



Dipartimento Jonico in Sistemi Giuridici ed Economici del Mediterraneo: Società, Ambiente, Culture

Jonian Department - Mediterranean Economic and Legal Systems: Society, Environment, Cultures



ANNALI 2015 – ANNO III (ESTRATTO)

ALESSIO CARACCILO

Il concepito: profili di ricostruzione delle forme di tutela

DIRETTORE DEL DIPARTIMENTO

Bruno Notarnicola

COORDINATORE DELLA COLLANA

Francesco Mastroberti

COMMISSIONE PER GLI ANNALI DEL DIPARTIMENTO JONICO

Bruno Notarnicola, Domenico Garofalo, Riccardo Pagano, Giuseppe Labanca, Francesco Mastroberti,
Nicola Triggiani, Aurelio Arnese, Giuseppe Sanseverino, Stefano Vinci

COMITATO SCIENTIFICO

Domenico Garofalo, Bruno Notarnicola, Riccardo Pagano, Antonio Felice Uricchio, Annamaria Bonomo,
Maria Teresa Paola Caputi Jambrenghi, Daniela Caterino, Michele Indelicato, Ivan Ingravallo, Giuseppe
Labanca, Antonio Leandro, Tommaso Losacco, Giuseppe Losappio, Pamela Martino, Francesco
Mastroberti, Francesco Moliterni, Concetta Maria Nanna, Fabrizio Panza, Paolo Pardolesi, Ferdinando
Parente, Giovanna Reali, Paolo Stefani, Laura Tafaro, Giuseppe Tassielli, Sebastiano Tafaro,
Nicola Triggiani, Umberto Violante

COMITATO REDAZIONALE

Stefano Vinci (coordinatore), Cosima Ilaria Buonocore, Maria Casola, Patrizia Montefusco, Maria
Rosaria Piccinni, Angelica Riccardi, Giuseppe Sanseverino, Adriana Schiedi

Redazione:

Prof. Francesco Mastroberti
Dipartimento Jonico in Sistemi Economici e Giuridici del Mediterraneo: Società, Ambiente, Culture
Convento San Francesco, Via Duomo, 259 - 74123 Taranto, Italy
E-mail: francesco.mastroberti@uniba.it
Telefono: + 39 099 372382
Fax: + 39 099 7340595
<http://www.annalidipartimentojonico.org>

Alessio Caracciolo

IL CONCEPITO: PROFILI DI RICOSTRUZIONE
DELLE FORME DI TUTELA *

ABSTRACT	
Il Saggio approfondisce l'assetto giuridico della figura del concepito, incardinandosi nell'annoso dibattito in merito alla sua classificazione quale soggetto di diritto. In particolare, per mezzo di una ricostruzione sistematica dell'evoluzione giurisprudenziale, coadiuvata dall'analisi delle posizioni dottrinali spesso contrastanti che spaziano tra le teorie possibiliste riguardo il riconoscimento di una capacità giuridica anticipata e quelle favorevoli alla configurazione di una tutela prenatale, si giunge agevolmente alla conclusione secondo la quale il pensiero giuridico contemporaneo sia fondato sul principio morale, espresso dal Comitato Nazionale per la Bioetica in occasione della pubblicazione del parere <i>Identità e Statuto dell'Embrione Umano</i> , che l'Embrione è uno di noi.	The text deepens the juridical frame of the conceived one, inserting itself in the debate about its classification as subject of right. In particular, through a systematic rebuilding of the recent developments in case law, supported by the analysis of different doctrinal contrasting views, often starting from favorable theories to the recognition of anticipated legal personality, till theories which are inclined to the idea of prenatal protection, we easily come to the conclusion that the contemporary legal thinking is founded on the moral issue, expressed by the National Committee for the Bioethics, at the time of publication of the opinion titled <i>Identity and Statute of the human embryo</i> that the embryo is one of us.
Biodiritto – tutela prenatale – responsabilità civile	Bioethics – prenatal guardianship – torts

SOMMARIO: 1. Il nascituro nelle situazioni giuridiche soggettive previste dal Codice Civile – 2. Capacità giuridica prenatale e *status* del concepito – 3. Responsabilità contrattuale – 4. Responsabilità medica e contratto con effetti protettivi per i terzi: il diritto a non nascere se non sano – 5. Risarcibilità del danno cagionato al concepito – 6. Bioetica e Diritto.

1. Nel corso degli anni si è assistito al riconoscimento giurisprudenziale di nuove situazioni giuridiche per le quali è possibile esperire un'azione risarcitoria. Tale evoluzione non è limitata ad un aspetto qualitativo e quantitativo delle casistiche previste o prevedibili, ma riguarda la sussumibilità di determinate fattispecie nell'alveo

*Saggio sottoposto a referaggio secondo il sistema del doppio cieco.

della risarcibilità in relazione al profilo soggettivo: secondo autorevole dottrina¹ esistono dei casi nei quali è consentita la tutela di una persona “in potenza”, sebbene priva di capacità giuridica². Questo non implica necessariamente che si debba ritenere il concepito quale centro autonomo di imputazione di rapporti giuridici, ma che, pur non volendo attribuire all'individuo in fase prenatale una peculiare “personalità”, si debba considerare una fattispecie ontologicamente esistente protesa verso un prevedibile ed auspicabile sviluppo ulteriore³, disciplinandola al fine di delineare un quadro di tutela.

Talune fattispecie giuridiche sono difatti regolamentate anche con riferimento al concepito⁴. Peculiare è la disciplina in materia successoria, ove è attribuita al nascituro la capacità di succedere per causa di morte, sia per legge che per testamento, così che, nel momento in cui il decesso del *de cuius* dovesse avvenire prima dell'evento nascita, l'eredità si devolverebbe comunque anche a favore del soggetto non ancora nato al momento dell'apertura della successione (art. 462 comma 1 c.c.). Anche in tema di donazioni, il legislatore ha previsto a favore del concepito la capacità di essere destinatario di atti di liberalità, per cui è possibile designare quale beneficiario della donazione un soggetto che si trova ancora nel ventre materno. Per un'analisi della normativa vigente, è doveroso completare il quadro innanzi descritto con la capacità di succedere per testamento e di ricevere per donazione riconosciuta a chi non sia stato ancora concepito ma sia figlio di una determinata persona vivente al momento della donazione (art. 784 comma 1 c.c.) o dell'apertura del testamento (art. 462 comma 3 c.c.).

2. La lettura combinata di tali norme ha determinato l'insorgenza di due orientamenti contrapposti⁵: il primo ha teorizzato l'attribuzione al concepito di una propria capacità giuridica, anticipata al momento del concepimento, denominata in

¹ P. PERLINGIERI, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Camerino-Napoli, ESI, 1972, p. 137 ss.

