; tra di essi si arriva, ad esempio, a specificare l'incompatibilità tra la condizione del figlio 'meno fortunato' e un costante rapporto parentale sereno e disteso tra i genitori e gli altri figli. Considerando alcuni dati evidenti della realtà familiare, non è facile in realtà immaginare per le sorelle, quantomeno secondo la già citata logica dell'*id quod plerumque accidit*, una possibilità così significativamente maggiore di godere di un rapporto parentale costantemente sereno e disteso dettata solamente dalla mancanza della sorella disabile. Inoltre anche l'argomento della minor disponibilità dei genitori nei loro confronti causato dalla presenza del bambino handicappato può essere smentito dalla possibile, e altrettanto credibile, valutazione opposta: spesso accade che la nascita di un figlio disabile porti i genitori ad un cambiamento dello stile di vita (probabilmente non voluto, ma qui si sta trattando della posizione dei figli) che determina una loro maggiore presenza e sollecitudine all'interno dell'ambiente e dei rapporti familiari.

Le considerazioni dipanate dalla Corte esplicitano una mentalità che guarda all'handicap come ad un dis-valore assoluto, una «condizione esistenziale di potenziale sofferenza» (ma esistono condizioni esistenziali in cui non vi è possibilità di sofferenza?). Non si pretende certo in questa sede di indicare l'handicap come qualcosa di neutro, né tantomeno auspicabile o desiderabile, potendo essere contesto e cagione di situazioni talora umanamente drammatiche o difficili. Ma è certo da evidenziare come questa valutazione in termini di negatività assoluta non sia nuova ai ragionamenti che informano la nostra giurisprudenza. Si pensi ad esempio al caso della quantificazione del danno in occasione di una nascita indesiderata: l'orientamento giurisprudenziale prevalente considera diversa la quantificazione nel caso in cui la nascita indesiderata riguardi un figlio disabile. Assolutamente condivisibile l'osservazione: «Non v'è dubbio che si tratti di un "giudizio di valore", nel senso più pregnante del termine. Mi pare però che in esso si possa leggere, trasposta in ambito risarcitorio, la stessa *ratio* legislativa che consente alla donna di sacrificare la vita del feto in avanzato stadio di sviluppo, praticamente solo in caso di diagnosi di grave malformazione; vi è infatti in questa norma una implicita – ma non meno riconoscibile – va-

tra i soggetti protetti dal contratto ed in confronto del quale la prestazione del medico è dovuta». Nel medesimo senso anche Cass. 2354/2010.

lutazione della malattia e delle conseguenze che essa riversa sui genitori e sul bambino stesso». ²³

In questo senso ben poca rilevanza assume la chiosa della Corte che, al termine della motivazione, invoca un «orizzonte di incondizionata accoglienza dovuta ad ogni essere umano che si affaccia alla vita [...] principio cardine [...] di una stessa ed universale Etica (e bioetica) della persona».

6. QUINTO MOTIVO DI RICORSO.

RISARCIMENTO AL BAMBINO NATO MALFORMATO

Da ultimo si ricostruisce l'*iter* posto alla base dell'accoglimento del quinto motivo di ricorso, ossia per giustificare una scelta a dir poco rivoluzionaria: riconoscere al bambino disabile il risarcimento del danno per una patologia genetica non curabile in via intrauterina, quale la Trisomia 21. L'obiettivo non appare agevole, sia per la complessità e l'articolazione delle argomentazioni giuridiche proposte, sia per la corposità delle stesse.

Gli elementi essenziali da individuare per analizzare la fattispecie risultano dunque essere: innanzitutto l'individuazione delle qualità da attribuire al concepito, ossia il soggetto virtualmente e posteriormente legittimato ad agire per ottenere il risarcimento; in secondo luogo è necessario stabilire in cosa consiste il danno patito dal soggetto; infine occorre risolvere il non minore problema del nesso causale tra condotta e danno patito. Proponendosi dunque, come già accennato, «un'analisi scevra da facili quanto inevitabili suggestioni di tipo etico o filosofico», la Corte inizialmente procede ad una rassegna della propria giurisprudenza maggiormente significativa in materia, operando una scansione dei principali passaggi argomentativi delle pronunce n. 14488/2004 e n. 10741/2009. Inoltre, ricostruendo essenzialmente i principi di diritto con cui si paragona, espone le obiezioni più rilevanti ed i pregi ascrivibili a dette pronunce.

