

GLI EQUIVOCI DELLA GIURISPRUDENZA CREATIVA: NOTA A CASSAZIONE 2-10-2012, N. 16754

*Antonello Iuliani**

SOMMARIO: 1. Considerazioni preliminari - 2. La responsabilità contrattuale tra «obbligazione senza prestazione» e «contratto con effetti protettivi nei confronti del terzo» - 3. La responsabilità extracontrattuale: il c.d. danno riflesso. Critica - 4. La determinazione dell'evento ai fini del giudizio causale - 5. La determinazione dell'evento ai fini del sindacato di ingiustizia del danno: il diritto a non nascere se non sani. Critica - 6. Segue: il danno per un'esistenza diversamente abile. Ovvero del ritorno del danno esistenziale. Critica - 7. Considerazioni a margine: bioetica e *biodiritto*.

1.- La sentenza in commento¹ affronta una delle questioni più delicate che si offre al diritto nel vasto panorama dei grandi dilemmi bioetici contemporanei: l'ammissibilità di una legittimazione al risarcimento a favore del bambino nato con una malattia non diagnosticata a causa di un comportamento imperito del sanitario che ha sottratto alla madre la possibilità di esercitare il diritto all'interruzione volontaria di gravidanza². La risposta che la Cassazione fornisce, in contrasto con

¹*Dottorando di ricerca in Diritto privato per l'Europa presso l'Università degli Studi di Roma Tre

Cass. 2-10-2012, n. 16754, in *Nuova giur. comm.*, 2013, 175 s. con commento di E. Palmerini, *Nascite indesiderate e responsabilità civile: il ripensamento della Cassazione*, 198 s.; S. Cacace, *Il giudice "rottamatore"*, e *l'enfant prejudice*, in *Danno e resp.*, 2013, 139 s.; P.G. Monateri, *Il danno al nascituro e la lesione della maternità cosciente e responsabile*, in *Il corriere giuridico*, 2013, 59 s.; D. Carusi, *Reverement in alto mare: il "danno da procreazione" si propaga al procreato?* in *Diritto civile*, 2013, 809 s.; G. Cricenti, *Il concepito e il diritto di non nascere*, ivi, 813 s.

²La questione rientra nel più ampio tema del cosiddetto danno da nascita indesiderata su cui v. in giurisprudenza: Cass., 10.11.2010, n. 22837, con nota di E. Palmerini, *Il «sottosistema» della responsabilità da nascita indesiderata e le asimmetrie con il regime della responsabilità medica in generale*, in *Nuova giur. comm.*, 2011, I, 464; Cass., 2.2.2010, n. 2354, in *Danno e resp.*, 2010, 384, con nota di R. Simone, *Nascite dannose: tra inadempimento (contrattuale) e nesso causale (extracontrattuale)*; Cass., 4.1.2010, n. 13, in *Resp. civ. e prev.*, 2010, 1027, con nota di M. Fortino, *La prevedibile resurrezione del danno esistenziale*, in *Contratti*, 2010, 662, con nota di V. De Feo, *Responsabilità contrattuale per omessa diagnosi di malformazioni nel concepito*; Cass., 14.7.2006, n. 16123, in *Resp. civ. e prev.*, 2007, 56, con nota di M. Gorgoni, *Responsabilità per omessa informazione delle malformazioni fetali*, in *Corr. giur.*, 2006, 1691, con nota di A. Liserre, *Ancora in tema di mancata interruzione della*

un orientamento consolidato è positiva; l'articolazione delle ragioni a sostegno della dimostrazione e gli argomenti utilizzati complessa ed è pertanto opportuno ripercorrerne, analiticamente, i passaggi:

- l'ordinamento riconosce e tutela un interesse alla maternità cosciente e responsabile il cui esercizio, seppure nell'interesse anche del nascituro, è rimesso alla madre nei termini di assoluta quanto inevitabile esclusività: «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 procreazione o meno di una gravidanza che vede la stessa donna co-protagonista del suo inizio, ma sola ed assoluta responsabile della sua procreazione e del suo compimento».

- rientra nella tutela della procreazione cosciente e responsabile, però, oltre alla salute della madre anche una tutela oggettivata³ del na-

gravidanza e danno da procreazione; Cass., 20.10.2005, n. 20320, in *Danno e resp.*, 2006, 510, con nota di S. Cacace, *La scelta solo alla madre, il risarcimento anche al padre: cronache di una nascita indesiderata*; Cass., 10.5.2002, n. 6735, in *Nuova giur. comm.*, 2003, I, 619, con nota di R. De Matteis, *La responsabilità medica per omessa diagnosi prenatale: interessi protetti e danni risarcibili*; in *Resp. civ. e prev.*, 2003, 117, con nota di M. Gorgoni, *Il contratto tra la gestante e il ginecologo ha effetti protettivi anche nei confronti del padre*; in *Foro it.*, 2002, I, 3115, con note di A. Palmieri e R. Simone; Cass., 24.3.1999, n. 2793, in *Danno e resp.*, 1999, 766, con nota di M. Gorgoni, *Interruzione volontaria della gravidanza tra omessa informazione e pericolo per la salute (psichica) della partoriente*; Cass., 1.12.1998, n. 12195, in *Foro it.*, 1999, 77, con nota di Palmieri; in *Danno e resp.*, 1999, 526, con nota di E. Filigrana, *«Se avessi potuto scegliere...»: la diagnosi prenatale e il diritto all'autodeterminazione*; Cass., 8.7.1994, n. 6464, in *Nuova giur. comm.*, 1995, I, 1107, con nota di S. Orrù, *Sulla responsabilità medica per mancata interruzione della gravidanza*; in *Corr. giur.*, 1995, 91, con nota di A. Batà, *Responsabilità del medico, omissione di informazioni e danno risarcibile per mancata interruzione di gravidanza*; in *Resp. civ. e prev.*, 1994, 1029, con nota di M. Gorgoni, *Il diritto di programmare la gravidanza e risarcimento del danno per nascita intempestiva*; in *Rass. dir. civ.*, 1996, 342, con nota di D. Carusi, *Fallito intervento d'interruzione di gravidanza e responsabilità medica per omessa informazione: il «danno da procreazione» nella giurisprudenza della Cassazione italiana e nelle esperienze straniere*.

³ La ricostruzione della Corte, oltre agli evidenti richiami al noto pensiero di di Majò (*La tutela civile dei diritti*, Milano, 2001), è certamente debitrice del pensiero di G. Oppo, *Scienza, diritto, vita umana*, in *Riv.dir.civ.*, 2002 11 s.; l'originaria formulazione del suo pensiero è contenuta in *L'inizio della vita umana*, in *Riv.dir.civ.*, 1982, 510, secondo il quale il nascituro non va né necessariamente considerato una persona, [«con il concepimento vi è... il germe della persona umana non la persona e neanche l'uomo»] né tantomeno ridotto al concetto di cosa; [«non è semplicemente l'esserci di una entità vivente che lo esclude, ma l'esserci di una persona in

scituro nel cui interesse è chiamata a decidere presuntivamente la madre. In questo senso, imboccata la via dell'ontologia sociale⁴ – più nell'interpretazione del commentatore che ha fornito alla Corte un inaspettato impianto teorico, che non nelle reali intenzioni di quest'ultima – è sufficiente considerare il nascituro oggetto di tutela indipendentemente da ogni discussione sulla sua soggettività, atteso che – sono parole della Corte – «la qualità di soggetto di diritto, è attribuzione normativa funzionale all'imputazione di situazioni giuridiche e non

formazione, anzi l'uomo in formazione] (ivi, 512); sicché «quel che è da ricercare è dunque una tutela della vita in formazione come “bene in se”, non strumentale e funzionale ad altri interessi, e sia pure in termini non di diritti soggettivi (...) ma di «ordinamento oggettivo di valori»; (ivi, 510). Il concetto di persona è invece indissolubilmente legato alla nascita, sia nell'arida riduzione al concetto di soggettività giuridica (che l'art. 1 del Codice civile attribuisce con la nascita), funzionale ad individuare un mero centro di imputazione di interessi (tanto da essere predicabile sia con riferimento alle persone fisiche sia a quelle giuridiche), sia nella trama più complessa nella quale è considerata nella costituzione. Pertanto al nascituro va negata la categoria di persona [così anche S. Rodotà, *Dal soggetto alla persona*, Napoli, 2007, 50 il quale parla di uno statuto giuridico che non deve necessariamente coincidere con quello di persona], essendo più corretto parlarsi di persona in formazione o uomo in formazione, onde ne risulta dubbia la qualifica di essere umano, attribuita in via generalizzata al concepito da Corte Cost. n. 27 del 18 febbraio 1975 laddove ritiene: «che la tutela del concepito (...) abbia fondamento costituzionale. L'art. 31, secondo comma, della Costituzione impone espressamente la “protezione della maternità” e, più in generale, l'art. 2 Cost., riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, fra i quali non può non collocarsi, sia pure con le particolari caratteristiche sue proprie, la situazione giuridica del concepito». Così secondo G. Oppo, ivi 520: «Il richiamo ai diritti inviolabili non regge e la sua tutela dovrebbe trovare altro fondamento: meno che mai (sia detto per inciso) tale fondamento può essere identificato (come si è tentato di fare in dottrina) in altri principi costituzionali che suppongono l'uomo e così nel principio di solidarietà o in quello stesso di tutela della salute (...); dovendosi dunque parlare di uomo solo quando l'embrione si è trasformato in uomo, vale a dire (ivi, 522) in un «essere che ha forma e sostanza di uomo e possibilità di vita avanti a sé». Nel pensiero di G. Oppo la tutela dell'embrione come oggetto di tutela anziché soggetto di diritti, non conduce, però, mai all'affermazione, che sembra condiviso dalla Corte in commento, dell'embrione come appartenente al mondo delle cose. Questa idea è fatta propria, invece, da C. M. Mazzoni, *La tutela reale dell'embrione*, in *Nuova giur. comm.*, 2010, 457 s. il quale espressamente «...vorrei stabilire il dominio dell'embrione, e da esso lo statuto, al mondo delle cose. Cose viventi e cose umane: ma pur sempre cose che appartengono all'ordine della natura. L'embrione ed il feto sono cose della natura che non appartengono al diritto civile», dunque al mondo dei soggetti. E il pensiero è ribadito anche in *I diritti dell'embrione e del feto nel diritto privato. Rapporto sull'Italia in*

tecnica di tutela di entità protette». In sostanza «la tutela riguarda “entità protette”, onde stabilito che il nascituro possa venire considerato una tale “entità” non è ulteriormente necessario – per la Corte – addentrarsi nella questione del “soggetto” o della “persona”».

- accantonata la questione della soggettività il fondamento della riscarcibilità passa, a sua volta, per l'ontologizzazione della salute che diviene oggetto di tutela non nella sua determinazione naturalistica, bensì in quanto oggetto sociale, come tale fondato sul giudizio che la

Nuova giur. comm., 2002, 1198 s, dove si afferma (ivi, 124) che «La gestione normativa dell'essere umano non ha mai avuto il coraggio di affermare la realtà, e la realtà, dell'embrione e del feto». Sembra, poi, assumere, addirittura, il carattere del paradosso l'affermazione di G. Criscenti, *Il concepito come soggetto di diritti ed i limiti dell'interpretazione*, in *Nuova giur. comm.*, 2009, 1268 s. in particolare 1274, secondo cui «si dimentica troppo facilmente che è a titolo di cose che le stesse persone sono state meglio tutelate», né meno opinabile l'argomento secondo cui «il soggetto di diritto è una costruzione che risponde a scopi di imputazione e non può essere utilizzato per scopi di tutela». Per una critica si veda F.D. Busnelli, *Il problema della soggettività del concepito a cinque anni dalla legge sulla procreazione medicalmente assistita*, in *Nuova giur. comm.*, 2010, 188; radicalmente in *L'inizio della vita umana*, in *Riv.dir.civ.*, 2004, 566 dove afferma che «l'attribuzione della soggettività giuridica al concepito non consente più di qualificarlo, nel nostro ordinamento, come «cosa» sia pure «vivente» ed è di ostacolo alla «segmentazione» della vita prenatale»

⁴ Chiarisce P.G. Monateri, *Il danno al nascituro*, cit., 61, che «la dimensione ontologica, concerne, non solo ma anche, l'esistenza di “oggetti sociali”, che posseggono determinati attributi, orientano determinati comportamenti, e scatenano determinate conseguenze». Essa si contrappone alla prospettiva metafisica che, per converso, «può essere definita come il modo specificamente occidentale di governare le eccedenze di senso degli oggetti, attraverso uno studio “razionale”, cioè sistematico, degli “enti”». Sulla definizione di “oggetto sociale” v. M. Ferraris, *Documentalità. Perché bisogna lasciar tracce*, Roma-Bari, 2009, 32 s. il quale propone di distinguere tre tipi di oggetti: «gli oggetti naturali, che occupano un posto nella spazio e nel tempo e che non dipendono dai soggetti; gli oggetti ideali, che non occupano un posto nello spazio e nel tempo, e che non dipendono dai soggetti; – *last but not least* – gli oggetti sociali, che occupano un posto nello spazio e nel tempo, e che dipendono dai soggetti, pur non essendo soggettivi». L'introduzione degli oggetti sociali, riconosce Ferraris «comporta una opzione a favore del realismo, per il quale anche le tasse e le promesse sono cose reali»; essi occupano una porzione modesta di spazio (grosso modo, quella del documento) e una quantità di tempo più o meno estesa ma mai infinita. Diversamente dagli oggetti ideali, gli oggetti sociali sembrano tendere, infatti, verso la loro fine: «il teorema di Pitagora ha senso proprio perché è eterno, una cambiale ne ha per il motivo opposto, e cioè che prima o poi scadrà – anche se ovviamente ci possono essere oggetti sociali come il Sacro Romano Impero o le dinastie

comunità gli attribuisce, e dunque comprensiva anche degli stati funzionali.