² C. CASINI, *Verso il riconoscimento della soggettività giuridica del concepito*, in *Giur. Cost.*, 1997, p. 293 ss.; G. ALPA, *Lo statuto dell'embrione tra libertà, responsabilità, divieti*, in *Soc. dir.*, 2004, p. 13 ss.; R. DE MATTEIS, *Danno esistenziale e procreazione*, in F. LONGO (a cura di) *Rapporti familiari e responsabilità civile, materiali raccolti*, Torino, Giappichelli, 2004, p. 125 ss.; F. PARENTE, *Malformazioni fetali e danni esistenziali da procreazione*, in *Rass. dir. civ.*, 2005, p. 1003 ss.; F. PARENTE, *La soggettività del concepito nella tutela risarcitoria per danno prenatale: condotte endo ed eso familiari*, in G. LISELLA, F. PARENTE, *Persona Fisica*, in P. PERLINGIERI (diretto da), *Trattato di Diritto Civile del Consiglio Nazionale del Notariato*, II, Napoli, ESI, 2012, p. 115 ss.

³ P. RESCIGNO, *Il danno da procreazione*, in *Riv. dir. civ.*, 1956, II, p. 630 ss.; G. SEBASTIO, *Le pretese giuridiche del nascituro*, in *Riv. giur. circ. e trasp.*, 1998, p. 872 ss.; E. GIACOBBE, *Il concepito come persona in senso giuridico*, Torino, Giappichelli, 2003, p. 80 ss.

⁴ F. PARENTE, *La condizione giuridica dei nascituri concepiti e non concepiti tra tutela della soggettività e tutela reale*, in G. LISELLA, F. PARENTE, *op. cit.*, p. 108.

⁵ F. PARENTE, *Le origini della vita e la posizione giuridica dell'embrione*, in G. LISELLA, F. PARENTE, *op. cit.*, p. 96 ss.

dottrina «capacità giuridica prenatale»⁶; Il secondo, contrario ad ipotizzare l'esistenza di una soggettività anticipata, asserisce che il nostro ordinamento prevede solo una tutela, eccezionalmente riconosciuta in favore di un soggetto futuro⁷.

A sostegno della configurazione di una capacità giuridica prenatale vi è il presupposto che l'embrione sia effettivamente “vita”⁸ sin dal momento della fecondazione e, quindi, sia meritevole della stessa dignità umana spettante alla persona dopo la nascita. Questa è, d'altra parte, una considerazione alla quale giunge anche il Comitato Nazionale per la Bioetica⁹ e sulla quale si basano numerose sue conclusioni. Il cardine di una tale costruzione teorica è il principio di eguaglianza quale affermazione del fatto che l'uomo, nei confronti dell'altro uomo, non può mai essere considerato funzionalmente oggetto, né mezzo¹⁰. Se è dunque vero che per il diritto i soggetti si distinguono dagli oggetti per l'attribuzione della capacità giuridica, allora vuol dire che essa dovrebbe essere per sua natura attribuita anche alla fase pre-natale, trattandosi in ogni caso di soggetto del diritto, e non di mero oggetto¹¹. Di contro, il secondo comma dell'articolo 1 c.c. dispone che «i diritti che la legge riconosce a favore del concepito sono subordinati all'evento della nascita»¹². In tale ottica, considerare il nascituro come titolare di una sua peculiare capacità giuridica sarebbe in contrasto con l'art.1 c.c. e d'altra parte presupporrebbe il paradosso giuridico della possibilità di un acquisto condizionato della stessa¹³.

D'altro canto, l'orientamento della Corte costituzionale in merito è desumibile dalla sentenza n.27 del 18 febbraio 1975¹⁴. In tale pronuncia si afferma che i diritti dell'uomo spettano anche all'embrione, al contempo specificando che quest'ultimo deve ancora diventare persona, in ossequio alla lettera della disposizione codicistica¹⁵. Sebbene vi sia stata una progressiva spinta riformatrice nei confronti della disciplina in tema di acquisto della capacità giuridica, un profilo di criticità è rappresentato dalla sua stessa

⁶ E. GIACOBBE, *op. ult. cit.*

⁷ C. M. MAZZONI, *La tutela reale dell'embrione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2003, II, p. 457 ss.; P. STANZIONE, *Delle persone fisiche*, in P. CENDON (a cura di), *Commentario al codice civile* (artt. 1-142), Milano, Giuffrè, 2009, p. 859 ss.

⁸ R. CAPPELLO, *Sui concetti di vita e di vitalità*, in *Riv. dir. civ.*, Padova, Cedam, 1942, p. 224 ss.

⁹ COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *Identità e Statuto dell'Embrione Umano*, 26 giugno 1996, in presidenza.governo.it/bioetica.

¹⁰ F. PARENTE, *La condizione giuridica dei nascituri concepiti e non concepiti tra tutela della soggettività e tutela reale*, in G. LISELLA, F. PARENTE, *op. cit.*, pp. 109-110.

¹¹ COMITATO DIRETTIVO DEL CENTRO DI BIOETICA DELL'UNIVERSITÀ CATTOLICA DEL SACRO CUORE DI ROMA, *Documento su Identità e statuto dell'embrione umano*, in *Medicina e morale*, Roma, Istituto di Bioetica dell'Università Cattolica del Sacro Cuore, 1997, p. 1 ss.

¹² G. VILLANACCI, *Il concepito nell'ordinamento giuridico. Soggettività e statuto*, Napoli, ESI, 2006, p. 36 ss.

¹³ F. PARENTE, *La condizione giuridica dei nascituri concepiti e non concepiti tra tutela della soggettività e tutela reale*, in G. LISELLA, F. PARENTE, *op. cit.*, p. 109.

¹⁴ Corte cost. 18 febbraio 1975 n. 27 in *Giur. it.*, 1975, I, p. 1416.

¹⁵ A. LOIODICE, *Il protagonista della vita nelle incertezze delle discipline giuridiche: profili costituzionali*, in A. TARANTINO (a cura di), *Culture giuridiche e diritti del nascituro*, Milano, Giuffrè, 1997, p. 117 ss.

concezione. Se «la Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo» (art.2 Cost.), la capacità giuridica non è “attribuita”, ma “riconosciuta”. Inerisce cioè qualcosa che appartiene già all'essere umano, il quale ne ottiene il riconoscimento secondo le disposizioni di legge tempo per tempo vigenti. Questa lettura è in linea con la sentenza della Corte costituzionale n.48 del 2005¹⁶, la quale enuncia che «per quanto concerne l'art.1 della legge¹⁷, [...] è sufficiente osservare che la norma presenta per tale ultimo aspetto un contenuto meramente enunciativo, dovendosi ricavare la tutela di tutti i soggetti coinvolti e, quindi, anche del concepito, dal complesso delle altre disposizioni della legge».