Così la Corte, tenendo in considerazione la già più volte citata legge n. 194/78, arriva ad affermare che: «Il diritto alla procreazione cosciente e responsabile è, dunque, attribuito alla sola madre, per espressa volontà legislativa, sì che risulta legittimo discorrere, in caso di sua ingiusta lesione, non di un diritto esteso anche al nascituro in nome di una sua declamata soggettività giuridica, bensì di propagazione intersoggettiva degli effetti diacronici dell'illecito». Conformemente, ne consegue la Corte, non è rilevante se il diritto alla procreazione cosciente e responsabile possa rappresentare un interesse non solo della madre ma anche del nascituro. Solo la donna è legittimata attivamente al suo esercizio e ciò esclude anche le possibili doglianze del bambino nei confronti della madre stessa (in ipotesi di nascita

²³ FRANCESCA CASSONE, *Il danno da nascita indesiderata*, cit., p. 402.

malformata e accettata), poiché essa, «esercitando un diritto *in iure proprio* (anche se, talvolta, nell'interesse non soltanto proprio, pur essendo tale interesse confinato nella sfera dell'irrilevante giuridico), deciderà presuntivamente per il meglio: né potrebbe darsi ipotesi contraria, a conferma della mancanza di una reale soggettività giuridica in capo al nascituro». Questa motivazione è anche alla base della mancanza di conflitto di interessi ladove sia la madre stessa a rappresentare il nato malformato in sede giudiziale, avanzando sia autonomamente sia come rappresentante del bambino richiesta di risarcimento (v. punto 7.7 dell'argomentazione). Risulta perciò sufficiente considerare il nascituro quale oggetto di tutela da parte dell'ordinamento, senza dover chiamare in causa la nozione di soggettività giuridica, essendo quest'ultima «funzionale all'imputazione di situazioni giuridiche e non tecnica di tutela di entità protette». Lo *status* del nascituro, in linea col nostro ordinamento, sarebbe dunque quello di oggetto di tutela necessaria (e progressiva). Perciò «chi nasce malato per via di un fatto lesivo ingiusto occorsogli durante il concepimento non fa, pertanto, valere un diritto alla vita né un diritto a nascere sano né tantomeno un diritto a non nascere. Fa valere, ora per allora, la lesione della sua salute, originatasi al momento del concepimento». La vicenda risarcitoria può essere in conseguenza ricondotta alla categoria dei c.d. danni futuri.²⁴

Dopo alcune considerazioni anche riguardanti la teoria generale del diritto, la Corte determina la riconducibilità della vicenda in oggetto allo schema della responsabilità aquiliana, rilevandone gli elementi costitutivi. In primo luogo vi è il soggetto legittimato ad agire. Richiamando quanto già approfondito sul tema, i giudici individuano un soggetto che «alla sua nascita, istituisce retroattivamente se stesso, divenendo titolare di un diritto soggettivo nuovo». Per la Corte il *vulnus* subito dal minore «non è la malformazione in sé considerata – non è in altri termini, l'infermità intesa in senso naturalistico (o secondo i dettami della scienza medica) bensì lo stato funzionale di infermità, la 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 e handicap, sintesi generatrice di una *vita handicappata*». E ancora, se il danno è individuabile nella nascita malformata allora il nesso causale tra questo e la condotta omissiva non è ipotizzabile; ma dato che esso consiste nella «proiezione dinamica dell'esistente, appare senz'altro riconducibile, secondo un giudizio prognostico *ex post*, all'omissione, una volta che la condotta diligente e incolpevole avrebbe consentito alla donna di esercitare il suo diritto all'aborto». Per l'analisi della condotta colpevole e degli oneri probatori si rimanda a quanto detto nel secondo, terzo e quarto motivo di ricorso. La sentenza si conclude dichiarando assor-

²⁴ Si veda sentenza Cass. civ. sez. III, 3.5.2011 n. 9700, «Guida al diritto», 22, 2011, p. 48 ss.

bito, nell'accoglimento dei precedenti, il sesto motivo, cassando la sentenza impugnata e rinviando al giudice di merito anche per le spese del giudizio di cassazione.

7. (SEGUE) SPUNTI PER UNA RIFLESSIONE SUL QUINTO MOTIVO

L'intenzione della Corte che emerge dalla non semplice lettura delle argomentazioni è piuttosto chiara: individuare un percorso logico-giuridico adeguato a fondare la pretesa di risarcimento del bambino disabile, tentando di evitare, attraverso le acquisizioni apprese dal dibattito dottrinale antecedente, il riconoscimento tanto di un 'diritto a non nascere' quanto di una soggettività giuridica del concepito.