Il passaggio logico che da ultimo sorregge la decisione è tale nella sua semplicità da sembrare immune da qualsiasi obiezione: il diritto alla procreazione cosciente e responsabile, un diritto assoluto ed esclusivo della madre, in quanto ha ad oggetto anche la protezione della vita del nascituro è tale per cui, una volta lesa, renderebbe risarcibile pure l'ulteriore danno prodottosi in capo al nascituro consistente non nell'infermità intesa in senso naturalistico, ma nello «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 vita handicappata». Ma è una semplicità soltanto apparente, che come spesso accade cela una «debolezza di pensiero» nella sua declinazione deteriore, come pensiero che fatica ad essere concettualizzato e che perciò è maggiormente esposto all'errore: un pensiero che fa da sfondo ad argomentazioni spesso apodittiche costruite lungo una trama di petizioni di principio, che lasciano indimostrato proprio ciò che invece andrebbe dimostrato. Così è per l'interesse a non nascere se non sano, il quale, nella misura in cui ne è rimessa l'attuazione completamente alla volontà della madre, difficilmente riesce a legittimarsi, al pari di un eventuale interesse o diritto a nascere, come diritto autonomo. E infatti, come non vi è un obbligo per la madre di portare a termine una gravidanza così non vi sarebbe neppure un obbligo per la madre di abortire in presenza di malformazioni. Concepire un interesse il cui esercizio è rimesso esclusivamente alla volontà dell'altro soggetto rischia, allora, di essere una mera tra-

egiziane che durano molto più della vita di un individuo». Così gli oggetti sociali «sembrano porsi a metà strada tra la materialità degli oggetti naturali e l'immaterialità degli oggetti ideale». La caratteristica determinante degli oggetti sociali consiste nella circostanza che essi, «diversamente dagli oggetti naturali e da quelli ideali... esistono solo nella misura in cui degli uomini pensano che ci siano. Senza degli uomini, le montagne resterebbero quelle che sono, e i numeri manterrebbero le medesime proprietà, mentre non avrebbe alcun senso parlare di offese e di mutui, di visconti o di caporali, di opere d'arte o di material pornografico».

sposizione finzionistica di un interesse altrui, mascherato sotto un'esasperazione del concetto di rappresentanza: in questo caso, l'interesse della madre a non volere un figlio handicappato e ad essere sollevata dal peso gravoso delle conseguenze di natura patrimoniale e non che la sua nascita, non voluta, comporta. Un risarcimento del danno per lesione del diritto all'autodeterminazione della donna, declinato però nelle sue possibilità eugenetiche. Ma qui la petizione di principio fa il paio con l'ipocrisia: se per un verso la Corte si affretta a prendere le distanze dall'aborto eugenetico, per altro verso, esso viene implicitamente lasciato sullo sfondo di tutta l'argomentazione, senza che ne venga, però, fornita alcuna dimostrazione. E per quanto nella sentenza non si discorra di un interesse-diritto a non nascere se non sano, ma di un interesse-diritto alla salute, al cui rispetto è tenuta prima di tutto la madre – ma non, o almeno è dubbio che lo sia, fino all'incoercibilità della sua libertà – l'*escamotage* linguistico non appare persuasivo perché, a tacer d'altro, mentre la salute è qualificazione, sul piano naturale come su quello giuridico, della persona vivente (anche del principio di persona), si rivela improprio richiamarla in un contesto nel quale è in questione la vita nella prospettiva della sua inesistenza: risulta infatti evidente che il solo modo per tutelare a pieno l'interesse alla salute sarebbe quello di impedire la nascita. Richiamare la salute quando in discussione c'è la vita nella prospettiva della sua cessazione appare quantomeno grottesco e pure scorretto sul piano giuridico perché l'evento di danno, così come individuato, non riesce a legittimarsi né sul piano causale, né tantomeno su quello dell'ingiustizia del danno.

Ma è la premessa, l'accantonamento dell'idea di soggettività o persona del nascituro in favore di una sua oggettivazione, che non convince. La Corte giunge a tale conclusione criticando Cassazione 11-5-2009 n. 10741⁵ la quale, in virtù di una autoproclamata funzione crea-

⁵ Sull'attribuzione al nascituro della soggettività, slegata dal concetto di capacità, si vedano le riflessioni di F. D. Busnelli, *Cosa resta della legge 40? Il paradosso della soggettività del concepito*, in *Riv.dir.civ.*, 2011, 459 s. in particolare 462 s; Id., *Il problema della soggettività*, cit., 185 s.; *L'inizio della vita*, cit., s., laddove nell'alternativa tra estendere la capacità anche al nascituro o ritenere

tiva aveva riconosciuto che «in virtù di una interpretazione basata sulla pluralità delle fonti e, nel caso in esame, sulla clausola generale della centralità della persona, si addivene a ritenere il nascituro soggetto giuridico», titolare di diritti inerenti alla persona, nonostante la sua posizione risulti recessiva in altra sede, quella della decisione abortiva della madre. A ben vedere, la Corte, però, non afferma che il nascituro è persona, limitandosi a riconoscerne soltanto la soggettività, peraltro, «specificata, speciale, attenuata, provvisoria o parziale che dir si voglia»⁶ la quale, anzi, proprio in virtù di una nozione più ampia rispetto a quella di capacità giuridica delle persone fisiche, si scinde da quella di persona.

Ha ragione però la critica nell'osservare che se il soggetto non è persona, non si può certo argomentare in favore di esso dal principio

che la soggettività sia nozione più ampia di quella di capacità, si indirizza nella seconda alternativa, ritenendola, «da sola idonea a salvare, almeno in parte, la l. n. 40/2004 dalla formulazione di fondate questioni di legittimità costituzionale, e a limitare per quanto possibile l'isolamento della legge stessa nel contesto europeo» (ivi, 566). Già in *Bioetica e diritto privato. Frammenti di un dizionario*, Torino, 2001, 97 riassume il suo pensiero: «Il concepito è costituzionalmente un soggetto giuridico, e quindi ha diritto alla tutela della vita, della salute, della identità, della dignità. Il concepito, come soggetto nel senso appena indicato, ha in sé il carattere del divenire. Il concepito non ha capacità giuridica: dunque i diritti (essenzialmente patrimoniali) a lui riservati dal codice «sono subordinati all'evento della nascita» (art. 1, 2° comma, c.c.). Il concepito è destinato, con la nascita, a divenire «persona fisica», e ad acquistare la capacità giuridica, in ordine alla titolarità di tali diritti» Se la soggettività è nozione più ampia di quella di capacità non è vero quanto afferma G. Cricenti, *Il concepito*, cit., 814 secondo cui «dire che il concepito ha soggettività giuridica significa poi dovergli inevitabilmente riferire il possesso di diritti soggettivi (posto che un soggetto non capace di diritti è stranezza non solo linguistica) ...». L'attribuzione della soggettività, in virtù della scissione tra persona, soggetto e uomo, può consentire l'attribuzione al nascituro della qualifica di uomo e dunque il riferimento ai diritti inviolabili dell'uomo, riconosciuti e garantiti dall'art. 2 Cost. Il che peraltro non significa parificazione tra i diritti dell'uomo riferibili alla madre e quelli invece riferibili al nascituro; come del resto ha riconosciuto Cass. 27/2975 affermando la «non equivalenza fra il diritto non solo alla vita ma anche della salute... della madre e la salvaguardia dell'embrione». Al nascituro vanno invece garantiti, sempre secondo la Corte, i diritti inviolabili dell'uomo «con le caratteristiche sue proprie».

⁶ L'espressione è tributaria del pensiero di P. Zatti, originariamente espresso in *Quale statuto per l'embrione?*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1990, spec. 488 s., il quale parla di «soggettività relativa dell'embrione».

di centralità della persona⁷; mentre costituisce un'assoluta petizione di principio individuare il fondamento della soggettività del nascituro nel principio della centralità della persona umana, senza prima aver dimostrato che il nascituro è persona⁸. Se, anche alla luce dell'art. 1 della l. 40 del 2004 la soggettività non si misura più con la capacità giuridica – il che significa che può esservi un soggetto non ancora capace – risulta tuttavia dall'art. 1, co. 2 c.c. che la capacità è qualifica che si acquisisce con la nascita, onde i prodromi dei diritti che si manifestano prima della nascita, e che spettano al nascituro in funzione della sua proclamata soggettività, hanno tuttavia bisogno della nascita perché il diritto possa dirsi sorto.

Dalla negazione al nascituro della capacità non discende però a mo' di corollario, come ha ritenuto la Corte con la sentenza in commento, l'esclusione della qualifica di soggetto di diritto per considerarlo semplice oggetto, sia pur speciale, di tutela. Ne vale a tal fine appellarsi alla giurisprudenza degli interessi la cui «corretta e coerente attuazione» sembra condurre, secondo la Corte, «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». E ciò perché l'*Interessenjurisprudenz* si è sempre contraddistinta, almeno fino al punto in cui non ha tentato di risolvere le lacune proprie⁹, per la fedel-

⁷ Rileva la contraddizione nell'argomentazione della Corte Busnelli, *Il problema della soggettività*, cit., 186 s.

⁸ Sono parole di C. Castronovo, Relazione su "La Costituzione" tenuta in occasione delle "Lezioni Pisane di Diritto Civile: "Eclissi del Diritto Civile", 9-10 maggio 2013, Scuola superiore Sant'Anna, Pisa.

⁹ Solo in presenza di autentiche lacune normative dell'ordinamento riconosce F. Wieacker, *Storia del diritto privato moderno*, Milano, 1967, 334: «i limiti della Giurisprudenza degli interessi divengono evidenti... In questo caso infatti essa esorta espressamente il giudice a decidere il conflitto in base all'interesse concretamente prevalente. Quale sia questo interesse si potrà tentare dapprima di accertare sulla base di analoghe decisioni generali dal legislatore. Ove questo non sia possibile però il tipo particolare di considerazione finalistica del diritto, che non conosce una gerarchia prestabilita di valori, non fornisce altri punti di riferimento...». Così anche L. Mengoni, *Interpretazione e nuova dogmatica*, in *Ermenutica e dogmatica giuridica*, Mila-

tà al testo della legge¹⁰. Sicché in presenza di indici legislativi inequivocabili non pare improprio riconoscere al nascituro la soggettività, senza la necessità di attribuirgli anche la capacità giuridica. Diversamente, com'è stato notato, «il trasformarsi di un oggetto in soggetto «che, alla sua nascita, istituisce retroattivamente sé stesso, divenendo così titolare di un diritto soggettivo nuovo» sarebbe un salto mortale dal mondo delle cose, alla quale la Corte dice che il nascituro appartiene a quello della soggettività, da sempre contrapposta all'oggetto»¹¹. Oltretutto, mentre l'ipotizzata retroattività risulta incoerente con l'art 1 c.c., che dichiara capace di diritto il soggetto di diritto dalla nascita e perciò non retroattivamente, la soggettività, come causa finale di doveri di salvaguardia risulta attribuita sia dalla l. 40, che parla addirittura di di-

no, 1996, 72 s.: «Quando si impegna nell'attività di integrazione delle lacune, la giurisprudenza dei valori cade nel medesimo errore di «inversione di metodo» che i suoi precursori del primo novecento rimproverano alla «giurisprudenza dei concetti» paragonandolo al peccato contro lo Spirito: considera le note comuni indotte da una molteplicità di proposizioni normative particolari come realtà esistente in sé, occultandone l'origine induttiva e quindi il nesso di derivazione e di dipendenza sia dagli enti particolari da cui è stata astratta, sia dal soggetto che ha compiuto l'astrazione». E però, «dai concetti astratti di valori non si può dedurre più di quanto è già in essi contenuto. Essi riproducono l'esistente, non portano a scoprire nuove regole di decisione. Nemmeno possono costituire, isolatamente considerati, criteri di estensione delle valutazioni legali ad altri casi mediante l'analogia». In mancanza di una gerarchia di valori organizzabili in sistemi o gerarchie l'analogia non riesce a difendersi dal sospetto che da sempre l'accompagna.