La disamina dovrebbe dunque essere trasposta, tenendo conto della specificità delle norme riguardanti il concepito, sulla sua soggettività¹⁸, in linea con quell'orientamento espresso dalla Corte di cassazione secondo il quale i diritti del nascituro devono essere considerati nei limiti delle previsioni normative che li contengono¹⁹. Prendendo in considerazione tale caso, inerente la responsabilità in ambito di ricovero ospedaliero, la Corte di cassazione, con una lettura combinata degli artt. 32 Cost., 1 – 1411 – 1175 – 1337 – 1375 c.c., ha stabilito che il concepito, pur non avendo una piena capacità giuridica, è comunque un soggetto di diritto, poiché titolare di molteplici interessi personali riconosciuti dall'ordinamento sia nazionale che internazionale, quali il diritto alla vita, alla salute, all'onore, all'identità personale, a nascere sano, diritti, questi, rispetto ai quali l'avverarsi della *condicio iuris* della nascita è condizione imprescindibile per la loro azionabilità in giudizio ai fini risarcitori. Questo potrebbe portare a trarre la conclusione secondo la quale, per la giurisprudenza, il concepito è un “soggetto di diritto” poiché è una “persona” o, per lo meno, lo sarà al momento della nascita. Bisogna però sottolineare che parte della dottrina, partendo dall'assunto fatto proprio dalla Corte costituzionale che non esiste equivalenza fra il diritto alla vita e alla salute della madre e la salvaguardia dell'embrione (che persona deve ancora diventare), ritiene che l'uso della “soggettività” nella sentenza in questione sia stato usato come *quid pluris* per avvalorare la decisione, con una sorta di abuso terminologico. Questa impostazione ripropone un interrogativo pressante e lungamente discusso, ovvero se il concepito sia soggetto di diritto oppure oggetto di tutela, e soprattutto se sia o meno “persona”²⁰. Da un punto di vista giurisprudenziale questa diatriba non è priva di conseguenze, poiché l'orientamento delle Corti negli ultimi decenni è stato mutevole, soprattutto in tema di tutela risarcitoria derivante da responsabilità medica.

¹⁶ Corte cost. 28 gennaio 2005, in *Dir. e gius.*, 2005, p. 7.

¹⁷ La sentenza tratta della legge n. 40 del 2004.

¹⁸ F.D. BUSINELLI, *Persona umana e dilemmi della bioetica: come ripensare lo statuto della soggettività*, in *Dir. uman. e dir. intern.*, II, 2007, p. 245 ss.

¹⁹ Cass. Civ. 11 maggio 2009 n. 10741, in *Nuova giur. civ. comm.*, I, *Persona Fisica*, 2009, p. 1258 ss.

²⁰ F. PARENTE, *La condizione giuridica dei nascituri concepiti e non concepiti tra tutela della soggettività e tutela reale*, in G. LISELLA, F. PARENTE, *op. cit.*, p. 109 ss.; C.M. MAZZONI, *Persona fisica*, in M. BESSONE, *op. cit.*

Lo status di “concepito” è riconducibile, in conclusione, alla situazione in cui l'acquisto di un diritto sia subordinato al concorso di elementi successivi, dei quali taluni si siano verificati ed altri no. In altre parole si può considerare l'esistenza in capo al nascituro di una “aspettativa”, una fattispecie a formazione progressiva o successiva che costituisce un effetto preliminare dell'acquisizione del diritto preso in considerazione²¹. Uno degli elementi affinché a tale aspettativa, nel nascituro, subentri il diritto vero e proprio è l'acquisizione della capacità giuridica²² e, dunque, l'evento della nascita. Tale impostazione è stata accolta dalla giurisprudenza²³ e da una parte della dottrina²⁴. Si può pertanto affermare che il diritto assicura una particolare tutela all'interesse del soggetto a che la fattispecie si completi e che siano conseguiti gli effetti ad essa collegati dalla legge²⁵. Su tale fondamento sono state consentite tutele risarcitorie in riferimento a lesioni subite a causa di atti illeciti di varia natura verificatisi in periodo prenatale²⁶.

3. A norma dell'art. 1218 c.c., il debitore inadempiente è tenuto al risarcimento del danno qualora non riesca a provare che il ritardo nella prestazione o il suo mancato espletamento sia stato determinato da un impedimento derivante da causa a lui non imputabile. L'inadempimento comporta l'addebito del risarcimento in capo a chi non ha onorato gli impegni contrattualmente assunti, salvo il verificarsi di cause estranee alla volontà del debitore stesso, che estinguono l'obbligazione (si tratta della impossibilità sopravvenuta, oggettiva ed inevitabile, cioè dovuta a caso fortuito od a cause di forza maggiore). In questi casi si parla di responsabilità contrattuale, derivante non solo dall'inadempimento del contratto ma, più in generale, dell'obbligazione²⁷, che può essere originata da una molteplicità di fonti. È opinione prevalente che l'art. 1218 c.c. non detti il criterio per individuare le cause di esonero dalla responsabilità contrattuale, ma costituisca una mera norma di rinvio ad una pluralità di criteri, di volta in volta applicabili alle diverse ipotesi. Secondo questa tesi, il regime della responsabilità varierebbe in base all'obbligazione presa in considerazione²⁸. Uno dei criteri maggiormente indicativi è quello del comportamento tenuto dal debitore

²¹ R. NICOLÒ, *Aspettativa*, in *Enc. giur. Treccani*, III, Roma, 1988, p. 1 ss.; E. GIACOBBE, *Il concepito come persona in senso giuridico*, cit.; F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, XV ed., Napoli, ESI, 2011, pp. 122-123; F. PARENTE, *La condizione giuridica dei nascituri concepiti e non concepiti tra tutela della soggettività e tutela reale*, in G. LISELLA, F. PARENTE, *op. cit.*, pp. 108-109.

²² C. PERLINGIERI, *Art. 1 (Capacità giuridica)*, in G. PERLINGIERI, *Codice civile annotato con la dottrina e la giurisprudenza*, terza ed., Napoli, ESI, 2010, p. 254.

²³ Tribunale di Verona, 4 ottobre 1990, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1991, p. 357.

²⁴ P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli, ESI, 1991, p. 289.

²⁵ A. FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, Milano, Giuffrè, 1941, p. 241 ss.

²⁶ S. PASSAFIUME, *Malformazioni del feto ed errori sanitari*, in P. CENDON (a cura di), *Trattato della responsabilità civile e penale in famiglia*, cit.

²⁷ D. BARBERO, *Sistema istituzionale del diritto privato italiano*, I, quinta ed., Torino, Utet, 1958, p. 1 ss.

²⁸ M. CANTILLO, *Le obbligazioni*, I, in W. BIGIAVI (diretto da), *Giur. sist. dir. civ. comm.*, 1992, p. 219 ss.

nell'adempimento (o nell'inadempimento). Tanto il debitore quanto il creditore, nel rispetto dei principi cristallizzati negli artt. 1175– 1176 c.c., devono comportarsi seguendo le regole di correttezza, lealtà, coerenza e rispetto dei doveri assunti che, pur non avendo una puntuale definizione codicistica, sono da sempre associati ai concetti di “buona fede” e “diligenza”²⁹. La mancata diligenza integra la “colpa”, che può essere grave (*culpa lata*), lieve (*culpa levis*) e lievissima (*culpa levissima*). Per rispondere dell'inadempimento contrattuale è sufficiente la *culpa levis*³⁰, a meno che non siano previste particolari prescrizioni dovute all'attività professionale svolta. Una di queste circostanze è proprio l'attività medica³¹. Trattandosi di esercizio di una professione intellettuale, bisogna prendere in considerazione la lettera dell'art.2236 c.c., il quale dispone che «se la prestazione implica la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà, il prestatore d'opera non risponde dei danni, se non in caso di dolo o colpa grave». I casi giurisprudenziali che riguardano la responsabilità contrattuale nei confronti del nascituro sono per lo più correlati all'esercizio della professione medica.