Si tenterà ora di rintracciare ed evidenziare i punti di maggiore criticità, per favorire spunti di riflessione in merito non essendo possibile la loro esaustiva analisi. Innanzitutto emerge con forza la posizione presa dalla Corte contro il riconoscimento della soggettività giuridica del nascituro, che viene invece identificato con un «oggetto di tutela necessaria» da parte dell'ordinamento. La Corte anticipa che la questione su cui viene chiamata a giudicare «non sembra [...] postulare né imporre come imprescindibile l'affermazione della soggettività del nascituro» e in diversi punti tocca la questione.²⁵ Questo concetto non sembra essere invero un argomento molto rilevante: la mera non necessità del riconoscimento della soggettività giuridica del concepito non è affatto utile ad escluderla; è palese che il nodo cruciale è se tale soggettività ci sia oppure non esista, e non se il suo riconoscimento formale sia evitabile oppure no. Nel tentativo di evidenziare appunto la non esistenza di tale soggettività la Corte cita la ben nota sentenza della Corte costituzionale 27/1975, posta poi a fondamento della legge 194/1978, che risulta determinante per due asserzioni: il riconoscimento al nascituro dei diritti inviolabili dell'uomo «sia pure con caratteristiche sue proprie», ed il principio secondo cui non vi è equivalenza tra diritto alla salute di chi è già persona e la protezione dell'embrione che tale deve ancora diventare.²⁶ A tal proposito si è osservato che:

La sentenza [...] una volta riconosciuta al concepito la titolarità dei diritti inviolabili, ammetteva tuttavia la compromissione della sua vita in presenza di un grave pericolo medicalmente accertato per la salute della donna [...]. Tutto questo dichiarando la configurabilità, nondimeno, della proporzione tra quel pericolo e la morte

²⁵ Si legge in sentenza: «è tanto necessario quanto sufficiente, di converso, considerare il nascituro oggetto di tutela» e anche «l'indiscutibile e indiscussa rilevanza giuridica del concepito nel nostro ordinamento [...] non ha pertanto come ineludibile conseguenza la creazione *ex nihilo* di una sua soggettività».

²⁶ Si veda C. Cost., 18.01.1975 n. 27, «Il diritto di famiglia e delle persone», 2, 1975, pp. 375-390.

del concepito attraverso l'attribuzione di un minor rango ai diritti del medesimo rispetto a quelli del già nato, e ciò sulla scorta del ben noto assunto, oggettivamente privo di qualsiasi fondamento scientifico-razionale, secondo cui il concepito persona dovrebbe ancora diventare.²⁷

I giudici costituzionali in tal caso non si pronunciano certo sull'esclusione di una soggettività in capo al nascituro, ma operano, in maniera altrettanto discutibile, quella che viene definita come una flessibilizzazione dei diritti inviolabili.²⁸ La Suprema Corte si limita a portare ad evidenza, coerentemente con tali assunti, le illogiche conseguenze di tale impostazione: un essere umano a cui sono riconosciuti i diritti inviolabili dall'ordinamento, tra cui ovviamente il diritto alla vita, non è però un soggetto in tale ordinamento ma un oggetto di tutela, a cui non è pacificamente attribuibile perciò il diritto alla vita.²⁹ Non potendo di qui in avanti riassumere il dibattito, fortunatamente ancora ben vivo in dottrina, riguardo alla soggettività del nascituro,³⁰

²⁷ LUCIANO EUSEBI, *Il valore laico della vita*, «Quaderni di Scienza e Vita», 2011, p. 40.

²⁸ Cfr. LUCIANO EUSEBI, *Il valore laico della vita*, cit., p. 39. Come osserva con estremo realismo l'Autore, la flessibilizzazione dei diritti inviolabili dell'uomo ha una «attitudine tendenzialmente disgregatrice dell'impianto costituzionale».

²⁹ La Cassazione afferma: «Decisiva appare, difatti, la considerazione secondo cui, al momento stesso in cui l'ordinamento giuridico riconosce alla madre il diritto di abortire, [...] si palesa come incontestabile e irredimibile il sacrificio del "diritto" del feto a venire alla luce in funzione della tutela non soltanto del diritto alla procreazione cosciente e responsabile [...], ma dello stesso diritto alla salute fisica o anche soltanto psichica della madre. Mentre non vi sarebbe alcuno *spatium comparationis* se, a confrontarsi, fossero davvero, in una comprovata dimensione di alterità soggettiva, un (superiore) diritto alla vita e un ("semplice") diritto alla salute».