¹⁰ Afferma Wieacker, *Storia del diritto*, cit., 329 s., spec. 332 che, rispetto al Naturalismo giuridico, la Giurisprudenza degli interessi «se ne differenzia nettamente per il principio di fedeltà alla legge, con il quale si avvicina piuttosto, in accettazione delle regole dello Stato di diritto, al Positivismo legislativo: essa si qualifica così come l'arte dell'applicazione della legge anziché della produzione giudiziale del diritto». Così anche L. Mengoni, *Interpretazione*, cit., 72: «Anche la giurisprudenza dei valori rimane però nell'orizzonte del positivismo legislativo: i concetti di valore, che essa assume come criteri ermeneutici di ricerca della norma applicabile ai casi non regolati dalla legge, sono il risultato di un processo di astrazione delle valutazioni del diritto positivo acclamate dall'interpretazione. Sono dunque mere generalizzazioni, modelli ricapitolativi di preferenze verbalizzate nelle leggi. Essi hanno una funzione rappresentativa degli scopi della legge, forniscono preziosi strumenti di comprensione dei testi legali in chiave di interpretazione teleologica, ma non sono utilizzabili come premesse di deduzione per la decisione di casi non previsti».

¹¹ Così Castronovo, *Relazione*, cit.

ritti, da riferirsi però solo all'uomo e non già all'embrione, sia dalla l. 194 che dall'art. 1 tutela la vita sin dal suo inizio, laddove di doveri verso ciò che è oggetto non è lecito parlare.

2.- In via preliminare a non risultare convincente è già l'inquadramento del rapporto che si instaura tra il medico e il nascituro nell'alveo della responsabilità extracontrattuale. Se è infatti agevole inquadrare il rapporto medico-paziente nell'ambito del contratto d'opera professionale, avendo il medico operato in regime c.d. *extra moenia*, vale a dire come libero professionista e non come dipendente di una struttura ospedaliera, incerto è l'inquadramento del rapporto che si crea tra il medico e i terzi coinvolti nel contratto. La relazione che si instaura tra questi soggetti non si identifica né con il contenuto tradizionale dell'obbligazione, vale a dire la prestazione, né tantomeno attinge quell'estraneità che tradizionalmente qualifica la responsabilità extracontrattuale. Eppure è significativo che, per lungo tempo, proprio nell'alveo della responsabilità extracontrattuale siano state ricondotte una serie di ipotesi di danno controverse, segno tangibile di quella tendenza espansiva, interna ed esterna, che ha caratterizzato oggi l'istituto; l'una caratterizzata dall'accrescersi esponenziale delle ipotesi di danno risarcibile, l'altra da una tendenza espansionistica di invasione di altri territori dell'ordinamento, così da precludere una considerazione più sofisticata e meno semplice del contratto e dell'obbligazione. E non di contrattualizzazione della responsabilità aquiliana¹² o di contrattualizzazione del danno alla persona o al patrimonio¹³ si deve parlare, con l'intento non sempre evidente di considerare non autentico l'effetto conseguito mediante il ricorso all'estensione del

¹² A. di Majo, *La responsabilità contrattuale*, Torino, 2012, 22.

¹³ F. Giardina, *Responsabilità contrattuale e responsabilità extracontrattuale*, Milano, 1993, 130 s.; 136; U. Breccia, *Le obbligazioni*, Milano, 1991, 673 s; Rileva giustamente S. Mazzamuto, *Rimedi specifici e responsabilità*, Perugia, 2011, 642 che è legittimo parlare di «contrattualizzazione della tutela aquiliana» oppure di un «illecito sottratto alla responsabilità extracontrattuale» etc. solo nell'ipotesi in cui in sede contrattuale si duplichi la protezione di interessi già muniti di una sufficiente tutela risarcitoria in sede aquiliana.

concetto di obbligazione o di contratto, bensì di responsabilità contrattuale in senso proprio a cui è stata restituita il giusto ambito di riferimento.

Le alternative che si aprono all'interprete sono due: l'una orientata a rivalutare la portata per così dire protettiva del contratto verso quei terzi che si trovano in una relazione di prossimità con una delle parti; l'altra volta a dare autonomo rilievo all'obbligo di protezione mediante la figura dell'obbligazione senza prestazione¹⁴, che dei primi rappresenta un'ipostatizzazione e la cui efficacia, estesa oltre l'ambito originario della *culpa in contrabendo* dà ragione dei casi in cui ad assumere rilevanza è il sorgere di un affidamento espressivo di una relazione tra soggetti per l'innanzi estranei e ai quali, pur in assenza della prestazione, spetta la qualifica obbligatoria proprio per l'insorgenza degli obblighi di conservazione della sfera giuridica altrui nei quali la buona fede, innescata dall'affidamento, si concretizza. La via del contratto con effetti protettivi nei confronti del terzo¹⁵ muove, invece, dalla considerazione della polivalenza del fenomeno giuridico contrattuale, rilevante non soltanto tra le parti, ma potenzialmente espansivo anche nei confronti dei terzi estranei. Notevole lo sforzo di riconcettualizzazione delle categorie ereditate dalla tradizione: contro l'obbligazione senza prestazione, stava l'assenza della prestazione, da sempre considerata elemento portante dell'obbligazione; contro l'ipotesi del contratto con effetti protettivi al terzo militava il principio di relatività degli effetti

¹⁴ Per tutti v. C. Castronovo, *Obblighi di protezione e tutela del terzo*, in *Jus*, 1976; 79 s.; Id., *Obblighi di protezione*, in *Enc. giur. Tracani*, XXI, Roma, 1990; Id., *L'obbligazione senza prestazione. Ai confini tra contratto e torto*, in *Le ragioni del diritto, Scritti in onore di Luigi Mengoni*, I, Milano, 1995, 148 s.; Id., *La nuova responsabilità civile*, Milano, 2006; Id., *Ritorno all'obbligazione senza prestazione*, in *Eur. dir. priv.*, 2008; S. Mazzamuto, *Una rilettura del mobbing: obbligo di protezione e condotte plurime d'inadempimento*, in *Eur. dir. priv.*, 2003; Id., *Il mobbing*, Milano, 2004; Id., *Rimedi*, cit., 622 s.; F. Piraino, *Adempimento e responsabilità contrattuale*, Napoli, 2011; L. Lambo, *Obblighi di protezione*, Padova, 2007.

¹⁵ C. Castronovo, *Obblighi di protezione e tutela del terzo*, cit; Id., *Problema e sistema nel danno da prodotti*, Milano 1979, 175 s.; E. Moscati, *I rimedi contrattuali a favore dei terzi*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, 357 s.

contrattuali, sancito dall'art. 1322¹⁶, da sempre considerato l'attributo qualificante dell'autonomia privata.

Delle due, quella che ha mostrato maggiore compatibilità con il sistema è certamente l'obbligazione senza prestazione, se è vero che il principio di solidarietà¹⁷ si è rivelato fondamento troppo debole¹⁸, nel sostituirsi al principio di relatività del contratto, come contenuto dell'autonomia privata, per giustificare l'estensione degli effetti protettivi

¹⁶ Ai fini del superamento del principio di relatività non può certo dirsi risolutivo il riferimento alla figura del contratto a favore di terzo pure ritenuta, nell'impostazione tradizionale, l'unica eccezione prevista al principio di relatività degli effetti contrattuali, in quanto si tratta pur sempre di una figura esemplata in termini di autonomia privata in senso classico e cioè di coincidenza degli effetti con il regolamento fissato dalle parti. Per un verso gli effetti, pur non producendosi esclusivamente nella fera dei soggetti contraenti, sono tuttavia riconducibili alla volontà delle parti e per altro verso, il diritto ad esigere la prestazione, che il terzo acquista in conseguenza della stipula del contratto, è di natura contrattuale, in quanto trova la sua fonte nel contratto tra stipulante e promittente (così Moscati, *I rimedi contrattuali*, cit., 362). L'ostacolo rappresentato dalla relatività degli effetti del contratto rimane intatto: a differenza dell'ipotesi del contratto a favore di terzi, la prestazione che, solo impropriamente può definirsi di protezione in favore del terzo, non si riconnette alla volontà delle parti e pone, pertanto, il problema di rinvenire il fondamento normativo della propagazione degli effetti contrattuali a quei soggetti che non hanno stipulato il contratto né hanno diritto alla prestazione.

¹⁷ Rileva Castronovo, *Problema e sistema* cit., 222 s., che la solidarietà è il «termine di riferimento costituzionale per un'impostazione nuova del problema dell'efficacia soggettiva del contratto» e più avanti, (ivi, 226): «realizzare la solidarietà nei rapporti privati significa (...) negare in via previa la possibilità di intendere ogni rapporto in funzione delle sole sfere giuridiche delle parti, per accogliere una visione di esso come capace di coinvolgere sfere giuridiche di terzi non più solamente di fatto (...) ma sul piano giuridico, proprio in ossequio al dovere costituzionale». Poiché l'estensione viene giustificata mediante il principio della solidarietà, questa «come clausola generale di partecipazione a determinati terzi degli effetti di un certo negozio non può riguardare gli effetti principali di esso, sia di tipo dispositivo, che di tipo obbligatorio. Conseguentemente dovrà ritenersi che essa operi nell'ambito proprio dei rapporti accessori» (ivi, 260) e tra questi non tutti «bensì soltanto quelli che si individuano come autonomi rispetto al rapporto principale, in quanto volti a soddisfare un interesse che è altro da quello specificamente dedotto nell'affare» (ivi, 265).

¹⁸ È sembrata eccessiva – ricostruisce e condivide la critica Lambo, *Obblighi di protezione*, cit., 287 s. – la funzione autonoma che si è assegnata alla solidarietà costituzionale nella disciplina dell'autonomia privata, potendosi dubitare che le norme costituzionali possano trovare attuazione in via diretta nei rapporti interindividuali. Del resto lo stesso L. Mengoni, *Fondata*

nei confronti del terzo. Nell'obbligazione senza prestazione¹⁹, che altro non rappresenta se non un'ipostatizzazione degli obblighi di protezione in un autonomo rapporto obbligatorio (svincolato dalla prestazione), infatti, gli effetti protettivi nei confronti del terzo non vengono fatti derivare, per così dire, in via indiretta, mediante l'estensione degli effetti della buona fede per il tramite della solidarietà ma in via diretta, in virtù dell'instaurarsi di una qualsiasi relazione sociale idonea a suscitare in una delle parti un affidamento obiettivo, tale da innesca-

sul lavoro, in *Scritti I*, a cura di C. Castronovo – A. Nicolussi – A. Albanese, Milano, 2011, 143 aveva riconosciuto come «il dovere di solidarietà non possa rendersi operante nella forma di specifici obblighi giuridici, senza l'interposizione del legislatore» e altrove – *Autonomia privata e costituzione*, in *Scritti*, cit., 110 s. – aveva negato la capacità dei principi costituzionali come parametri interpretativi della clausola delle correttezza e della buona fede, limitandosi ad assumere un valore retorico-persuasivo piuttosto che una funzione argomentativa fondante.

¹⁹ La teoria, com'è noto, prende le mosse dalla constatazione – C. Castronovo, *La nuova responsabilità civile*, 443-444 e così anche Piraino, *Adempimento* cit., 683 – di un'«area di turbolenza ai confini tra responsabilità aquiliana e responsabilità contrattuale, nella quale confluiscono una serie di ipotesi di danno connotate da profili che le accostano ora all'una ora all'altra senza riuscire a rendere persuasivo e soddisfacente l'inquadramento che se ne voglia fare nella prima o nella seconda(...) Esse appaiono giuridicamente più pregnanti del semplice rapporto obbligatorio di risarcimento del danno al quale si riduce quest'ultima [ossia la responsabilità contrattuale n.d.a.] e però meno articolate del rapporto obbligatorio incentrato sulla prestazione». Ipotesi nelle quali la forma giuridica dell'illecito extracontrattuale appare insufficiente in quanto anega in una troppo generica responsabilità del chiunque e, d'altra parte, sembra non prospettabile neppure la figura dell'obbligazione nella sua configurazione ordinaria. Confrontati con la configurazione classica dell'obbligazione questi casi presentano un aspetto problematico, privi come sono di quello che è stato considerato non solo il cuore del rapporto obbligatorio, ma anche il suo requisito imprescindibile, la prestazione. Rileva Castronovo, *La relazione*, cit., 66, che l'espressione «obbligazione senza prestazione» può apparire un ossimoro. Ciò però, prosegue, «è dovuto appunto all'idea, che certo ha dalla propria parte una tradizione più che bimillenaria, che identifica l'obbligazione con l'obbligo di prestazione. Una volta che ci si persuade della possibilità che la qualificazione obbligatoria si estesa ad altri rapporti, nei quali ciò che rileva non è la pienezza del contenuto ma la dimensione formale nella quale le parti si trovano l'una di fronte all'altra, allora anche l'idea di un'obbligazione senza prestazione non solo non appare contraddittoria, ma anzi quello che per merito di essa si mette in luce come la vera essenza dell'obbligazione, la quale non consiste nel suo contenuto o oggetto che dir si voglia, più o meno ampio e vario a seconda del tipo contrattuale che lo genera, ma nella relazionalità come matrice di qualificazione del reciproco porsi di soggetti l'uno di fronte all'altro e in contemplazione dell'altro». Si tratta di un rapporto obbligatorio

re la portata precettiva della buon fede.