4. Il medico che accetta l'incarico di prendere in cura un paziente pone in essere un contratto di prestazione d'opera intellettuale, regolato dagli artt. 2230 e ss. del codice civile. L'obbligazione principale alla quale deve adempiere è quella del professionista, che è tenuto a fornire in modo completo la propria opera ponendovi l'impegno, la capacità e la correttezza occorrenti al raggiungimento dello scopo prefisso³². Trattandosi di tipica obbligazione di mezzi, la responsabilità conseguente all'inadempimento non deriva dal mancato raggiungimento del risultato atteso dal malato, né il medico risponde dell'insuccesso delle tecniche applicate, qualora egli abbia usato tutti i mezzi e le conoscenze a propria disposizione³³. Il medico non risponde neppure della mancata guarigione o dell'esito infausto derivante dall'aleatorietà dei mezzi diagnostici e terapeutici o da fattori accidentali e imponderabili che abbiano influito sul decorso del processo morboso, non dipendenti dal comportamento del curante e da lui non controllabili³⁴.

Le considerazioni sul rapporto tra la responsabilità medica e la figura del concepito sono state per lungo tempo controverse, poiché accogliere una posizione creditoria in favore del nascituro significherebbe configurare come creditore di una prestazione

²⁹ D. CORRADINI, *Il criterio della buona fede e la scienza del diritto privato*, Milano, Giuffrè, 1970, p. 87 ss.

³⁰ E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, I, Milano, Giuffrè, 1953, p. 1 ss.

³¹ D. CHINDEMI, *Responsabilità del medico e della struttura sanitaria pubblica e privata*, in www.altalex.com, 2011

³² R. BALDUZZI, *La responsabilità professionale in ambito sanitario*, Bologna, Il Mulino, 2010, p. 18 ss.

³³ M. LIGUORI, G. CANNAVÒ, M. ORRICO, *La responsabilità medica. Dalla teoria alla pratica processuale*, Santarcangelo di Romagna (RN), Maggioli Editore, 2011, p. 16.

³⁴ F. PARENTE, *La responsabilità medica verso il soggetto malformato per comportamento negligente durante la gestazione o il parto. La mediazione finalizzata alla conciliazione in ambito medico*, in G. LISELLA, F. PARENTE, *op. cit.*, p. 135.

obbligatoria un soggetto che non è ancora nato³⁵. La figura utilizzata dalla giurisprudenza è quella del contratto con effetti protettivi per i terzi, un istituto di creazione giurisprudenziale tedesca (*Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte*). Costituisce pietra miliare, in proposito, la sentenza della Corte di cassazione del 22 novembre 1993 n.11503³⁶. Secondo tale pronuncia, con il contratto di ricovero ospedaliero della gestante, l'ente si impegna non solo a garantire le cure e le attività necessarie al parto, ma anche ad effettuare con la dovuta diligenza le prestazioni necessarie al feto ed al neonato evitando, nei limiti consentiti dalla scienza, che si verifichi qualsivoglia possibile danno.

Ne consegue che il soggetto, dopo l'acquisto della capacità giuridica conseguentemente alla nascita, può far valere la responsabilità contrattuale per l'inadempimento delle obbligazioni accessorie di cui è destinatario ed alle quali il contraente è tenuto in base al contratto stipulato con il genitore³⁷. Qualora le lesioni subite dal nascituro siano imputabili al personale ospedaliero, l'ente dovrà rispondere a titolo di responsabilità contrattuale nei confronti del soggetto leso³⁸.

In proposito, la Suprema Corte ha sottolineato come la limitazione della responsabilità del prestatore d'opera intellettuale alla colpa grave, stabilita dall'art.2236 c.c., configurabile nel caso di mancata applicazione delle conoscenze fondamentali attinenti alla professione, è applicabile solo per la colpa da imperizia nei casi di prestazioni caratterizzate da particolare difficoltà, mentre non possono venir meno in nessun caso la diligenza e la prudenza del professionista. Tale configurazione non è rimasta isolata, anzi non sono mancate pronunce ad essa allineate. Il contratto tra partoriente ed ente ospedaliero è qualificato ancora una volta dalla Corte di cassazione come contratto con effetti protettivi a favore di terzo nella sentenza n.9911³⁹ del 7 ottobre 1998. Si afferma che, nonostante le prestazioni debbano essere assolte in parte anteriormente alla nascita, l'obbligazione accessoria di protezione tende alla tutela del nato⁴⁰.

Di notevole interesse appare una pronuncia della Corte di cassazione riguardante un caso di errata somministrazione dell'anestesia praticata dall'equipe medica alla partoriente durante un parto cesareo, che aveva causato delle irreversibili lesioni cerebrali alla madre, ridotta a vita vegetativa. Il marito della donna agiva chiedendo il risarcimento dei danni morali e patrimoniali cagionati a lui ed alla figlia. La Corte, pur

³⁵ A. LISERRE, *In tema di danno prenatale*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, p. 105 ss.

³⁶ A. PINORI, *Contratto con effetti protettivi a favore del terzo e diritto di nascere sano*, Nota a margine della sen. Cass. Civ., III sez., 22 novembre 1993, n. 11503, in *Giur. it.*, 1995, I, I, p. 321.

³⁷ E. NAVARRETTA, *L'adempimento dell'obbligazione del fatto altrui e la responsabilità del medico*, in N. LIPARI (a cura di) *I maestri italiani del diritto civile*. Rosario Nicolò, Napoli, ESI, 2011, p. 1 ss.

³⁸ A. PINORI, *In tema di prestazioni accessorie di sicurezza ed organizzazione*, Cass. civ. sez III, 14 luglio 2004 n. 13066 in *Giust. civ., Mass.*, 2004, pp. 7-8; M. SELLA, *La quantificazione dei danni da malpractice medica*, Milano, Giuffrè, 2005, pp. 176 e 440.

³⁹ Cass. civ. sez III, 7 ottobre 1998 n. 9911 in *Foro it.*, 1998, I, c. 3520.

⁴⁰ Nello stesso senso, Tribunale di Terni 15 dicembre 1995 in *Rass. giur. Umbra*, 1996, p. 33.

riconoscendo al contratto concluso dalla madre partoriente gli effetti protettivi a favore del terzo, negò il risarcimento al nascituro non rilevando nella fattispecie la violazione di un obbligo contrattuale, bensì extracontrattuale⁴¹. Tornando a pronunciarsi sul tema, la Corte di cassazione, con la sentenza n.6735 del 10 maggio 2002⁴², ha esteso la protezione della tipologia contrattuale considerata anche al padre del nascituro, ritenuto destinatario della prestazione professionale del ginecologo al pari della gestante. La stessa *ratio* è rilevabile nella sentenza del Tribunale di Venezia del 10 settembre 2002⁴³ e nella sentenza della Corte di cassazione n.20320 del 20 ottobre 2005⁴⁴, in cui si afferma che la mancata interruzione della gravidanza, determinata dall'inadempimento colpevole del personale sanitario, può essere a sua volta causa di danno per il padre del nascituro. Il principio si giustifica con la considerazione per cui, trattandosi di un contratto di prestazione di opera professionale con effetti protettivi anche nei confronti del padre (che, per effetto dell'attività professionale ostetrico-ginecologica, diventa o meno padre), il danno provocato da inadempimento costituisce una conseguenza anche nei suoi confronti, ed è pertanto risarcibile ai sensi dell'art.1223 c.c.