³⁰ Oltre alle pubblicazioni già citate, per orientarsi nella grande mole di materiale, non solo di carattere giuridico, si indicano come punti di partenza: NICOLA COVIELLO, *La tutela della salute dell'individuo concepito*, «Il diritto di famiglia e delle persone», 1, 1978, pp. 254-271; GIORGIO OPPO, *L'inizio della vita umana*, «Rivista di diritto civile», 5, 1982, pp. 449-529; IDEM, *Scienza, diritto, vita umana*, Ivi, 1, 2002, pp. 11-27; IDEM, *Declino del soggetto e ascesa della persona*, Ivi, 6, 2002, pp. 829-835; IDEM, *Ancora su persona umana e diritto*, Ivi, 2, 2007, pp. 259-263; PIERANGELO CATALANO, *Osservazioni sulla "persona" dei nascituri alla luce del diritto romano (da Giuliano a Texeira de Freitas)*, in *Diritto e Persone. Studi su origine e attualità del sistema romano*, I, Torino, Giappichelli, 1990, p. 195 ss.; CESARE MASSIMO BIANCA, *Diritto civile*, I, *La norma giuridica. I soggetti*, Milano, Giuffrè, 2002, p. 221 ss.; EMANUELA GIACOBBE, *Il concepito come persona in senso giuridico*, Torino, Giappichelli, 2004; FRANCESCO DONATO BUSNELLI, *Il problema della soggettività del concepito a cinque anni dalla legge sulla procreazione medicalmente assistita*, «La nuova giurisprudenza civile commentata», 4, 2010, pp. 185-195; PAOLO ZATTI, *Questioni della vita nascente*, in *Il governo del corpo*, II, a cura di Stefano Canestrari, Gilda Ferrando, Cosimo Marco Mazzoni, Stefano Rodotà, Milano, Giuffrè, 2011, pp. 1307-1337; DAMIANO CANALE, *La qualificazione giuridica della vita umana prenatale*, Ivi, pp. 1253-1279; MARIA PIA BACCARI VARI, *Curator Ventris. Il concepito, la donna e la res pubblica tra storia e attualità*, Torino, Giappichelli, 2012; MARIO PALMARO, *Ma questo è un uomo. Indagine storica, politica, etica, giuridica sul concepito*, Cinisello Balsamo (MI), San Paolo Edizioni, 2003; CARLO VALERIO BELLINI, *Se questo non è un uomo... il feto, un nuovo membro della famiglia*, Mila-

ci si limita dunque a rilevare come mentre la posizione della Corte risulta ben chiara, non altrettanto si può affermare per quanto riguarda le argomentazioni indicate come *iter* per potervi approdare.³¹

Proseguendo, come detto, sottolineando appena le criticità emergenti, non si può non notare una zona grigia per quanto riguarda l'individuazione dell'interesse tutelato e del relativo danno ingiusto lamentato dal ricorrente. Abbiamo indicato al punto precedente come la Corte individui il danno subito dal minore. La definizione del *vulnus* operata dalla Corte, forse per la sua eccessiva complessità, può essere approcciata da diversi punti di vista critici. Innanzitutto il proponimento dei giudici di riuscire a non identificare la vita come pregiudizio (per evitare il riferimento al 'diritto a non nascere' e la conseguente connotazione etica) risulta se non disatteso, certamente non compiuto. Lo sforzo argomentativo per individuare il *vulnus* subito, sul piano prettamente giuridico, con la situazione disagiata determinata dall'handicap che il soggetto è portato a vivere nella sua quotidianità, non scioglie quella che rimane l'obiezione principale: seppur connotata come handicappata, è comunque la vita stessa che viene indicata come pregiudizio; o meglio, la sintesi (che la stessa Corte considera inscindibile) tra vita e handicap; l'inizio dell'evento dannoso coincide perciò col momento della nascita. In effetti risulta condivisibile l'osservazione di un'attenta dottrina quando afferma che: «Persona e salute sembrano cioè viaggiare su binari distinti. Emerge una condizione di discontinuità soggettiva nella titolarità di un diritto alla salute tra la fase prenatale e la nascita, dove l'evento nascita fungerebbe, allo stesso tempo, da fatto attributivo di un diritto (alla salute) ed evento causale del danno (la "nascita malformata"), quando è invece pacifico che il diritto alla salute, nelle condizioni date dalla natura, riguardi anche la vita fetale». ³² La presenza sostanziale dei presupposti del 'diritto a non nascere se non sani' nell'argomentazione della Corte risulta poi ancor più evidente laddove il giudice afferma: «estraneo al diritto positivo, se non nei limiti del suo altrettanto positivo recepimento in norme (ove esistenti),

no, Ancora, 2004; *L'embrione: una questione aperta*, a cura di Giovanni Maria Pace, Milano, Sperling & Kupfer, 2005; GIORGIO MARIA CARBONE, *L'embrione umano, qualcosa o qualcuno*, Bologna, Edizioni studio domenicano, 2005; inoltre si segnalano numerosi interventi utili all'approfondimento in Giovanni Paolo II. *Le vie della giustizia, itinerari per il terzo millennio. Omaggio dei giuristi a sua santità nel xxv anno di pontificato*, a cura di Aldo Loiodice, Massimo Vari, Roma, Scienze e Lettere, 2003.