È la relazionalità²⁰, come cornice vincolante innescata dall'obbligo di buona fede che si manifesta attraverso gli obblighi di protezione, a costituire la vera essenza dell'obbligazione, nella quale la prestazione vi si iscrive, infatti, come una delle possibili varianti, non più necessaria, tuttavia, a caratterizzarla. Nel momento in cui il rapporto obbligatorio si connota per la relazionalità quello che sinora è stato riferito all'obbligo di prestazione, identificando la responsabilità contrattuale, con la responsabilità per inadempimento, si riassetta sul piano generale nel quale si riconoscono sia gli obblighi funzionali sia l'obbligo di prestazione sicché la responsabilità, in corrispondenza di questo piano di riferimento più ampio, si qualifica come relazionale o, secondo un'altra definizione, responsabilità in senso debole, potendo derivare tanto dagli uni quanto dall'altro.

Nel primo caso, quando cioè la responsabilità origina dalla violazione di obblighi di protezione sembra più corretto parlare di danni ulteriori che non di danni consequenziali poiché a differenza dei primi i quali, pur essendo ulteriori rispetto al danno da aspettativa insoddisfatta presuppongono in ogni caso l'inadempimento, «non hanno nulla a che fare con l'aspettativa di adempimento, potendo anzi presupporre che l'adempimento sia avvenuto»²¹.

In questo caso, la natura ibrida degli obblighi di protezione sembrerebbe richiamare in gioco la funzione del nesso causale, come collegamento tra la condotta del debitore e il danno alla sfera patrimoniale o personale dell'altro soggetto, inutile, invece, nella responsabilità da inadempimento, specie con riguardo alla causalità materiale o di

che nasce tale in seguito «al contatto sociale qualificato, come insieme di obblighi funzionali allo scopo», vale a dire la prestazione a cui sempre il rapporto obbligatorio rimane orientato, ma che tale rimane anche quando la prestazione non sorge.

²⁰ La relazionalità, scrive C. Castronovo, *La relazione come categoria essenziale dell'obbligazione e della responsabilità contrattuale*, in *Eur. dir. priv.*, 2011, 66 è «la vera essenza dell'obbligazione» che nel momento in cui caratterizza l'obbligazione, con o senza prestazione, si rivela l'aspetto costante, la cornice dentro la quale la prestazione si iscrive solo come una variabile possibile.

²¹ di Majo, *La responsabilità*, cit., 124.

fatto²². Il danno da violazione dei doveri di protezione ha infatti la medesima configurazione del danno da fatto illecito, sicché, data l'inesistenza di una prestazione, il cui inadempimento metta in relazione il danno con il soggetto, acquista rilievo l'individuazione di un nesso causale tra la condotta e il fatto dannoso.

E tuttavia, l'assenza di una prestazione²³ non significa assenza di una condotta doverosa, sicché la funzione del giudizio causale torna in rilievo in una versione del tutto differente rispetto a quella extra-

²² Rispetto al danno derivante da inadempimento non si pone un problema di accertamento del nesso di causalità del fatto o materiale, perché, (f. Piraino, *Adempimento*, cit., 646): «il danno da inadempimento che non è altro che la traduzione economica della prestazione inadempita o inesattamente adempita, ossia un danno meramente patrimoniale, e non assume, quindi, la consistenza di evento lesivo di una situazione giuridica preesistente, rispetto al quale si prospetti un problema di causalità c.d. di fatto da accertare secondo i dettami dell'art. 40 c.p.». Peraltro l'inadempimento non è un «fatto materiale», nel senso di evento naturale, rispetto al quale è predicabile la causalità bensì una qualificazione di difformità della condotta rispetto al risultato atteso sicché, una volta stabilito se inadempimento vi sia stato, residua, al massimo un problema di causalità giuridica in funzione di limitazione del danno risarcibile. Il diverso atteggiarsi della causalità di fatto rappresenta un ulteriore elemento di differenziazione della responsabilità contrattuale dalla responsabilità aquiliana. Una distinzione che, rileva sempre Piraino, *Adempimento*, cit., 648: «tende ad accentuarsi ove si acceda alla ricostruzione che, in ambito contrattuale, esclude che si possa configurare non soltanto la causalità materiale, ma anche quella giuridica e, di conseguenza, reputa l'art. 1223 c.c. non una regola causale, ma un criterio di rilevanza e di delimitazione delle poste di danno risarcibili e ciò perché le conseguenze dannose dell'inadempimento non vanno neanche esse assunte come fatti materiali frutto dell'inattuazione del rapporto obbligatorio ma come la loro traduzione patrimoniale, rispetto alla quale la logica e il linguaggio causale appaiono incongrui». È questa la tesi di Castronovo, *Il risarcimento del danno*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, I, Atti del Convegno per il cinquantesimo della Rivista di diritto civile «Il diritto delle obbligazioni e dei contratti. Verso una riforma? Le prospettive di una novella zona del Libro IV del Codice Civile nel momento storico attuale», Treviso 23-24-25 marzo 2006, Padova, 2006, spec. 87-88.

²³ Chiarisce Piraino, *Adempimento*, cit., 682 s. che ciò che manca nell'obbligazione senza prestazione non è certo la cooperazione del debitore che si manifesta in una condotta doverosa orientata ad uno scopo – il che vale a distinguere l'obbligazione senza prestazione dalla mera regola di condotta – dunque «una prestazione in senso assoluto, ma una prestazione nell'accezione consueta di condotta riconducibile agli schemi collaudati del *dare, facere o non facere* e, dunque, tesa ad una finalità di promozione dell'interesse del creditore all'acquisizione di un'utilità nuova e non già ad una finalità di sicurezza, ossia di conservazione della sfera giuridica dell'avente diritto» (ivi, 684) – il che configura l'obbligazione senza prestazione come un

contrattuale.

Se l'accertamento della causalità dell'evento in riferimento al danno alla persona o alla cosa acquista rilievo poiché questo assume, a differenza del danno da inadempimento, la consistenza di fatto materiale, rispetto al quale si pone un problema di collegamento tra fatti; proprio la presenza di un preesistente obbligo, non richiama, almeno in sede di fondamento della responsabilità, la funzione di qualificazione dei criteri di imputazione ma si intreccia col differente problema dell'esatta individuazione degli interessi rilevanti, ulteriori rispetto a quello alla prestazione, rinvenibili all'interno del piano dell'obbligazione. Ai fini del giudizio di responsabilità non è sufficiente verificare che inadempimento vi sia stato, dato che il danno non si configura come la mera traduzione economica della prestazione inattuata, ma è necessario accertare che questo sia conseguenza della lesione di un interesse alla cui protezione era obbligato il danneggiante.

Ciò significa che l'interprete deve vagliare non solo la meritevolezza sul piano ordinamentale, o la liceità sul piano causale degli interessi che si assumono lesi, dato che a differenza di quanto avviene nella responsabilità extracontrattuale non si presuppone l'individuazione di

minus rispetto all'obbligazione in senso classico. A mancare è dunque la preordinazione dello sforzo cooperativo a realizzare l'interesse dell'altro soggetto al conseguimento di una qualche modificazione della propria sfera giuridica, «interesse per il cui soddisfacimento sarà necessaria una tradizionale condotta, commissiva od omissiva, in funzione di promozione, cui sola, va riservata l'accezione tecnica di prestazione» (ivi, 686), proprio perché finalizzata alla realizzazione di un interesse ulteriore rispetto a quello della mera conservazione. Mancando una prestazione in senso tecnico non appare possibile configurare, in capo al soggetto tutelato, che impropriamente può definirsi creditore, una pretesa nei confronti del debitore volta alla preservazione del patrimonio e della sfera personale dell'altra parte, sicché la violazione della protezione non va confusa con quella della prestazione alla quale, soltanto, è infatti riconducibile il diritto di credito e la relativa responsabilità, di cui all'art. 1218, che infatti parla, espressamente, di un «debitore che non esegue esattamente la prestazione dovuta». Pertanto l'applicazione dell'art. 1218 avviene soltanto in via analogica e non in via diretta, tant'è che alcune categorie adottate dalla norma non si rivelano adattabili agli obblighi di protezione, come accade per la categoria dell'inadempimento che, al pari dell'adempimento è una categoria dell'azione applicabile soltanto all'obbligo di prestazione. In questo senso Piraino, *Adempimento*, cit., 683; C. Castronovo, *Problema e sistema*, cit, 503, nota 200; Id., *Ritorno all'obbligazione senza prestazione*, cit., 707; Id., *La relazione*, cit., 71 s.

un interesse già preso in considerazione dall'ordinamento mediante una situazione giuridica soggettiva²⁴, ma altresì verificarne la rilevanza giuridica, desunta dal piano dell'obbligazione e, nel caso di obbligazione nascente dal contratto, dalla causa negoziale, entrambi conformati dalla legge e/o dall'autonomia privata²⁵, onde soltanto se da tali indici si desume l'inclusione negli obblighi accessori, nascenti dalla buona fede, della tutela di quello specifico interesse della persona, si potrà ammettere il risarcimento del relativo danno, coerentemente a quanto previsto dall'art. 1225 che impone proprio il vincolo della congruità tra piano dell'obbligazione e risarcimento del danno.

3.- Non è questa, tuttavia, la strada percorsa dalla Cassazione, mostratasi assai più incline a valorizzare l'estraneità dei terzi coinvolti, anziché l'affidamento legittimo suscitato dalla qualifica professionale del medico, anche in virtù dell'equivoco che ravvisa nella responsabilità aquiliana, privata però del vincolo dell'ingiustizia, una via malintesa di

²⁴ Così Castronovo, *La nuova responsabilità*, cit., 455 – 456: «mentre nella responsabilità extracontrattuale si deve trovare in primo luogo se ricorra una situazione soggettiva, la cui lesione produce ingiustizia, non così nella responsabilità contrattuale. Poiché quest'ultima muove dal presupposto dell'esistenza di un obbligo che si assume violato, non si pone in essa una questione circa l'ingiustizia. L'ingiustizia infatti è presupposto essenziale del sorgere ex novo di un'obbligazione (di risarcimento), laddove nella responsabilità contrattuale il *vinculmiuris* già esiste e la responsabilità ne diventa uno stato allotropico, un modo altro di perseguire lo stesso interesse in funzione del quale il rapporto è stato costruito». In modo ancor più puntuale S. Mazzamuto, *Rimedi specifici*, cit., 642: «Gli obblighi di protezione, nella duplice variante di criteri di responsabilità contrattuale e di regole di condotta, determinano l'attrazione degli interessi protetti nell'area dell'obbligazione e del contratto con un duplice effetto: è possibile, per un verso, attribuire rilevanza giuridica ad interessi non protetti del tutto o non adeguatamente protetti dall'ordinamento giuridico, e per altro verso, duplicare la protezione di interessi già muniti di una sufficiente tutela risarcitoria».

²⁵ In tal senso si esprime anche M. Costanza, *Danno non patrimoniale e responsabilità*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1987, 131 la quale osserva che «Ovviamente, perché gli interessi non patrimoniali assumano rilevanza nel contratto occorre che essi non rimangano nella sfera dei motivi, ma diventino oggetto della stipulazione... Quindi, anche per attribuire significanza agli interessi non patrimoniali nell'ambito del contratto, i metodi saranno quelli della presupposizione, della ricerca della causa intesa come funzione economico-individuale, della distribuzione dei rischi».

maggior tutela di quella contrattuale.

Una scelta che appare singolare²⁶ se proprio il precedente di Cass. 29-7-2004, n.14488 aveva ritenuto che «con il contratto di prestazione professionale tra la gestante e il medico, questi si obbliga non soltanto a prestare alla stessa le cure e le attività necessarie al fine di consentirle una corretta gestazione, ma altresì ad effettuare, con la dovuta diligenza, tutte quelle altre prestazioni necessarie al feto, si da garantirne la nascita, evitandogli – nei limiti consentiti dalla scienza – qualsiasi possibilità di danno»²⁷ e aveva perciò qualificato il contratto intercorso tra la gestante ed il sanitario «come “contratto con effetti protettivi a favore di terzo” (figura individuata dalla dottrina tedesca nel *Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte*) nei confronti del neonato»²⁸.

Ancor più singolare se è, invece, proprio nell'ambito della responsabilità contrattuale che viene inquadrato il rapporto con i cosiddetti terzi “qualificati” rispetto alla prestazione sanitaria: un risarcimento che, se già da tempo veniva riconosciuto nei confronti del padre, con la decisione in commento viene estesa anche ai fratelli e alle sorelle 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»²⁹ e «dei quali non può non presumersi l'attitudine a subire un serio danno non patrimoniale, anche a prescindere dagli eventuali risvolti e dalle inevitabili esigenze assistenziali destinate ad insorgere, secondo l'*id quod prelumque accidit*, alla morte dei genitori»³⁰.