L'estensione degli effetti protettivi a favore del terzo non è priva di limitazioni⁴⁵. Con la sentenza n.14488 del 29 luglio 2004⁴⁶, infatti, la Corte di cassazione ha escluso l'ingiustizia del danno connesso alla violazione del «diritto a non nascere se non sano»⁴⁷. Il caso riguardava la richiesta di risarcimento in favore di una neonata affetta da *talassemia maior*. Nello specifico, il medico non aveva prescritto i dovuti accertamenti nell'erroneo presupposto che la tara talassemica del padre non fosse così alta da incidere sulla salute della nascita. La Corte ritenne che la scienza medica non offrisse alcun rimedio per eliminare o attenuare nel nascituro la insorgente patologia, così non era imputabile al medico alcuna responsabilità nei confronti della bambina, atteso che la patologia era ereditaria e non causata da errore medico. Il comportamento del medico, peraltro, era censurabile sotto altro profilo, avendo egli privato i genitori della facoltà di scelta circa la possibilità di proseguire o meno la gravidanza. Da tale scelta, ove operata, sarebbe potuta conseguire l'inesistenza del soggetto ricorrente⁴⁸. La valutazione della sussistenza o meno del danno è effettuata sulla base del pregiudizio subito in rapporto alla situazione vantaggiosa che si sarebbe determinata con l'adempimento, ma in questo caso l'adempimento avrebbe portato ad una non vita, unica alternativa alla nascita “da non sano”. Viene riconfermato ancora una volta il diritto a

⁴¹ Cass. civ. 2 ottobre 2001 n. 12198 in *Danno e resp.*, 2002, 2, p. 202.

⁴² Cass. civ. 10 maggio 2002 n. 6735, in *Foro it.*, 2002, I, c. 3115 ss.

⁴³ Trib. Venezia, 10 settembre 2002, in *Giust. civ.*, 2003, I, p. 2597.

⁴⁴ Cass. civ., 20 ottobre 2005 n. 20320 in *Danno e resp.*, 2006, n. 5, p. 513.

⁴⁵ M. PARADISO, La responsabilità medica: dal testo al contratto, in *Riv. Dir. civ.*, 2001, I, 3, p. 325 ss.

⁴⁶ Cass. civ., 29 luglio 2004 n. 14488 in *Fam. dir.*, 2004, p. 559 ss.

⁴⁷F. PARENTE, *Il danno da gravidanza indesiderata di un figlio sano*, in G. LISELLA, F. PARENTE, *op. cit.*, p. 120 ss.

⁴⁸F. PARENTE, *La responsabilità dei genitori per malformazioni genetiche o infettive: l'eterogeneità dei comportamenti*, *ivi*, p. 122 ss.

nascere sano, in virtù degli artt. 2 e 32 Cost. nonché dell'art. 3 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, mentre viene esclusa l'esistenza di un diritto a non nascere se non sano⁴⁹, la garanzia cioè di non essere lasciato nascere in presenza di gravi anomalie genetiche⁵⁰. La tutela del concepito deve intendersi in senso positivo⁵¹, a favore del suo diritto di nascere e di nascere sano, poiché tutte le norme che lo riguardano direttamente ed indirettamente prevedono la costituzione dei presupposti per la miglior nascita possibile. Diversamente, si inquadrebbe nel nostro ordinamento la possibilità di una selezione eugenetica, eludendo la previsione normativa della legge 194/1978. Se fosse questo l'assetto prescelto, il figlio non potrebbe invocare una tutela contro l'atto creativo della generazione, poiché se ciò fosse concesso si configurerebbe un diritto di eutanasia prenatale, cui dovrebbe corrispondere, in capo alla madre, l'obbligo di interruzione della gravidanza⁵². La paradossalità di tale impostazione si può evincere anche da una considerazione prettamente semantica: il termine eutanasia deriva dal greco *eu* (bene) e *thanatos* (morte). Questa costruzione viene utilizzata per descrivere una "buona morte", finalizzata ad evitare una grave sofferenza così da alleviare definitivamente il dolore in una circostanza nella quale il malato preferisce addirittura la cessazione della vita alla sua prosecuzione. Si è in presenza cioè di un atto cosciente e volontario da parte di un soggetto che dispone "di se" per il futuro, e non di una valutazione a posteriori di ciò che avrebbe desiderato che fosse compiuto "su di se" in una fase della vita nella quale non aveva capacità di discernimento. La collocazione temporale nella fase prenatale di questa fattispecie porta così ad una esclusione logica della stessa dal campo dell'eutanasia, quand'anche fosse condivisa l'ammissibilità di quest'ultima a livello giuridico o morale.

5. Secondo la previsione dell'art.2043 del Codice Civile, «qualunque fatto doloso o colposo, che cagiona ad altri un danno ingiusto, obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno». A prescindere dall'esistenza di un precedente rapporto obbligatorio tra le parti interessate, quindi, il soggetto che subisce un danno in conseguenza della condotta tenuta da un altro consociato, può agire in giudizio per ottenere il risarcimento, qualora sussistano determinati presupposti.

Per fatto si intende un comportamento dell'uomo, che può essere di natura commissiva (e consiste dunque in un *facere*) oppure omissiva (un *non facere*)⁵³. In tale ultimo caso, non tutte le condotte omissive si possono considerare idonee a costituire il presupposto per l'integrazione della fattispecie, bensì soltanto quelle poste in essere

⁴⁹F. PARENTE, *ivi*, p. 125; Cass. civ. sez III 11 maggio 2009 n. 10741, in *Nuova giur. civ. comm.*, *Parte prima, Persona Fisica*, 2009, p. 1258ss.

⁵⁰A. M. PRINCIGALLI, *Nascere infermo o non nascere: quale tutela per il nuovo nato?*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2001, p. 679 ss.

⁵¹M. PARADISO, *op. cit.*

⁵²F. PARENTE, *Il danno da gravidanza indesiderata di un figlio sano*, in G. LISELLA, F. PARENTE, *op. cit.*, p. 119-121.

⁵³G. VISINTINI, *Trattato breve della responsabilità civile*, Padova, Cedam, 1996, p. 429 ss.

in violazione di un obbligo giuridico posto dall'ordinamento in capo a quel soggetto che avrebbe dovuto agire, ma non lo ha fatto. Un valido esempio a sostegno di questa tesi è costituito dalla responsabilità del datore di lavoro che non abbia osservato le disposizioni in tema di sicurezza e prevenzione, qualora si verifichi un infortunio. La categoria si amplia prendendo in considerazione il “fatto materiale”, ossia un avvenimento che, pur essendo indipendente dalla volontà del soggetto cui viene addebitato, è a costui imputato per la violazione di un obbligo che avrebbe dovuto onorare (si pensi ad esempio a danni causati da vizi di costruzione o di manutenzione, imputabili al costruttore o al proprietario dell'immobile).