³¹ Interessante l'analisi dei profili costituzionalistici della vicenda rintracciabile in STEFANO ROSSI, *La cassazione e la nascita indesiderata*, contributo consultabile al seguente url: www.forumcostituzionale.it/site/images/stories/pdf/documenti_forum/giurisprudenza/giurisdizioni_ordinarie/0015_rossi.pdf, ultimo accesso 16.1.2013.

³² ALBERTO GAMBINO, *Nascita con sindrome di down: quando il diritto si disallinea dall'essere*, reperibile all'url: www.personaedanno.it/index.php?option=com_content&view=article&id=40543&catid=81 ultimo accesso 16.1.2013.

è una considerazione razionale della natura dell'uomo che implichi un obbligo di vivere, avendo di converso l'ordinamento positivo eletto ad essenza dei diritti dell'uomo, prima ancora della dignità [...] la libertà dell'individuo, che si autolimita nel contratto sociale, ma resta intatta nei confronti di se stesso, in una dimensione dell'essere che legittima alfine anche il non fare o rifiutare». ³³ L'equivalenza tra libertà e totale autodeterminazione dell'individuo, oltre a mettere in dubbio l'esistenza dei c.d. diritti indisponibili, pone precisamente le basi argomentative per postulare il diritto a non nascere se non sano, avallando il ragionamento secondo cui il nascituro malformato, se avesse potuto scegliere avrebbe scelto di non nascere, non essendo la vita/esistenza un bene assoluto in sé, ma relativo e secondario rispetto alla suprema autodeterminazione. Ma questa concezione che di primo acchito può sembrare maggiormente rispettosa dell'individuo, presenta punti che necessitano di un approfondimento. La lesione dell'autodeterminazione della madre viene in sentenza indicata come sorgente primaria di ogni situazione tutelata conseguente, data la propagazione intersoggettiva degli effetti diacronici dell'illecito. Ma se la configurazione dello schema del fatto illecito *ex art. 2043* ³⁴ è quella ricostruita dalla Corte, viene correttamente osservato come il nascituro subisca un danno diretto, ³⁵ danno che tuttavia è in rapporto di dipendenza dalla lesione dell'autodeterminazione della madre. Invero questa formulazione poco chiara porta ad una soluzione che lascia perplessi:

[...]l'inevitabile conseguenza logica è che d'ora in avanti qualsiasi persona con disabilità andrebbe valutata, in punto di tutela risarcitoria, in modo diverso a seconda che la sua nascita sia o meno frutto di una libera scelta dei genitori: nel primo caso, essa mai potrebbe reclamare un risarcimento; mentre ove, per un errore di informazione medica, la nascita sia da considerare indesiderata, la persona disabile andrebbe risarcita [...]. Davanti ad un medesimo evento "dannoso" e ad uno stesso diritto soggettivo avremmo due trattamenti diversi delle persone nate con la sindrome di down. Può questa disparità giustificarsi a causa della violazione di un diritto altrui (il mancato libero esercizio del potere di interrompere la gravidanza da parte della madre)? ³⁶

Si approda dunque all'ultimo dei punti da toccare. Nell'esposizione critica delle argomentazioni della già citata pronuncia Cass. n. 14488/2004 il giudice

³³ Questo passaggio della sentenza è in forte sintonia con le tesi esposte da Cayla in OLIVIER CAYLA, YAN THOMAS, *Il diritto a non nascere. A proposito del caso Perruche*, cit., pp. 29-30, già citate in nota 15.

³⁴ Come chiaramente asserito in sentenza: «Vanno conseguentemente analizzati tutti gli elementi della fattispecie concreta onde inferirne la legittima riconducibilità alla fattispecie astratta dell'illecito aquiliano».

³⁵ STEFANO ROSSI, *La cassazione e la nascita indesiderata*, cit. p. 14.

³⁶ ALBERTO GAMBINO, *Nascita con sindrome di down: quando il diritto si disallinea dall'essere*, cit.