La scelta di estendere la responsabilità del medico nei confronti dei fratelli e delle sorelle del nascituro suscita però notevoli perplessità³¹. L'applicabilità dell'istituto del contratto con effetti protettivi del terzo

²⁶ E. Palmerini, *Nascite indesiderate*, cit., 202 parla di «inversione di rotta per certi versi inaspettata».

²⁷ Cass. 29-7-2004, n. 14488 in *Nuova giur. comm.*, 2005, 418 s., 2.1. con nota di E. Palmerini, «*La vita come danno? No...si...dipende*», 433 s.

²⁸ Cass. 14488/2004, cit., 2.1.

²⁹ Cass. 16754/2012 cit., 5.

³⁰ *Ibidem*.

³¹ In questo senso v. E. Palmerini, *Nascite indesiderate*, cit., 200 s.; e anche S. Cacace, *Il commento*, in *Danno e resp.*, 2013, 157 s.

è subordinata infatti sia all'individuazione di un interesse dei terzi leso in esecuzione della prestazione, sia alla loro identificazione come soggetti qualificati a pretendere il risarcimento dei danni conseguenti alla lesione. Il che equivale a dire, in termini più rigorosi, che l'individuazione dell'ambito di risarcibilità dei danni non patrimoniali necessita, per un verso, della corretta interpretazione del titolo circa la delimitazione degli obblighi gravanti sulle parti, e in particolare, sul debitore, e, per altro verso, un problema di prevedibilità del danno al tempo in cui è sorta l'obbligazione *ex art. 1225*³². Entrambi questi due presupposti non risultano però provati: il danno consistente «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»³³ sarebbe subito dal terzo non «in occasione» (vale a dire direttamente) dell'esecuzione della prestazione medica, ma unicamente di riflesso configurandosi come conseguenza indiretta di un primo evento, ossia la nascita malformata, che, però, riguarda un soggetto diverso, il nascituro, e non direttamente il terzo, onde di nesso di causalità (riferito all'evento) si dovrebbe correttamente parlare, anche in ambito contrattuale, solo quando il danno sia a sua volta la conseguenza di un primo evento del quale si sia accertata lungo una sequenza causale au-

³² Rileva C. Scognamiglio, *Il danno non patrimoniale contrattuale*, in *Il contratto e le tutele: prospettive di diritto europeo*, a cura di S. Mazzamuto, Torino 2002, 476 s., che «il discorso relativo alla delimitazione dell'ambito di risarcibilità del danno non patrimoniale si interseca, inevitabilmente, da un lato, con il problema "a monte" dell'individuazione (da condursi alla stregua dell'interpretazione del titolo contrattuale) dei comportamenti effettivamente configurabili come oggetto di obbligo per il debitore e dall'altro, "a valle", con quello della selezione delle conseguenze dannose ascrivibili causalmente all'inadempimento del debitore (ed in questa prospettiva un rilievo particolare, in materia di risarcimento del danno non patrimoniale contrattuale, spetta certamente alla disposizione dell'art. 1225 c.c., in materia di irrisarcibilità, in linea di principio del danno non prevedibile)». In questo senso anche S. Mazzamuto, *Il contratto di diritto europeo*, Torino, 2012, 452; Id., *Il danno non patrimoniale contrattuale*, in *Eur. dir. priv.*, 2012, 454. Sul punto si vedano anche le considerazioni di L. Nivarra, *La contrattualizzazione del danno non patrimoniale: un'incompiuta*, in *Eur. dir. priv.*, 2012, 492.

³³Cass. 16754/2012, cit., 5.

tonoma il collegamento con la condotta di un soggetto agente. Il che equivale a riconoscere insieme a quella dottrina che nel commentare la sentenza ha subito nutrito dubbi sull'estensione della risarcibilità anche ai fratelli, che la loro posizione è troppo remota rispetto al debitore per consentire di includerli nella sfera di protezione del contratto. In proposito è sufficiente riflettere su una circostanza: più i danni sono indiretti, vale a dire ledono interessi distanti rispetto a quello della prestazione principale, e più difficilmente essi potranno essere ricompresi nel piano dell'obbligazione. Del resto la limitazione della risarcibilità ai danni prevedibili è conseguenza del tutto speculare dell'impossibilità di far rientrare un tale interesse all'interno del piano delle obbligazioni contrattuali dato che né la singola obbligazione è pattiziamente preordinata al suo soddisfacimento né tale interesse, magari ricorrendo alla presupposizione o alla causa, intesa come funzione economico individuale, sembra poter rientrare nell'area di protezione offerta dal contratto. Tant'è che, qualora, se ne ammettesse la risarcibilità il danno starebbe oltre il confine segnato dalla prevedibilità la quale, intesa quantomeno in ambito contrattuale, non in senso soggettivo ma oggettivo impone la congruità tra il piano obbligatorio e la relativa responsabilità limitando la risarcibilità a quei danni prevedibili al momento del sorgere dell'obbligazione e che si configurano come vanificazioni di valori insiti nell'aspettativa, comprensiva non solo della prestazione inattuata ma anche degli interessi ulteriori, del creditore o dei terzi coinvolti nel rapporto obbligatorio. Anche per il risarcimento nei confronti del padre l'esitazione è dovuta e la perplessità riguarda pure in questo caso la possibilità di includere nel piano di rilevanza giuridica del contratto tra il medico e la gestante un interesse di protezione del padre che si collocherebbe però, al pari di quello dei fratelli, oltre la soglia della prevedibilità. Né giova in proposito richiamare un interesse, pari a quello della madre, all'informazione sulla salute del feto, posto che, la violazione dell'obbligo di informazione rileva ai fini del risarcimento non di per sé, ma in quanto lesivo del diritto all'autodeterminazione, peraltro, a sua volta inconcepibile in capo al

padre, nonostante l'astratta riferibilità del diritto alla procreazione cosciente e responsabile anche a questi³⁴, posto che è la stessa l. 194, di fatto, ad escluderlo, nel momento in cui nega non solo qualsiasi rilevanza al dissenso o al consenso del padre all'interruzione della gravidanza, ma persino subordina al consenso della madre la consultazione di quest'ultimo³⁵.

Rispetto alla disinvoltura nel ricondurre alla responsabilità contrattuale il risarcimento dei danni patiti non solo dal padre, ma anche dai fratelli e delle sorelle, pur con le perplessità e i dubbi che tale decisione determina, lascia perplessi la scelta di annegare, per contro, la responsabilità nei confronti del nascituro nel mare indistinto della responsabilità aquiliana. L'interprete, apparentemente disorientato, ne potrebbe recuperare il senso riflettendo, neppure troppo maliziosamente, sull'occasione irripetibile che si presentava a chi³⁶, ormai solita-

³⁴ In tal senso Busnelli, *Bioetica e diritto privato*, cit., 132 s.

³⁵ Lo rileva A. Nicolussi, *della persona umana come valore costituzionale e il cosiddetto biodiritto*, in *Eur. dir. priv.* 2009, 37.

³⁶ Sull'abbandono del danno esistenziale come autonoma figura di danno risarcibile si veda oltre. In questa sede preme sottolineare l'attaccamento manifestato, per tale figura di danno, già nella famosa ordinanza di rimessione del 25 febbraio 2008 n. 4712 della Terza Sezione laddove si giudicava ormai consacrata dal diritto vivente l'ammissibilità del danno esistenziale e dunque inconsistenti i tentativi della dottrina di metterne in discussione la cittadinanza, addirittura al punto da rimproverare alla giurisprudenza teorica una certa inconcludenza perché più utile sarebbe stato mettere a frutto gli spunti offerti dalla giurisprudenza pratica nelle sentenze del 2003. Si ribadiva, quindi, il proprio pensiero affermando che «in realtà, la trasformazione dell'art. 2059 c.c. (operata da questa stessa Corte e dalla Corte costituzionale) in un vero e proprio art. 2059 bis c.c. era parso ai più indiscutibilmente funzionale, al di là di questioni ormai meramente terminologiche, all'individuazione di una terza (sotto) categoria di danno non patrimoniale, la cui esistenza e la cui autonomia appariva ormai poco seriamente contestabile, al di là degli apparenti ostacoli (in realtà di carattere soltanto lessicale) posti dalla sentenza n. 8827/2003. Alla luce delle (sostanzialmente) omogenee e (largamente) condivise posizioni assunte da entrambe le Corti, pareva (e pare ancor oggi) oltremodo difficile, se non impossibile, immaginare nella (finalmente riattivata) dimensione bipolare del danno così come scolpita ai massimi livelli giudiziari, un totale ripudio della nuova categoria, una radicale e definitiva smentita alla stessa "esistenza" del danno esistenziale, pur correttamente circoscritto (e conseguentemente ricondotto) alle sole ipotesi di vulnera arrecati a valori/interessi costituzionalmente garantiti». L'attaccamento al danno esistenziale doveva evidentemente essere tale da sollecitare, oltre lo scetticismo nei confronti della dottrina, manifestato nell'ordinanza di ri-

rio, da anni conduceva la propria battaglia ideologica per l'affermazione di una figura di danno, quella esistenziale, alla quale la stessa Cassazione ha da tempo e in modo definitivo dato l'addio.

Il ragionamento sul terreno aquiliano ruota attorno alla figura del danno riflesso in virtù del quale gli effetti della lesione del diritto alla procreazione cosciente e responsabile si propagherebbero al momento della nascita in capo al nascituro. La Corte si colloca nel solco di quell'orientamento che giustifica la risarcibilità del danno al nascituro, prescindendo del tutto dalle implicazioni di teoria generale del diritto, argomentando dalla non necessaria concomitanza tra azione lesiva ed evento dannoso. Poiché il comportamento illecito e la conseguenza dannosa possono cadere in momenti differenti³⁷, si dice, accertato un nesso di causalità tra la causa e l'effetto, la lesione del diritto all'autodeterminazione della donna avrebbe provocato anche la lesione, una volta che il concepito sia nato, del suo diritto ad un'esistenza potenzialmente piena. Nel ragionamento della corte si sovrappongono peraltro due valutazioni: il differimento temporale del danno rispetto alla condotta e la propagazione intersoggettiva del comportamento illecito, quella che la nostra giurisprudenza ha vestito con il nome di danno riflesso e che origina nella giurisprudenza francese con l'etichetta di danno *par ricochet*. In proposito la Corte richiama a sostegno della propria argomentazione il principio di diritto contenuto nella sentenza 9700 del 2011 a mente del quale chi sia nato successivamente alla morte del padre può ottenere il risarcimento dei danni patrimoniali e non, per la perdita del rapporto parentale, verificatesi contemporaneamente alla nascita e/o posteriormente ad essa, essendo irrilevante la non contemporaneità fra la condotta dell'autore dell'illecito, l'uccisione del padre avvenuta precedentemente alla nascita, e il danno, verificatosi in conseguenza della nascita e dopo la morte del padre. En-

messione, pure il commento critico a Cass. 26972/08, colpevole di aver ricondotto al centro del sistema il danno biologico, espresso in G. Travaglino, *Il futuro del danno alla persona*, in *Danno e resp.*, 2011, 113 s.

³⁷ Già P. Rescigno, *Il danno da procreazione*, in *Riv. dir. civ.*, 630, richiamato anche da G. Oppo, *L'inizio della vita*, cit., 505 s.

trambe le valutazioni però pongono un problema di compatibilità con la struttura generale della fattispecie dell'art. 2043. La non necessaria concomitanza tra azione lesiva ed evento dannoso rappresenta una scorciatoia concettuale perché oblitera la distinzione tra lesione e danno, inteso come conseguenza dell'evento lesivo, onde se è vero che il danno può anche verificarsi a distanza di tempo rispetto all'azione lesiva esso è pur sempre conseguenza della lesione di una situazione giuridica soggettiva che dà per risolta la qualificazione in termini di soggetto del relativo titolare. Certo è possibile argomentare che la titolarità di interessi non presuppone necessariamente la persona³⁸, essendo sufficiente considerare il nascituro un centro di interessi giuridicamente tutelato e tuttavia, una volta estesa la nozione di soggettività oltre la capacità giuridica, non residuano ostacoli a considerare il nascituro soggetto di diritto: un soggetto che non è uomo né persona ma prefigura l'uomo e la persona. Sul cosiddetto danno riflesso si è espressa un'autorevole dottrina la quale, proprio in riferimento al danno da perdita parentale³⁹, ha per un verso criticato il vestimento costituzionale forzato, attribuito ad interessi che ne sarebbero privi, constatando come, se di lesione di un diritto alla persona si tratta questo non andrebbe ricavato dall'art. 29 Cost. che tutela la famiglia in sé «come società naturale fondata sul matrimonio» e non i diritti che in essa hanno origine, ma direttamente dall'art. 2 Cost. secondo un'interpretazione che ha trovato nella coscienza sociale il fondamento della risarcibilità. E che ha, per altro verso, rilevato come, ove pure si volesse accogliere l'idea che nell'art. 29 Cost. si tutelino anche i diritti della persona, questi sarebbero offesi di riflesso, onde si tratterebbe di lesione secondaria, che cioè segue ad una lesione primaria, costituita dall'offesa all'integrità personale della vittima. Una lesione così qualificata si colloca però fuori dallo spettro dell'ingiustizia contemplata dall'art. 2043 c.c., la quale rileva unicamente in relazione a una condotta colposa causalmente rilevante rispetto alla lesione stessa. Del resto già

³⁸ Così G. Oppo, *L'inizio della vita*, cit., 504.