Se non vi è danno, non può esservi responsabilità civile, neppure in presenza di un illecito. Al riguardo, bisogna specificare che per danno vanno intesi quei pregiudizi concretamente sofferti dalla vittima in conseguenza del verificarsi dell'evento, dunque qualsiasi alterazione negativa della situazione del soggetto rispetto a quella che si sarebbe verificata senza il fatto illecito. Si fanno attualmente rientrare nella nozione di danno sia le tipologie patrimoniali che quelle non patrimoniali, ove nella prima categoria si includono danno emergente, lucro cessante e c. d. danno da perdita di chance, mentre nella seconda rientrano danno morale, biologico, esistenziale.

Affinché un danno sia definibile “ingiusto”, esso deve essere cagionato *non iure*, cioè non nell'esercizio di un diritto riconosciuto dall'ordinamento al danneggiante. Il danno cagionato *iure* non è invece risarcibile: basti pensare al pregiudizio sofferto da un soggetto condannato in via definitiva che veda la sua sentenza oggetto di un servizio giornalistico. Per lungo tempo si è considerata risarcibile solo la lesione di diritti assoluti, che impongono a tutti i consociati un generale obbligo di astenersi dal turbarne l'esercizio⁵⁴. Successivamente si è ampliato il margine di tutela in modo graduale, includendo dapprima i diritti della persona, poi tutti i diritti reali, i diritti di credito (a lungo esclusi poiché tutelati solo nei confronti del debitore) per arrivare alla risarcibilità di situazioni di fatto, interessi legittimi ed interessi giuridicamente tutelati. Quest'ultima categoria ricomprende quegli interessi che, seppur non protetti come diritti soggettivi, risultano comunque tutelati dall'ordinamento giuridico⁵⁵. A tal proposito risultano molto interessanti le vicende giuridiche seguite alla tragedia di Superga del 1949⁵⁶, nella quale perse la vita l'intera squadra del Grande Torino, come anche il caso Meroni⁵⁷.

Elemento fondamentale, che deve necessariamente concorrere affinché sia possibile parlare di responsabilità extracontrattuale è il nesso di causalità⁵⁸ tra fatto ed evento lesivo: per attribuire ad un soggetto l'obbligo di risarcire un determinato danno, è necessario verificare che è stata proprio quella determinata condotta a causare l'evento

⁵⁴ G. VISINTINI, *op. cit.*

⁵⁵ Cass. sez. un. 15 gennaio 2009 n. 794, in *Resp. civ. e prev.*, 2009, 4, p. 793.

⁵⁶ Cass. civ. sez. III, 4 luglio 1953, n. 2085, in *Foro it.*, 1953, I, c. 1087 ss.

⁵⁷ Cass. civ., 26 gennaio 1971, n. 174 in *Foro it.*, 1971, n.39, c. 342.

⁵⁸ G. VISINTINI, *op. cit.*, p. 553 ss.

che, a sua volta, ha cagionato il danno. Dal punto di vista naturalistico, possono definirsi cause di un determinato evento tutte le condotte senza il cui concorso l'evento stesso non si sarebbe prodotto, ma quel che può rilevare ai fini della determinazione della responsabilità è una causa giuridicamente rilevante. Il rischio dell'applicazione della teoria della "causalità materiale", che considera l'evento come *condictio sine qua non* del verificarsi del danno, è che si possa incorrere in una *probatio diabolica* per la quale il percorso a ritroso diventi inarrestabile⁵⁹. Per questa ragione è preferibile il criterio della «causalità adeguata»⁶⁰, secondo il quale una determinata condotta è causa di un evento sulla base di un giudizio *ex ante* di prevedibilità ed evitabilità. In altre parole, se quella condotta, sulla base delle comuni regole d'esperienza, è normalmente adeguata a cagionare l'evento dannoso, allora si potrà considerare sussistente il nesso di causalità. Per evitare di risalire a ritroso *ad infinitum*, se si è in presenza di una "causa prossima" che risulta di per sé sufficiente a giustificare il verificarsi dell'evento, allora si considera interrotto il nesso causale con le c.d. "cause remote", le concause che hanno creato i presupposti per il verificarsi delle successive. Questo principio è sempre valido, purché il soggetto al quale è ascrivibile la "causa remota" non sia stato in condizione di prevedere o evitare la "causa prossima": in caso contrario, infatti, anch'egli risponderà dell'evento dannoso.

La prima sentenza italiana riguardante la responsabilità extracontrattuale nei confronti del nascituro risale al 31 luglio 1950 e fu emessa dal Tribunale di Piacenza⁶¹. In tale circostanza fu ritenuto responsabile un genitore per aver trasmesso al figlio una grave malattia ereditaria della cui esistenza era consapevole. Le reazioni alla sentenza furono molteplici, per lo più contrarie e, tra le motivazioni addotte, si sottolinea quella di Carnelutti per il quale, essendo l'atto causante la responsabilità generativo della vita del danneggiato, non poteva esservi danno⁶² perché, in sua mancanza, egli non sarebbe esistito⁶³. Seguendo tale orientamento, diverse pronunce successive⁶⁴ risolsero negativamente altri casi in materia, ma la vera linea direttrice è stata per anni la sentenza n.3467 della III sezione civile della Corte di cassazione emessa il 28 dicembre 1973⁶⁵. La Suprema Corte, in tale circostanza, esaminò in termini generali la risarcibilità di tutti i danni cagionati al concepito per responsabilità aquiliana, escludendo ogni equiparazione al nato, sulla base di diverse considerazioni. La prima di queste riguarda

⁵⁹ A riguardo, è esempio di scuola considerare che, risalendo a ritroso nelle possibili concause, si potrebbe concludere che l'evento causato dal soggetto sia in realtà imputabile ai genitori per il solo fatto di aver messo alla luce il danneggiante, benché ciò sia un assurdo giuridico.

⁶⁰ Cass. sez. un. 11 gennaio 2008 n. 576, 579, 582, 583, 584 in A. TORRENTE, P. SCHLESINGER, *Manuale di Diritto Privato*, XIX ed., Milano, Giuffrè, 2009, p. 857.

⁶¹ Trib. Piacenza 31 luglio 1950 in *Foro it.*, 1951, I, c. 987.

⁶² P. RESCIGNO, *Il danno da procreazione*, in *Riv. dir. civ.*, 1956, I, p. 614.

⁶³ F. PARENTE, *La responsabilità dei genitori per malformazioni genetiche o infettive: l'eterogeneità dei comportamenti*, in G. LISSELLA, F. PARENTE, *op cit.*, p. 124.

⁶⁴ Corte d'appello di Roma 14 giugno 1956, in *Riv. infort. mal. prof.*, 1957, II, p. 134; Tribunale di Lecce, 2 febbraio 1960, in *Arch. resp. civ.*, 1960, p. 300.