esplicita il quesito a cui l'intero argomentare della sentenza deve rispondere, ossia «se una persona nata con una malformazione che segna la vita e di cui sicuramente non è responsabile abbia o meno il diritto a chiederne conto a qualcuno». Questo interrogativo non può davvero lasciare indifferenti. Esso coglie pienamente, ad avviso di chi scrive, il nocciolo della questione con una profondità che investe molteplici punti di osservazione, non limitandosi certo al mero piano giuridico. Eppure la risposta che ne dà la Corte, identificando il responsabile (a cui chiedere conto di una vita segnata) nel medico che per colpevole omissione abbia impedito alla madre di esercitare la soppressione di quella stessa vita, risulta una risposta quantomeno parziale se non, verosimilmente, errata. Emerge tutta la problematicità dell'individuazione del nesso causale³⁷ intercorrente tra l'omissione del medico e la condizione di un soggetto che già in utero era portatore della sindrome di down, patologia presente fin dal suo concepimento e pacificamente slegata dall'omissione stessa. La ricostruzione della Corte che equipara l'errore medico che ha causato l'handicap (o che non l'abbia evitato se evitabile) e l'errore medico che non ha evitato la nascita malformata (per errore diagnostico) non può essere considerata affatto esaustiva. Proprio la questione della causalità, come ricordato dalla stessa Corte, fu uno dei principali *focus* delle critiche alla sentenza *Perruche* che già più volte abbiamo citata. Rimane il fatto che affrontare una disamina sugli schemi civilistici della causalità, anche procedendo per sommi capi, sarebbe compito assai ampio e arduo, e meriterebbe un'analisi a sé stante. La Corte tenta di aggirare il problema attraverso l'ambigua individuazione del *vulnus* lamentato su cui sopra si sono espresse perplessità. Se il danno è sintesi di vita e handicap come già esposto, l'omissione del medico si potrà ricondurre quale causa della vita, non certo dell'handicap, e dunque rintracciare un chiaro nesso di causalità tra l'omessa diagnosi e la vita handicappata risulta in ultimo impraticabile.³⁸ Richiamando alla mente l'interrogativo posto dalla Corte, da noi sopra ricordato, emer-

³⁷ Si veda STEFANO ROSSI, *La cassazione e la nascita indesiderata*, cit., alla nota n. 26, in cui si esprimono dubbi sulla sussistenza del nesso causale, rimandando per approfondimento a ROBERTO PUCCELLA, *La causalità incerta*, Torino, Giappichelli, 2007.

³⁸ In chiusura si appunta come lasci spazio a più di un dubbio, nondimeno, la possibilità di fondare un ragionamento sull'adeguatezza di evitare una vita malformata evitando la vita stessa. Ragionando puramente per assurdo, sarebbe simile al proclama di un medico che si vanta di aver sconfitto le malattie che presentavano i suoi pazienti nella percentuale del 100% attraverso il semplice metodo dell'eliminazione dei pazienti portatori delle malattie stesse. A chi pensa che si tratti di un *divertissement* di *humor* nero, si segnala l'articolo all'indirizzo www.tempi.it/entro-il-2030-danimarca-non-ci-sar-pi-nessun-bambino-affetto-da-sindrome-di-down#.UPbsM2ebFGE (ultimo accesso 16.1.2013); in esso si riporta la notizia del quotidiano danese *Berlingske*, il quale annuncia che la Danimarca sarà un paese «Down Syndrome Free» all'incirca nel 2030, grazie agli screening pre-natali che permettono l'eliminazione dei nati che presentano la Trisomia 21.

ge che la necessità o la volontà di trovare un 'responsabile/colpevole' per ogni accadimento (che è certo un istinto comprensibile quando si impatta con situazioni drammatiche e apparentemente ingiuste come quella oggetto della pronuncia) deve qui cedere il passo ad una equilibrata valutazione della realtà; davvero non risulta essere una risposta sufficiente che la colpa della vita handicappata sia riconducibile al medico negligente: «Rimane il dubbio sulla funzione e la *ratio* di tale risarcimento: è veramente una posta risarcitoria coerente con i principi della responsabilità civile [...] o si tratta di una compensazione, di un'assicurazione sociale che vuole porre rimedio agli squilibri creati dalla lotteria della vita?». ³⁹

8. «POCA OSSERVAZIONE E MOLTO RAGIONAMENTO
CONDUCONO ALL'ERRORE. MOLTA OSSERVAZIONE
E POCO RAGIONAMENTO CONDUCONO ALLA VERITÀ» ⁴⁰

Nel cercare di tirare le fila di una così complessa e interessante analisi, è bene partire da un ritorno al principio, ossia all'obiettivo posto all'inizio del contributo. Si è cercato di far emergere quel giudizio di valore necessariamente sotteso alle argomentazioni giuridiche svolte su temi che non sono circoscrivibili al mero piano giuridico. Non sembra fuori luogo ribadire che, per trattare argomenti con rilievi bioetici di tale portata, è necessario chiedersi prima di tutto cosa corrisponda a giustizia e non limitarsi alla sterile espressione, tanto in voga, di legalità. Ciò permette al giurista di evitare quella tentazione cui spesso si sente incline: costruire ragionamenti complessi e tecnicamente perfetti, ma che perdono il necessario riferimento con la realtà, tradendo il fine stesso del diritto (che nasce in funzione della realtà e dell'uomo, e non viceversa), risultando da ultimo tanto affascinanti quanto poco utili se non dannosi.