³⁹ C. Castronovo, *Danno esistenziale: il lungo addio*, in *Danno e responsabilità*, 2009, 7 s.

la Corte costituzionale, con la sentenza n. 372 del 1994 aveva efficacemente chiarito che per superare lo scoglio del danno conseguenza riguardante un'altra sfera soggettiva bisognasse rendere rilevante in una traiettoria causale autonoma la lesione di una situazione soggettiva altrui⁴⁰. Se ne avvede la Cassazione che, riconosciuto come «l'assemblea plenaria della corte di cassazione francese, nell'ammettere la legittimità della richiesta risarcitoria in proprio del piccolo P.N., si limitò ad osservare che questi aveva effettivamente subito un pregiudizio risultante dall'handicap particolarmente grave da cui era afflitto, specificando che la causalità non potesse, nella specie, essere ridotta alla sua dimensione scientifica o logica, ma andasse intesa in senso "giuridico"», rileva la necessità di «individuare con esattezza la situazione soggettiva di cui si lamenta la lesione, onde ricondurla al conseguente evento di danno che, da quella lesione, ebbe a generarsi (per poi ricondurre ancora la condotta colpevole alla lesione della situazione soggettiva ed all'evento valutato in termini di *contra ius*)». Date queste premesse riesce, però, difficile, a questo punto, comprendere il perché, attesa la necessità di individuare una sfera giuridica soggettiva lesa, cui riconnettere l'evento di danno principale, dovrebbe parlarsi di propagazione dell'illecito e non invece, come la premessa imporrebbe, di diretta lesione della sfera giuridica del nascituro. Il problema non è però tanto di ingiustizia del danno, quanto di imputazione: se infatti la perdita del rapporto parentale, come ipotesi di danno morale che sia degenerato in danno alla salute, secondo l'interpretazione rigorosa che ne ha fatto già Cass. 372/1994 può trovare fondamento nella lesione del diritto alla salute del coniuge o dei parenti superstiti «ove si dimostri che l'in-

⁴⁰ Corte Cost. n. 372/1994, 3.2: «Perciò ove si dimostri che l'infortunio mortale ha causato a un familiare una lesione fisio-psichica..., l'ipotesi di risarcibilità del danno nei termini dell'art. 2043 deve essere valutata in una prospettiva diversa, la quale assuma la lesione del terzo quale evento dannoso integrante un'autonoma fattispecie di danno ingiusto». Sicché, sottolinea C. Castronovo, *La nuova responsabilità civile*, Milano, 2006, 74, nt. 45 «non giova insistere su una categoria contraddittoria come quella di "danni riflessi, ossia lesione di diritti... di soggetti diversi dall'originario danneggiato" come fa la Cassazione: perché la lesione di diritti che sia causalmente riconducibile al fatto illecito altrui per definizione non è riflesso di un'altra lesione in quanto dà vita a un autonomo fatto illecito».

fortunio mortale ha causato a un familiare una lesione fisio-psichica (infarto da shock o uno stato di prostrazione tale da spegnere il gusto di vivere)», così da integrare «un'autonoma fattispecie di danno ingiusto», l'ostacolo alla risarcibilità si trasferisce «dal presupposto dell'ingiustizia del danno a quello della colpa»⁴¹. Difficile sarebbe infatti estendere il nesso causale, già accertato in via diretta rispetto alla vittima prima dell'illecito, al terzo che si presume leso dalla perdita del rapporto parentale, onde in questo caso non si tratta certo delle conseguenze ulteriori di cui all'art. 1223⁴², che danno già per risolto il pro-

⁴¹ Così C. Castronovo, *Danno biologico. Un itinerario di diritto giurisprudenziale*, Milano, 1998, 199: «L'ordinanza dei giudici fiorentini impugna l'art. 2043 sotto il profilo dell'ingiustizia, mentre risulta chiaro... che non è questo il profilo per il quale la norma, casomai, sarebbe da impugnare. È l'intero modello dell'illecito, come fattispecie che esige causalità e colpevolezza a requisiti di qualificazione di una condotta rispetto a un evento lesivo, a risultare inadeguato per il risarcimento iure proprio di un danno alla salute dei familiari di colui che risulta offeso da una condotta altrui. In particolare, è il requisito di colpevolezza a impedire l'evento divisato onde la domanda alla Consulta dovrebbe volgere alla dichiarazione di incostituzionalità dell'art. 2043 o dell'art. 2059 per la parte in cui, mediante il criterio di imputazione, rende irrisarcibile un danno che sul piano della pura causalità appare connesso con una condotta lesiva...».

⁴² Riconosce Corte Cost. 372/94, 3.2., che: «Sarebbe fuori tema obiettare che nella responsabilità extracontrattuale, secondo l'interpretazione dell'art. 2056 cod.civ. suggerita dalla relazione al codice, si risponde anche dei danni imprevedibili. La distinzione tra danni prevedibili e danni imprevedibili (come quella tra i danni diretti e danni indiretti) attiene ai danni conseguenza nel senso dell'art. 1223, la cui risarcibilità, limitatamente o no ai danni prevedibili, presuppone già compiuto (previo accertamento del nesso di causalità alla stregua degli artt. 40 e 41 cod. pen.) il giudizio di imputabilità del danno evento, giudizio regolato in generale dal criterio della colpa». Sul punto osserva C. Castronovo, *La nuova responsabilità*, cit., 74, che «l'art. 1223 è fuori quadro in materia di danno non patrimoniale: in primo luogo perché disciplina il danno patrimoniale, onde eventualmente ci si dovrebbe chiedere se esso sia applicabile al danno non patrimoniale per analogia; in secondo luogo perché disciplina le conseguenze nella sfera giuridica del soggetto offeso dal fatto illecito e cioè, nella questione che ci occupa, della vittima prima del fatto illecito, mentre il danno dei congiunti per definizione riguarda sfere giuridiche altre da quella primariamente colpita dal fatto illecito». Così anche in *Danno biologico* cit., 174 e, con riferimento specifico alla sentenza, 206 afferma che l'art. 1223 «si riferisce esclusivamente alle conseguenze di un danno ingiusto... la perdita e il mancato guadagno riguardano colui che ha subito la lesione... L'art. 1223 non ha perciò nessun rilievo nella questione del risarcimento eventualmente spettante ai familiari, i quali per definizione sono altri da colui che ha subito quella lesione all'integrità fisica dalla quale è nata la responsabilità».

blema della causalità dell'evento ma di conseguenze indirette, che cioè si producono su una sfera giuridica differente dalla vittima prima dell'illecito e rispetto alle quali torna attuale il problema preliminare dell'accertamento della causalità dell'evento. E però tali conseguenze nella misura in cui si collocano oltre la soglia della prevedibilità, impediscono una valutazione autonoma della colpa: «l'evento di danno ai familiari sarebbe messo in conto all'autore in base ad una valutazione "allargata" della colpa commessa nei confronti di un altro soggetto, titolare del bene (vita) protetto dalla regola di condotta violata[...]: valutazione compiuta *ex post* dal giudice assumendo a referente l'elemento soggettivo di un'altra fattispecie e con ampio margine di arbitrio». In definitiva, prosegue sempre la Corte, «non di responsabilità inquadrata nell'art. 2043 si tratterebbe, ma di responsabilità oggettiva per pura causalità», mentre «l'assolutezza del diritto alla salute non consentirebbe limiti alla sfera dei soggetti legittimati alla pretesa di risarcimento». Proprio perché si colloca fuori dallo schema dell'art. 2043 la risarcibilità del danno ai congiunti ha bisogno di un'espressa previsione, «atta a neutralizzare che tale tutela si trova, oltre i confini propri della responsabilità». Tale previsione è costituita dall'art. 185, 2 co. c.p. che prevede espressamente la risarcibilità del danno non patrimoniale al soggetto danneggiato da un fatto illecito costitutivo di reato il quale, secondo la precisazione fornita da Cass. 23 aprile 1998, n. 4186 non coincide necessariamente con la persona offesa dal reato ma può riguardare anche un altro soggetto per la natura del rapporto che li unisce talmente stretto da giustificare l'assoggettamento a un unico destino giuridico. Mentre l'interpretazione restrittiva dell'art. 2059 in relazione all'art. 185 c.p., limitata al solo danno morale, «non regge alla prova dell'argomento pratico dell'irrazionalità di una decisione che nelle conseguenze dello shock psichico patito dal familiare discerna ciò che è soltanto danno morale soggettivo da ciò che incide sulla salute, per ammettere al risarcimento solo il primo». E però, fuori da

Con riguardo ad essi si tratta anzitutto di accertare una responsabilità, cioè la nascita di una autonoma obbligazione risarcitoria, rispetto alla quale soltanto si porrà... una questione di applicazione dell'art. 1223».

casi previsti dalla legge, quando manca una norma che esplicitamente preveda la risarcibilità del danno non patrimoniale, il problema dell'estraneità del c.d. danno riflesso ai congiunti al modello dell'art. 2043 si ripropone, sia sotto il profilo dell'ingiustizia del danno, sia sotto quello della causalità/prevedibilità dell'evento. Non si avvede di ciò la Cassazione, nel momento in cui, proprio sulla falsariga del danno da perdita del rapporto parentale, ammette al risarcimento il nascituro per il danno cagionatogli indirettamente dal comportamento negligente del medico che, omettendo di eseguire test genetici richiesti dalla madre, avrebbe impedito a quest'ultima di esercitare l'interruzione di gravidanza, ledendo il proprio diritto all'autodeterminazione e cagionando, di conseguenza, la nascita e dunque l'evento dannoso in capo al nascituro. E però, anche prescindendo per il momento da ogni considerazione sulla qualificazione in termini di ingiustizia dell'evento di danno in capo al nascituro, se il risarcimento del danno alla salute o del danno morale ai congiunti quando il fatto illecito costituisce reato discende dall'espressa previsione dell'art. 185 che costituisce uno dei casi previsti dalla legge, a prescindere da un giudizio di colpevolezza, onde è sufficiente accertare, alla stregua delle ipotesi di responsabilità oggettiva, che l'evento di danno rientra tra quelli che la legge accolla ad un soggetto, non altrettanto può dirsi quando, fuori dai casi previsti dalla legge, la tutela della persona non può attuarsi se non con la mediazione della responsabilità civile e occorre allora verificare se ricorrano tutte le condizioni alle quali il risarcimento è subordinato dall'art. 2043.