⁶⁵ Cass. 28 dicembre 1973 n. 3467 in *Giur. it.*, 1974, I, 1, p. 1930.

una interpretazione restrittiva dell'articolo 1 comma 2 c.c., che subordina all'evento della nascita i diritti che la legge riconosce a favore del concepito; in secondo luogo, si noti che l'impostazione tradizionale della responsabilità aquiliana si basa sulla concezione formalistica del fatto illecito, per cui è risarcibile il danno ingiusto che leda un diritto soggettivo assoluto ed esistente in concreto, situazione non corrispondente quindi a quella del nascituro.

Tale concezione restrittiva è mutata nel corso degli anni successivi. La Cassazione⁶⁶ ha ritenuto di non condividere l'asserzione secondo la quale, ai fini del risarcimento del danno extracontrattuale, sia necessaria la permanenza di un rapporto intersoggettivo tra danneggiante e danneggiato, necessario solo in relazione all'evento. In altre parole, una impostazione più corretta dell'attribuzione della responsabilità si struttura su una molteplicità di elementi: il nesso di causalità⁶⁷ tra il fatto (azione od omissione) doloso o colposo ed il danno cagionato, l'imputabilità dell'evento al soggetto danneggiante, l'effettività e l'ingiustizia del danno subito dal soggetto danneggiato. Verrebbe così meno il requisito della intersubiettività⁶⁸, facendo ruotare la tutela sulla sufficienza del nesso eziologico, inteso come rapporto consequenziale tra fatto ed evento. Il nascituro concepito all'epoca del fatto illecito sarebbe quindi, una volta nato, titolare del diritto di azione per ottenere il risarcimento dei danni provocatigli da tale evento⁶⁹.

Una conferma giurisprudenziale di siffatta impostazione si evidenzia nella sentenza n.11625 della Corte di cassazione⁷⁰, che costituisce una svolta drastica nella concezione tradizionale della risarcibilità del danno. Con questa pronuncia la Corte Suprema ha confermato la sentenza appellata, legittimando la costituzione di parte civile del minore e riconoscendo a questi il risarcimento del danno biologico, morale e patrimoniale cagionatogli dalla morte del padre, avvenuta a causa di un incidente stradale in un momento successivo al concepimento ma precedente alla nascita. Questo orientamento è stato confermato anche di recente con sentenza n. 9700 del 3 maggio 2011 resa dalla Corte di cassazione⁷¹. Tali decisioni si fondano sulla progressiva espansione della configurazione della responsabilità extracontrattuale, non più limitata alla categoria dei diritti soggettivi in senso stretto (da taluni⁷² addirittura ulteriormente circoscritti a quelli di natura patrimoniale).

Al concepito viene oggi riconosciuto generalmente il diritto al risarcimento del danno biologico, del danno patrimoniale per la lesione della capacità lavorativa e del

⁶⁶ Cass. 22 novembre 1993 n. 11503 in *Foro It.*, 1994, I, c. 2479; D. CARUSI, nota a Cass. 22 novembre 1993 n. 11503, *Giur. It.*, 1994, I, 1, p. 550.

⁶⁷ F. PARENTE, *La responsabilità da malpractice medica nei confronti dei genitori e l'azione diretta del figlio*, in G. LISSELLA, F. PARENTE, *Persona Fisica*, op. cit., p. 129.

⁶⁸ G. SEBASTIO, op. cit.

⁶⁹ G. VISINTINI, op. cit., p. 425 ss.

⁷⁰ Cass. civ. 21 giugno 2000 n. 11625 in *Giust. civ.*, 2001, I, p. 771.

⁷¹ Cass. civ. 3 maggio 2011 n. 9700 in *Rass. dir. civ.*, 2011, p. 92.

⁷² G. VISINTINI, op. ult. cit.

danno morale⁷³. Se la portata dell'evoluzione giurisprudenziale è tale da ricomprendere nel novero dei danni risarcibili una serie di fattispecie avulse dalla categoria dei diritti soggettivi⁷⁴, si rende necessaria una trattazione almeno esemplificativa di quelle che sono le pronunce più rilevanti in tema. Nel 1957 la Corte dei conti⁷⁵ riconobbe la pensione di guerra ad un bambino che, al momento della morte del padre, non era ancora nato. Con la sentenza n.184 del 4 luglio 1986 la Corte costituzionale⁷⁶ ha stabilito per la prima volta che il danno biologico è correlato alla lesione della salute cagionata dall'evento dannoso, mentre il danno morale subiettivo ed il danno materiale appartengono al danno-conseguenza in senso stretto. Con una lettura novativa del regime della responsabilità civile, tale sentenza ha tracciato un sistema tripartito: il danno biologico come lesione dell'interesse alla tutela dell'integrità psico-fisica della persona, conseguente ad un accertamento medico-legale, inteso come danno-evento, risarcibile *ex sé* in base al disposto dell'art.2043c.c.; il danno patrimoniale consequenziale quale lesione della salute o dell'integrità della persona nella sua fisicità, rapportato alla sussistenza di un pregiudizio economico; il danno non patrimoniale, come turbamento transeunte dello stato d'animo della vittima, nella fisionomia di danno morale subiettivo, da risarcire nei casi espressamente previsti dalla legge⁷⁷.

La radicale differenziazione tra danno biologico e danno patrimoniale ha un rilievo notevole, poiché la Cassazione si è attestata su una impostazione che vede il danno biologico come eccedente l'ambito somato-psichico individuale, riguardando il danno alla salute come categoria generale della sfera non patrimoniale. La depatrimonializzazione della responsabilità⁷⁸ porta a collocare, accanto alle entità economiche, i diritti fondamentali dell'uomo tutelati dalla Costituzione⁷⁹: il diritto alla salute rientra così nella condizione unitaria della persona, e si considera leso anche in presenza di un fatto concretamente non rilevante ma astrattamente idoneo a ledere il bene tutelato. Si parla così di danno esistenziale, delineato in due modelli: danno esistenziale conseguente ad un peggioramento della qualità della vita per lesione dei diritti fondamentali della persona⁸⁰ (che si affianca al danno biologico, ma ad esso non si surroga⁸¹); danno esistenziale includente il danno biologico, che prescinde dalla lesione di un diritto fondamentale della persona e si estende a tutti i settori della

⁷³ F. PARENTE, *La responsabilità da malpractice medica nei confronti dei genitori e l'azione diretta del figlio*, in G. LISELLA, F. PARENTE, *op. cit.*, p. 128.

⁷⁴ C.M. MAZZONI, *La tutela reale dell'embrione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2003, II, p. 457 ss.

⁷⁵ Corte dei conti 19 febbraio 1957, in *Giur. it.*, 1957, p. 203.

⁷⁶ Corte cost. 4 luglio 1986 n.184 in *Foro it.*, 1986, I, c. 2053; in *Giur. it.*, 1987, I, 1, p. 392.

⁷⁷ F. PARENTE, *Il danno alla persona tra unitarietà delle assiologie e depatrimonializzazione della responsabilità*, in G. LISELLA, F. PARENTE, *op. cit.*, p. 504-505.

⁷⁸ P. PERLINGIERI, *L'onnipresente art.2059 c.c. e la "tipicità" del danno alla persona*, in *Rass. dir. civ.*, 2009, p. 521.