Pregio della sentenza *de qua* è certo quello di mettere in luce come le conclusioni cui giunge non siano creazioni proprie, ma risultino coerenti con la mentalità e le *rationes* che in maniera maggioritaria informano la legislazione 'bioetica' a tutt'oggi. Si sono già espresse perplessità riguardo alla legge 194/78: «simili disposizioni [...] delineano i loro contenuti in termini tali da consentire – non soltanto si badi per una scorretta applicazione delle medesime nella prassi – esiti diversi da quelli corrispondenti all'assetto giuridico che esse, formalmente, descrivono. Emerge dunque una netta discrasia, [...] fra quanto la legge afferma e quanto la legge effettivamente permette». ⁴¹ Non risultano infondate dunque tali critiche in sede di commento ad

³⁹ STEFANO ROSSI, *La cassazione e la nascita indesiderata*, cit., nota 64.

⁴⁰ Famosa frase del medico francese premio Nobel nel 1912, contenuta in ALEXIS CARREL, *Riflessioni sulla condotta di vita*, Siena, Cantagalli, 2004.

⁴¹ LUCIANO EUSEBI, *Il valore laico della vita*, cit., p. 38.

una sentenza che riconosce un risarcimento ad un soggetto ‘debole’; l’apparente contraddizione è smentita dall’evidenza che la mentalità sottesa a tale ‘concessione’ è la medesima che afferma il diritto (o la necessità) dell’uccisione del soggetto stesso, prima che possa manifestare il proprio disagio.⁴² L’ordinamento formalmente rifiuta l’aborto come metodo eugenetico, ma rimane valido per il nostro caso quanto affermato in occasione della sentenza Perruche da D’Agostino: «Se si fosse definitivamente stabilito il diritto a risarcire un bimbo nato portatore di handicap, per l’erronea diagnosi prenatale del suo male, non avremmo semplicemente assistito al trionfo dei teorici della *wrongful birth*, ma avremmo dato la stura a un’ulteriore terribile e, a suo modo, ben più coerente richiesta: quella della legalizzazione dell’infanticidio degli handicappati. A rigor di logica ci sarebbe infatti un solo modo coerente per risolvere il problema di chi fosse nato per “errore”: non quella di risarcirlo con denaro, ma quello di legalizzarne l’uccisione».⁴³ Se il piano giuridico si slega da un corretto inquadramento antropologico e morale, saldamente ancorato alla realtà, anche ragionamenti logicamente coerenti possono diventare le basi di appoggio per soluzioni francamente inammissibili. A chi considera queste implicazioni sinistre ma inconsistenti⁴⁴ si segnala la pubblicazione di due ricercatori italiani che, partendo da presupposti analoghi a quelli espressi nella nostra sentenza, arrivano a proporre lo sdoganamento dell’infanticidio neonatale nelle stesse ipotesi in cui è possibile l’aborto.⁴⁵

Di fronte a ciò torna alla mente quanto magistralmente insegnato da Giovanni Paolo II nell’enciclica *Evangelium Vitae*: «Tutto sembra avvenire nel più saldo rispetto della legalità, almeno quando le leggi che permettono l’aborto o l’eutanasia vengono votate secondo le cosiddette regole democratiche. In verità siamo di fronte solo ad una tragica parvenza di legalità e l’ideale democratico, che davvero è tale quando riconosce e tutela la dignità della persona umana, è tradito nelle sue stesse basi: “Come è possibile parlare ancora di dignità di ogni persona umana, quando si permette che si uccida la più debole e la più innocente? In nome di quale giustizia si opera fra le persone la più ingiusta delle discriminazioni, dichiarandone alcune degne di essere

⁴² GIOVANNI PAOLO II, Lettera Enciclica *Evangelium Vitae*, cit., n. 19: «Se è vero che talvolta la soppressione della vita nascente o terminale si colora anche di un malinteso senso di altruismo e di umana pietà, non si può negare che una tale cultura di morte, nel suo insieme, tradisce una concezione della libertà del tutto individualistica che finisce per essere libertà dei “più forti” contro i più deboli».

⁴³ FRANCESCO D’AGOSTINO, *Il diritto a non nascere figlio dell’eugenetica*, cit.

⁴⁴ Cfr. FRANCESCA CASSONE, *Il danno da nascita indesiderata*, cit. p. 415.