A lasciare perplessi è però già l'estrema disinvoltura con cui la Corte qualifica la condotta del medico in termini di negligenza, potendosi perlomeno a prima vista dubitare del suo inadempimento rispetto agli obblighi di informazione, posto che l'età precoce della gestante e l'assenza di familiarità per le più comuni malattie genetiche non avrebbero suggerito di sottoporre automaticamente la paziente ad esami invasivi, peraltro, non privi di rischi. Ad una soluzione positiva si giunge, tuttavia, riflettendo attentamente sugli obblighi di informazione i qua-

li, nella misura in cui sono funzionali al corretto esercizio del consenso informato⁴³ quale conferimento di un potere di decisione a un soggetto in ordine all'esercizio della sua attività, si determinano sulla base di un dialogo costante tra il medico e il paziente – la cosiddetta alleanza terapeutica – al fine di mettere in risalto anche le finalità prettamente soggettive che il paziente si attende; e ciò specie quando, come nel caso di specie, mancano procedure standardizzate cui riferirsi per parametrare la propria prestazione. In tal senso l'informazione non solo è premessa ineludibile per l'esercizio del diritto all'autodeterminazione ma, nella misura in cui contribuisce a definire in modo essenziale il contenuto dell'obbligazione, a tal punto da identificarne la stessa prestazione, anche per l'insorgere della responsabilità. E a tal fine si rivela decisiva l'esplicita manifestazione di volontà, disattesa, della donna di conoscere le anomalie genetiche del nascituro a tal punto da condizionarne all'esito l'eventuale scelta di interruzione della gravidanza. Di conseguenza, il medico avrebbe dovuto correttamente prospettare l'intero ventaglio di possibilità diagnostiche, doppiamente funzionali al conseguimento della massima certezza possibile riguardo alla salute fetale, nonché all'eventuale esecuzione di un intervento abortivo; per contro l'informazione relativa al solo *tritest*, peraltro incompleta riguardo al grado di attendibilità, rappresenta un comportamento negligente tale da costituire sicuramente fonte di inadempimento. Accertata la responsabilità del medico, quantomeno rispetto alla violazione degli obblighi di informazione, una volta esclusa la validità di un ragionamento che pretenda di fondare la responsabilità risarcitoria *ex art. 2043 c.c.* in via indiretta, se la lesione di un diritto costituzionalmente protetto alla persona vi è stato, questo dovrebbe costituire diretta conseguenza del comportamento assunto come fonte

⁴³ C. Castronovo, *Il negozio giuridico dal patrimonio alla persona*, in *Eur. dir. priv.*, 2009, 102 colloca il consenso informato in quel raggio di azione delimitato dall'art. 32, 2 co. Cost. che vieta qualunque trattamento sanitario obbligatorio contrario al rispetto della persona umana e dall'art. 5 c.c., interpretato in chiave evolutiva, non più come strumento di attribuzione ad altri di un proprio diritto, ma come conferimento di un potere di decisione a un soggetto, previo adempimento dell'obbligo di informazione, il quale tuttavia non ne diventa titolare.

primaria della responsabilità, al fine di rilevare come autonomo evento di danno lesivo di una situazione giuridica soggettiva autonoma. Ma è proprio la difficoltà di rintracciare un evento di danno che sia frutto della lesione di una situazione giuridica soggettiva e che sia inoltre causalmente riconducibile al medico, secondo un nesso causale, a costituire un ostacolo insuperabile alla configurabilità di una responsabilità in capo a quest'ultimo. E che dall'evento di danno non si possa prescindere, perlomeno in ambito extracontrattuale, lo dimostra il fatto che è proprio da questo, isolato all'interno della sequenza causale, che si deve partire per attribuire la responsabilità ad un soggetto, mediante quella che viene generalmente e impropriamente definita causalità del fatto, e delimitare le conseguenze dannose di cui è chiamato a rispondere, mediante l'ulteriore segmento della catena causale, anch'esso impropriamente definito come causalità giuridica.

4.- Una distinzione quella tra causalità materiale e giuridica che si rivela insostenibile già sul piano linguistico, considerato che la causalità è sempre giuridica – anche la cosiddetta causalità materiale – si presenta come un procedimento puramente logico-teorico, inesistente in natura,⁴⁴ attraverso cui procede il diritto, al pari della scienze naturali, collegando un prima e un dopo. Non soltanto: la causalità è giuridica non solo come procedimento logico di collegamento tra un azione e un evento dannoso proprio del diritto ma come qualificazione che di questo collegamento logico il diritto fa in funzione del giudizio di responsabilità⁴⁵. Il diritto non opera al pari delle altre scienze natu-

⁴⁴In questo senso F. Realmonte, *Il problema della causalità nel risarcimento del danno*, Milano, 1967, 113 riconosce che: «Il nesso di derivazione causale non costituisce un legame esistente in *rerum natura* che possa, come tale, formare oggetto di esperienza; da questa, invece, è possibile rilevare esclusivamente la successione cronologica di determinati eventi. L'intelletto umano, poi, constatando che tra i fenomeni osservati ve ne sono alcuni i quali costantemente seguono altri, giunge a formulare una proposizione generale, che può essere definita «causale», in cui a questi ultimi viene attribuito il valore di causa e ai primi il valore di effetti. La causalità cioè non è altro che una forma della nostra conoscenza, un modo particolare con cui la mente umana collega i dati dell'esperienza tra loro».

⁴⁵Afferma C. Castronovo, *Danno biologico*, cit., 206 che è noto a tutti che «il discorso cau-

rali, limitandosi a dare rilevanza a qualsiasi sequenza causale di cui si dimostri l'esistenza sul piano logico-naturalistico, ma lo rende giuridicamente rilevante in funzione del giudizio di responsabilità. Tuttavia, secondo la dottrina maggioritaria, si distinguerebbe, se non un duplice nesso, una duplice funzione del nesso causale, l'una, la cosiddetta causalità del fatto, volta ad identificare il soggetto responsabile dell'evento di danno⁴⁶; e l'altra, la causalità dell'evento, volta a limitare le conseguenze dannose ulteriori che da quel determinato evento si producono.

Occorre evitare un equivoco assai radicato in passato, favorito, certo, dall'ambigua formulazione della norma che parla di conseguenze in riferimento alla perdita e al mancato guadagno, secondo cui il secondo nesso causale – la c.d. causalità giuridica – sussisterebbe tra l'e-

sale è di per sé pre-giuridico, in quanto naturalistico-cognitivo, ma altresì che la questione "giuridica" della causalità, quella cioè dei termini secondo cui il rapporto di causalità diventa elemento costitutivo del giudice di responsabilità, attiene alla elaborazione di criteri propriamente giuridici volti a qualificare un dato che, fino a quando non interviene tale qualificazione, rimane del tutto neutro».

⁴⁶ Sulla duplice funzione del nesso causale G. Gorla, *Sulla cosiddetta causalità giuridica: «fatto dannoso e conseguenze»*, in *Riv. dir. comm.*, 1951 spec. 409; Realmonte, *Il problema*, cit., 154 afferma: «[...] non si tarda a scorgere il duplice significato del nesso causale a seconda degli eventi con riferimento ai quali sia accertata la sua esistenza: di stabilire se i danni subiti dal patrimonio del danneggiato possono essere trasferiti, attraverso lo strumento dell'obbligo a carico di un soggetto diverso e, conseguentemente, di individuare quest'ultimo, da un lato, e di determinare il contenuto dell'obbligazione risarcitoria, dall'altro». Sulla validità della distinzione M. Franzoni, *L'illecito, Trattato della responsabilità civile* diretto da M. Franzoni, Milano, 2004, 57 il quale afferma che «Una cosa è impiegare la causalità al fine di imputare un evento ad un soggetto [...]: qui si deve rispondere alla domanda: chi è stato a commettere l'illecito?; altra cosa è impiegare la causalità per stimare il danno risarcibile, in altre parole per determinare la rilevanza delle conseguenze economicamente sfavorevoli dipendenti da quell'evento di danno: qui si deve rispondere alla domanda: quanto deve pagare il responsabile?». Ma v. pure C. Salvi, *La responsabilità civile*, in *Tratt. dir. priv.*, a cura di G. Iudica e P. Zatti, Milano, 1998, 223 s. il quale, pur con notevoli perplessità, rimane ancorato alla distinzione. In senso contrario alla distinzione A. Belvedere, *Causalità giuridica?*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, 7 s; R. Scognamiglio, *Responsabilità civile*, in *Responsabilità civile e danno*, Torino, 2010, 76 il quale, a proposito della duplicazione del rapporto di causale, parla di artificio logico, fonte di grossi equivoci e riconosce che «il rapporto di causalità rilevante non può che essere uno, quello che si pone tra la fattispecie soggettiva ed il danno, considerato come un evento terminale».

vento lesivo e il danno⁴⁷, essendo ormai chiaro che il danno non è un evento, «una realtà del mondo esteriore che si aggiunga all'evento naturalistico e dal quale possa dirsi causato», ma, eccezion fatta per l'inadempimento, una qualificazione economica di tale evento⁴⁸, onde le conseguenze, alle quali fa riferimento l'art. 1223, non sono fatti, rispetto ai quali esclusivamente ha senso porsi, anche sul piano semantico, un problema di causalità, bensì la traduzione patrimoniale di essi. E i criteri dell'immediatezza e dirittura, rimandando pur sempre a valori e non a fatti, non sono indicativi di un criterio di regolarità causale ma di una valutazione da formulare secondo un criterio tipologico come risulta dalla traduzione che di esse si fa nel canone della normalità. Il giudizio di normalità poi, da formularsi nel momento in cui si è verificato l'evento lesivo (impropriamente anche l'inadempimento), si riferisce alla probabilità di verificazione di certe conseguenze «alla stregua di massime di comune esperienza, del senso comune», escludendo la responsabilità per quelle conseguenze dannose che, pur combinandosi con eventi eccezionali, il che, sia detto per inciso, evita qualunque sovrapposizione col discorso della regolarità causale, non rappresentano ripercussioni normali e tipiche dell'inadempimento o

⁴⁷ Ricorda G. Smorto, *Il danno da inadempimento*, Padova, 2005, 90 che «Nel dibattito sulla limitazione del risarcimento alle sole conseguenze immediate e dirette sull'interpretazione da dare all'art. 1223[...] due posizioni si sono storicamente contese il campo: un primo orientamento, espressione di scuole concettualistiche, che legge la norma in chiave di causalità giuridica [A. De Cupis, *Il danno. Teoria generale della responsabilità civile*, I, Milano, 1979, 213 s.; C. M. Bianca, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, in *Commentario codice civile* Scialoja-Branca, Bologna-Roma, 1989, 251 s, n.d.a]; un secondo, riflesso di correnti antiformalistiche, che vi rinviene un limite all'area del danno risarcibile [Gorla, *Sulla cosiddetta causalità giuridica*, cit., 405 s.; Realmonte, *Il problema del rapporto di causalità*, cit., 169 n.d.a]».

⁴⁸ In tal senso Realmonte, *Il problema*, cit., 89 s.; e pure C. Castronovo, *Il risarcimento*, cit., 88. La scorrettezza linguistica appare evidente se riferita al danno emergente, vale a dire alla perdita corrisponde all'evento naturalistico imputato a titolo di responsabilità, che altro non ne rappresenta se non una traduzione in termini economici; mentre, acquista un significato se riferita ai pregiudizi ulteriori, primo tra tutti il c.d. lucro cessante, che appaiono concettualmente ma anche cronologicamente distinti dall'evento naturalistico. Con la precisazione però che essi rappresentano pur sempre la qualificazione negativa di altrettanti eventi, distinti rispetto a quello oggetto di dolo o colpa, rispetto ai quali soltanto si pone un problema di causalità.

dell'evento dannoso⁴⁹. L'unica alternativa che consentirebbe di attribuire un significato causale all'art. 1223 sarebbe quella di riferire il danno a quegli eventi ulteriori e distinti dall'evento lesivo (il primo), ma che di questo sono «conseguenza immediata e diretta», giustificando così il ricorso ad un linguaggio causale che altrimenti sarebbe fuori luogo se riferito al rapporto tra l'evento lesivo e il danno ad esso intrinseco. Nella responsabilità contrattuale l'art. 1223 va necessariamente integrato col criterio della prevedibilità di cui all'art. 1225 e fornisce un criterio di selezione dei danni risarcibili tutto ripiegato sul piano dell'obbligazione, onde risulta risarcibile «il danno che ha nel singolo inadempimento il suo presupposto secondo una serie causale normale anche nel senso di: danno normativamente imputabile a quel singolo inadempimento in relazione al titolo del rapporto»⁵⁰. Del resto, se la normalità o meno della conseguenza va valutata con riguardo alla connessione con l'inadempimento è proprio il criterio della prevedibilità che impone la congruità tra il piano dell'obbligazione e quello del risarcimento a fornire la misura di tale connessione. Ne ri-

⁴⁹ Realmondo, *Il problema*, cit., 203 s.; G. Visintini, *Trattato breve della responsabilità civile. Fatti illeciti. Inadempimento. Danno risarcibile*, Padova, 2005, 680 s.