⁷⁹ P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale, secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, Napoli, ESI, 2006, p. 759 e 762.

⁸⁰ P. PERLINGIERI, *ibidem*.

⁸¹ G. CRICENTI, *Il danno non patrimoniale*, Padova, Cedam, 2006, p. 199.

responsabilità civile⁸². Quest'ultima categoria di danno aveva dato luogo a duplicazioni risarcitorie ingiustificate⁸³ e tanto ha portato le sezioni unite della Corte di cassazione⁸⁴ a pronunciarsi in merito fissando un principio base: il danno non patrimoniale costituisce una categoria ampia ed omnicomprensiva, all'interno della quale non è possibile ritagliare ulteriori sottocategorie, se non con valenza meramente descrittiva. E', pertanto, scorretto e non conforme al dettato normativo pretendere di distinguere il c.d. "danno morale soggettivo", inteso quale sofferenza psichica transeunte, dagli altri danni non patrimoniali: la sofferenza morale non è che uno dei molteplici aspetti di cui il giudice deve tenere conto nella liquidazione dell'unico ed unitario danno non patrimoniale, e non un pregiudizio a sé stante. Da questo principio è stato tratto un corollario: non è ammissibile, nel nostro ordinamento, la risarcibilità a sé stante di un danno definito "esistenziale", inteso quale la perdita del fare, reddituale, della persona. Una simile perdita, ove causata da un fatto illecito lesivo di un diritto della persona costituzionalmente garantito, costituisce né più né meno che un ordinario danno non patrimoniale, di per sé risarcibile ex art. 2059 c.c., e che non può essere liquidato separatamente solo in quanto diversamente denominato.

6. «L'embrione è uno di noi». In questa frase del Comitato Nazionale per la Bioetica si racchiude il senso di quel che può essere il pensiero giuridico dei giorni nostri. L'ampia proliferazione di norme nazionali e convenzioni internazionali che hanno accolto l'estensione di molte forme di tutela anche al nascituro dimostra come la cultura giuridica contemporanea si sia sviluppata ed evoluta nel tempo con riferimento alla considerazione del concepito come persona.

La ragione logica di tale mutamento si fonda sull'applicazione del principio di precauzione⁸⁵, poiché l'identità individuale potrebbe sussistere anche in mancanza dei mezzi adeguati per la sua verifica. La conclusione, pertanto, varia in base al modo di sentire in coscienza come si debba intendere l'embrione sin dal momento della fecondazione⁸⁶. Se lo si vuole riconoscere come un altro individuo umano, non si riterrà sufficiente la mancanza di un criterio dirimente e scientificamente certo per il riconoscimento di uno stato acclarato⁸⁷. Diversamente, si accoglierà la mancanza di tale dato scientifico come un sostegno al proprio convincimento interno già consolidato.

In tal modo, è evidente come la questione ontologica sulla natura dell'embrione,

⁸² F. PARENTE, *ivi*, p. 506.

⁸³ P. PERLINGIERI, *Introduzione al Seminario dal titolo "La concezione del danno non patrimoniale alla luce dei più recenti indirizzi giurisprudenziali"*, svolto a Firenze il 9 dicembre 2008.

⁸⁴ Cass. sez. un. 11 novembre 2008 n.26972, in *Danno resp.*, 2009, p. 19 ss.

⁸⁵ P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, *cit.*

⁸⁶ A. BALDASSARRE, *Lo statuto costituzionale dell'embrione*, in G. BISCONTINI, L. RUGGIERI (a cura di), *La tutela dell'embrione*, Napoli, ESI, 2002, p. 35 ss.

⁸⁷ CONGREGAZIONE PER LA DOTTRINA DELLA FEDE, *Istruzione Donum Vitae, il rispetto della vita umana nascente e la dignità della procreazione*, 22 febbraio 1987, in *Lista completa dei documenti*, www.vatican.va

pur essendo rilevante da un punto di vista etico, non possa essere risolta in modo assoluto allo stato attuale delle conoscenze umane⁸⁸. Oggi, tuttavia, è sempre più diffusa la convinzione che l'embrione sia una persona sin dalla fecondazione⁸⁹, ed a tale convincimento sociale non si può non dar atto nel momento in cui si prendono in considerazione i rapporti che possono intercorrere tra la morale ed il diritto. Non è necessario, in fondo, argomentare un tale convincimento, perché si basa sul dovere del rispetto e della tutela della natura umana, il quale si traduce nel favorire il pieno conseguimento ed esercizio delle capacità e delle funzioni di cui l'individuo è dotato. Un essere umano può non aver raggiunto la possibilità di esercitare alcune funzioni a causa dell'età, ed in tal senso ci sarebbe ben poca differenza tra un bambino nato da pochi giorni ed un feto concepito da pochi mesi, o ancora può non essere concretamente in grado di svolgere alcune attività tipiche della persona. A tal proposito, vengono facilmente in mente casi di interdizione o inabilitazione, od ancora tali facoltà, sebbene possedute in una qualunque fase della vita, possono essere perdute, per cause patologiche o per il semplice progredire dell'età.

Tutte queste circostanze, però, non possono influire sulla considerazione che si deve avere della dignità umana: pertanto, nonostante non sia scientificamente fondato trattare l'embrione come se fosse cosciente, libero, autodeterminato o capace di comunicare, sussiste il dovere di tutelarne l'esistenza e l'integrità⁹⁰ nel rispetto della sua natura⁹¹. Dal momento che ciascuno di noi è stato un embrione, passando per tutte le fasi dello sviluppo sino a formarsi come essere umano, è naturale sentire l'embrione come un proprio simile, per di più totalmente indifeso. Proprio come tale, esso suscita un atteggiamento di rispetto ed un dovere di cura, a prescindere dalla possibile applicazione di categorie giuridiche, filosofiche o scientifiche spesso controverse, contrastanti o incomplete.

Se l'unica conclusione possibile, da un punto di vista prettamente morale, è che l'embrione umano altro non sia che un piccolo essere umano che ha iniziato il suo cammino nel mondo, da un punto di vista giuridico il legislatore nazionale e straniero sembra aver avviato un percorso volto alla configurazione di un quadro normativo idoneo alla tutela del procreato, come dimostra la recente attenzione alla tematica della possibilità di prevedere l'adozione di embrioni rimasti inutilizzati a seguito del ricorso alle tecniche di fecondazione medicalmente assistita.

⁸⁸ G. FORNERO, *Bioetica cattolica e Bioetica laica*, Milano, Mondadori, 2005, p. 1 ss.

⁸⁹ F. PARENTE, *Le origini della vita e la posizione giuridica dell'embrione*, in G. LISSELLA, F. PARENTE, *op. cit.*, p. 100 ss.

⁹⁰ S. RODOTÀ, *Dal soggetto alla persona*, Napoli, ESI, 2007, p. 20.

⁹¹ GIOVANNI PAOLO II, *Enciclica "Evangelium Vitae"*, 25 marzo 1995, n.61, Città del Vaticano, 1995, in *Lista completa dei documenti*, www.vatican.va