⁴⁵ Cfr. ALBERTO GIUBILINI, FRANCESCA MINERVA, *After-birth abortion: why should the baby live?*, in *Journal of Medical Ethics*, 2012, consultabile al seguente url: jme.bmj.com/content/early/2012/03/01/medethics-2011-100411.full, ultimo accesso 16.1.2013.

difese, mentre ad altre questa dignità è negata?».⁴⁶ La relativizzazione del valore assoluto della vita umana è figlia di una concezione positivista (del diritto e della realtà);⁴⁷ essa non conduce ad un'asserita maggiore libertà o equità sociale, ma al contrario apre la strada ad evidenti disuguaglianze di fronte alla legge e mina alla radice la possibilità di tendere al bene comune: «Il misconoscimento del diritto alla vita, infatti, [...] è ciò che si contrappone più frontalmente e irreparabilmente alla possibilità di realizzare il bene comune».⁴⁸ L'affermazione di Tommaso D'Aquino ripresa da Giovanni Paolo II, secondo cui «La legge umana in tanto è tale in quanto è conforme alla retta ragione e quindi deriva dalla legge eterna. Quando invece una legge è in contrasto con la ragione, la si denomina legge iniqua; in tal caso però cessa di essere legge e diviene un atto di violenza»,⁴⁹ emerge in tutta la sua attualità e risulta evidente come possa essere adeguata tanto per l'attività legislativa quanto per l'attività d'interpretazione del dato normativo. Tornando alla sentenza della Cassazione, quello che può apparire un atto di pietà o solidarietà (risarcire per alleviare il disagio esistenziale), finisce per diventare un atto di violenza verso il bambino stesso, al quale implicitamente si attesta che la sua vita costituisce un errore che andava evitato.

Per concludere è essenziale riproporre come «La questione della vita e della sua difesa e promozione non è prerogativa dei soli cristiani. [...] essa appartiene ad ogni coscienza umana che aspira alla verità ed è attenta e pensosa per le sorti dell'umanità. [...] si tratta, infatti, di un valore che ogni essere umano può cogliere anche alla luce della ragione e che perciò riguarda necessariamente tutti».⁵⁰ Retta ragione utilizzata nella sua pienezza

⁴⁶ GIOVANNI PAOLO II, Lettera Enciclica *Evangelium Vitae*, cit., n. 20; GIOVANNI PAOLO II, *Discorso ai partecipanti al Congresso di studio "Il diritto alla vita e l'Europa (17 dicembre 1987)"*, «Insegnamenti di Giovanni Paolo II», 3, 1987, pp. 1446-1447.

⁴⁷ Come riferimento imprescindibile per una riflessione a riguardo non può non citarsi il discorso pronunciato dal Pontefice al Parlamento tedesco il 22 settembre 2011 (BENEDETTO XVI, *Discorso al Bundestag, Berlino, 22 settembre 2011*, «Ius Ecclesiae», 1, 2012, p. 163 ss., con a seguito la nota di MASSIMO DEL POZZO, *L'intelligenza del diritto di Benedetto XVI*)

⁴⁸ GIOVANNI PAOLO II, Lettera Enciclica *Evangelium Vitae*, cit., n. 72.

⁴⁹ GIOVANNI PAOLO II, Lettera Enciclica *Evangelium Vitae*, cit., n. 72. Per ulteriore chiarezza «Quando la ragione riesce a intuire e a formulare i principi primi e universali dell'essere e a far correttamente scaturire da questi conclusioni coerenti di ordine logico e deontologico, allora può dirsi una ragione retta, o come la chiamavano gli antichi *orthòs logos*, *recta ratio*»: GIOVANNI PAOLO II, Lettera Enciclica *Fides et ratio*, «Acta Apostolicae Sedis», 1, 1999, p. 5 ss., n. 4.

⁵⁰ Come esempio della realtà di tale affermazione si richiama integralmente l'intervista sull'aborto di Norberto Bobbio, indicata alla nota 13, ma in particolare il brano: «D.- Tutta la sua lunga attività, [...] i suoi libri, il suo insegnamento sono la testimonianza di uno spirito fermamente laico. Immagina che ci sarà sorpresa nel mondo laico per queste sue dichiarazioni? R.- Vorrei chiedere quale sorpresa ci può essere nel fatto che un laico consideri come valido in senso assoluto, come un imperativo categorico, il "non uccidere". E mi stupisco a

za e coscienza che aspira alla verità: questi sono i requisiti per compiere ciò che Benedetto XVI, con un'evocativa immagine, indica come metodo per superare le angustie del soffocante positivismo imperante: «Bisogna tornare a spalancare le finestre, dobbiamo vedere di nuovo la vastità del mondo, il cielo e la terra ed imparare ad usare tutto questo in modo giusto». ⁵¹

ALESSANDRO PALMONARI

mia volta che i laici lascino ai credenti il privilegio e l'onore di affermare che non si deve uccidere».

⁵¹ BENEDETTO XVI, *Discorso al Bundestag, Berlino, 22 settembre 2011*, cit., p. 167.