⁵⁰ Breccia, *Le obbligazioni*, cit., 641. In questo senso anche A. di Majo, *Responsabilità contrattuale. Modello e rimedi*, Torino, 2002, 120-121 il quale ritiene che la specificità del danno contrattuale è tale da rendere insufficiente, ai fini dell'esatta delimitazione del danno risarcibile, il solo nesso di causalità: «Volendo dunque tenere conto di tale specificità, occorre prendere le mosse dal piano degli interessi in esso dedotti e dalle probabili implicazioni che la loro irrealizzabilità e/o inattuazione porta seco[...] con riguardo al danno contrattuale, occorre più propriamente guardare al piano degli interessi dedotti nel contratto, e mediati dalla previsione delle parti, per farvi dunque rientrare tutti quegli eventi, anche dannosi, che rientrano in tale «piano», escludendo in tal modo quei danni che hanno un legame solo occasionale con il contratto». Proprio l'ancoraggio al piano degli interessi consente di determinare con esattezza il contenuto del risarcimento, onde risulta pienamente coerente il riferimento che la norma opera al «tempo in cui è sorta l'obbligazione»; ne risulta smentita la necessità di doversi riferire al momento in cui si pone al debitore la scelta tra esatto adempimento e inadempimento (così C. Turco, *Brevi considerazioni sul principio di prevedibilità del danno come profilo distintivo fra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1987, 93 s) in virtù di una maggiore consapevolezza del debitore circa il contenuto della propria obbligazione, dal momento che gli interessi implicati nel rapporto risultano già chiaramente prevedibili al momento dell'assunzione dell'obbligazione.

sulta in ogni caso confermato che l'art. 1223 non può rappresentare un aspetto della funzione intellettuale della causalità, ma esprime esclusivamente un criterio di delimitazione dei fatti già allocati lungo una sequenza causale. Se così è, però, il linguaggio causale adottato dalla norma, se si rivela inadeguato rispetto alla responsabilità contrattuale poiché della causalità del fatto non si trova la base reale dato che l'inadempimento non è un evento ma una qualificazione di fatti, quantomeno rispetto al danno da aspettativa irrealizzata, mentre rispetto ai danni ulteriori un problema di causalità si pone, ma di c.d. causalità del fatto; applicato alla responsabilità extracontrattuale, conduce alla innaturalità di spezzare in due l'unico segmento causale che si diparte dal fatto imputabile e sul quale si innesta il diverso problema, estraneo alla causalità, di stabilire fino a quali eventi il danneggiante è chiamato a rispondere. Ha ragione allora quella dottrina che riconosce come di causalità si possa parlare, in senso proprio, solo con riferimento alla *condicio sine qua non* mentre per quanto riguarda la causalità giuridica essa apparterebbe a quelle teoriche in cui «il discorso causale viene corretto da un punto di vista tutto estraneo alla causalità, in funzione del giudizio di responsabilità»⁵¹. Sicché *condicio sine qua non* e causalità adeguata sarebbero non alternative ma andrebbero coniugate perché l'una reggerebbe il segmento che va dal fatto imputabile all'evento dannoso, mentre l'altra l'ulteriore segmento che dall'evento lesivo si diparte fino agli eventi dannosi ulteriori. Resta sullo sfondo, ma implicito, il differente piano di operatività dell'una e dell'altra; rispettivamente l'accertamento del nesso causale e la qualificazione del nesso causale. Nella responsabilità extracontrattuale, a differenza di quella contrattuale poi, a fungere da criterio di delimitazione delle conseguenze risarcibili starebbe solo l'art. 1223, stante l'inapplicabilità dell'art. 1225 per la volontà, espressa dalla Relazione al codice (801), di voler escludere una commisurazione del risarcimento del danno al grado della colpa; assenza, peraltro, argomentata dalla dottrina, sul presupposto della differente struttura delle due forme di responsabili-

⁵¹C. Castronovo, *Sentieri di responsabilità civile europea*, in *Eur. dir. priv.*, 1998, 819.

tà, sicché, proprio l'assenza di un precedente vincolo tra le parti renderebbe non trasponibile, in ambito extracontrattuale, la regola della prevedibilità del danno. Infatti volendo applicare la regola della prevedibilità anche all'ambito extracontrattuale ci si dovrebbe riferire, non al tempo in cui è sorta l'obbligazione ma al momento in cui è stata commessa l'azione, introducendo, così, di fatto, un conflitto, tra il criterio dell'ordinarietà, espresso appunto dall'art. 1223, e quello della prevedibilità dell'art. 1225, dal momento che, com'è noto, non ogni conseguenza ordinaria è sempre prevedibile. D'altro canto ritenere che il danno imprevedibile possa essere risarcito anche quando l'azione non sia qualificata dal dolo significa aderire ad una concezione sanzionatoria della responsabilità aquiliana, laddove una visione corretta nella chiave soprattutto preventiva fa ritenere ragionevole risarcire solo quel danno che non si sarebbe potute evitare perché prevedibile⁵². Inoltre, secondo la migliore dottrina, il mancato richiamo dell'art. 1225 non dovrebbe indurre un ragionamento *a contrario* che faccia intendere la limitazione alle sole conseguenze prevedibili come riferito solo alla responsabilità contrattuale ma paleserebbe unicamente la necessità di dotare la responsabilità extracontrattuale di una regola sua propria che deve essere trovata dall'interprete, certamente di eguale contenuto; dunque non applicabilità dell'art. 1225 che ancora la risarcibilità al momento dell'assunzione dell'obbligazione, ma una prevedibilità che si aggrega necessariamente al criterio di imputazione in una regola di responsabilità che prevede il risarcimento di quei danni risultanti dal fatto qualificato dal criterio di imputazione e dai fatti conseguenti secondo un criterio di adeguatezza causale: salvo che ricorra una condotta dolosa, sono risarcibili i danni prevedibili al momento in cui il fatto imputabile si è verificato. Del resto poiché il crite-

⁵²Così C.Castronovo, *La nuova responsabilità*, cit., 594; Id., *Il risarcimento del danno*, cit., 94. Si esprimono, inoltre, in favore dell'estensibilità della norma anche ai danni da fatto illecito *ex art. 2043*: G. Visintini, *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale (Una distinzione in crisi)*, in *Rass. dir. civ.*, 1983, 10844; P. Cendon, *Il dolo nella responsabilità extracontrattuale*, Torino, 1976; Id., *Danno imprevedibile e illecito doloso*, in *Risarcimento del danno contrattuale ed extracontrattuale*, a cura di G. Visintini, Milano, 1999.

rio dell'ordinarietà rende risarcibile le conseguenze che costituiscono la realizzazione di rischi connessi con gli eventi ingiusti che a loro volta rappresentano rischi che il criterio di imputazione mirava ad evitare non sembra che residuino ragioni ulteriori per interrompere il nesso causale al primo evento di danno: occorre infatti che il rischio sia perdurato senza soluzione di continuità dal momento dell'azione fino a quello dell'evento. L'idea, dunque, secondo la quale *condicio sine qua non* e causalità adeguata siano due momenti complementari andrebbe meglio precisata nel senso che mentre la prima costituisce l'unico criterio per accertare un collegamento causale tra la condotta e gli eventi successivi, fino a quello terminale, la causalità adeguata vi si sovrappone per delimitare quali di questi eventi siano prevedibili e dunque imputabili al danneggiante. Né a tal fine sembra necessario dover distinguere il criterio della prevedibilità dell'evento da quello della prevedibilità del danno e ciò specie se della colpa si dà un'interpretazione oggettiva, com'è ormai pacifico nella dottrina penalistica, nel senso di adeguatezza o meno del comportamento da verificare tramite il confronto con un'infinità di comportamenti ideali o di programmi d'azione. Se però la causalità adeguata implica un giudizio di prevedibilità riconducibile al criterio di imputazione ed essa si sovrappone all'accertamento del nesso causale, ne risulta compromessa la possibilità di continuare a concepirlo come momento autonomo e distinto dal primo di fronte al problema del fatto interruttivo che non a caso, autorevole dottrina, ritiene aver accorciato⁵³ le distanze tra la *condicio sine qua non* e la causalità adeguata, avendo introdotto un criterio di valutazione della causalità *ex ante* fondato su giudizi di valore, volto ad escludere il carattere di antecedente causali a quelle condizioni necessarie ma non sufficienti: se si considera interrotto il nesso causale laddove l'evento non era prevedibile, di fatto la *condicio sine qua non* finisce per coincidere con la causalità adeguata. La confusione può essere evitata, semplicemente collocando correttamente il problema del fatto interruttivo, non sul piano astratto dell'accertamento della causalità, bensì su quello diffe-

⁵³ C. Salvi, *La responsabilità civile*, cit., 229-230.

rente della qualificazione del rapporto causale nel caso concreto. Né la conferma di una presunta confusione dei piani può essere ricavata dall'abbandono della causalità naturalistica in favore di una causalità soltanto probabile, una scelta dalla quale esce unicamente avvalorata l'idea che la causalità non attinge quella certezza che si riteneva discendesse come corollario dal positivismo scientifico ma soltanto un grado più o meno ampio di probabilità. Declinata in termini probabilistici, la causalità continua ad assolvere al ruolo tradizionale della causalità ma non è più causalità bensì, com'è stato detto, un criterio ideale di collegamento tra fatti che mima il discorso causale ma, invece di accertare il collegamento, lo considera "come se" in base ad una valutazione di opportunità, che non è l'esito di una ricognizione puramente naturalistica, bensì un giudizio squisitamente orientato alla soluzione del problema di responsabilità⁵⁴. Ne risulta confermata la distinzione tra il criterio di imputazione e la verifica del rapporto causale,⁵⁵ come due momenti differenti, l'uno in astratto, l'altro in concreto e che rimandano a due valutazioni differenti, l'una di rispetto di un canone astratto di comportamento, l'altro di verifica della frequenza dell'accadimento di certi eventi, sebbene non sia difficile constatare più di una zona di interferenza, nella quale i due criteri operano congiuntamente e possono condurre ad esiti analoghi. Ad esempio, se la possibilità di collegare, causalmente, un evento (malattia) alla condotta di un soggetto secondo l'accertamento probabilistico è molto alta, prossima alla certezza, non per questo l'evento lesivo può risultare certamente prevedibile da parte dell'uomo di media diligenza; mentre, il medesimo evento, altamente probabile, non può che rivelarsi pure altamente prevedibile se come punto di riferimento si prende la condotta del medico; tant'è vero che, nell'ambito dell'agire professionale, ben può

⁵⁴ C. Castronovo, *Sentieri di responsabilità*, cit., 813.

⁵⁵ In questo senso Salvi, *La responsabilità civile*, cit., 230: «In ogni caso, il profilo della causalità rimane distinto da quello della colpa. L'accertamento della seconda concerne la difformità del comportamento da una regola o standard, e consente di definire il "tipo" di evento che la regola mirava a prevenire. Il giudizio causale subentra per stabilire se un evento di quel tipo si sia concretamente prodotto come conseguenza della condotta».

dirsi che la probabilità sia assorbita dall'adozione di quelle regole cautelari alla quale il medico è tenuto, sicché si rivela sufficiente accertare la negligenza della condotta per risolvere il giudizio di responsabilità. Ad esserne invece smentiti sono quei tentativi⁵⁶ di accantonamento del nesso causale, formulati a partire dalle ipotesi di responsabilità oggettiva, dove, per la mancanza di una condotta di un agente candidato alla responsabilità il criterio di imputazione non solo fornisce la ragione giustificativa del perché un evento è posto a carico del soggetto, ma è decisiva ai fini dell'individuazione stessa della sequenza causale rilevante sicché, trattandosi semplicemente di appurare se il fatto che si è verificato appartiene o meno alla serie di quelli che il criterio di imputazione ascrive a una certa sfera soggettiva per il loro semplice accadere⁵⁷, onde parlare di nesso di causalità significa ripercorrere le orme già tracciate dal criterio di imputazione; quanto basta per riconoscerne l'inutilità. E però tale dottrina, estendendo tale giudizio anche alle ipotesi di responsabilità soggettiva, incorreva nell'errore di ritenere l'accertamento del nesso causale analogo nelle due specie di responsabilità⁵⁸, laddove, mentre «nella responsabilità per colpa quest'ultima è richiamata dal rapporto causale e ad esso si aggrega, nella re-

⁵⁶La sovrapposizione del criterio di imputazione al requisito del nesso causale è tale, nelle ipotesi di responsabilità oggettiva, da rendere effettivamente dubitabile l'utilità del suo accertamento (così ad esempio G. Calabresi, *Concerning causae and the law of torts*, «Univ. Chi. L. Rev.», 1975, 43, 69 s, di cui dà conto C. Castronovo, *Diritto privato generale e diritti secondi*, cit., 164 s. il quale pure ritiene 166, nt. 16 che di funzione autonoma del nesso causale si possa parlare solo nella responsabilità soggettiva). Se il criterio di imputazione non reagisce sul nesso di causalità già individuato astrattamente, dandone una valutazione in concreto, ma opera come criterio di individuazione degli elementi tra i quali deve ricorrere un rapporto di causalità ai fini del giudizio di responsabilità è evidente che di accertamento della causalità in concreto rimane ben poco, dovendosi in realtà semplicemente appurare che l'evento che si è verificato appartenga o meno a quelli che il criterio di imputazione attribuisce ad un soggetto per il loro semplice accadere.

⁵⁷Così C. Castronovo, *Diritto privato generale e diritti secondi*, cit., 165; passaggio testualmente ripreso anche in *La nuova responsabilità*, cit., 341.

⁵⁸Sulla differente funzione del nesso di causalità nella responsabilità oggettiva e in quella soggettiva C. Castronovo, *La nuova responsabilità civile*, cit., 336 s., Id., *Diritto privato generale e diritti secondi. Responsabilità civile e impresa bancaria*, in *Jus*, 1981, 164 s.

sponsabilità oggettiva è il criterio di imputazione che, per così dire, sceglie il rapporto di causalità da rendere rilevante»⁵⁹. Ed infatti più che delimitare l'autonomia del discorso sulla causalità, lasciando il criterio di imputazione solo a decidere della responsabilità, occorre ipotizzare un legame più complesso tra la condotta e il danno che renda entrambi gli elementi necessari ma non autosufficienti, quale potrebbe essere il «nesso di antiggiuridicità», qui declinato però in un'accezione nuova, non come legame specifico tra una condotta e la sua conseguenza dannosa, nel senso che questa rappresenti proprio ciò che la norma violata intendeva evitare, ma come elemento di sintesi degli elementi della fattispecie che, presi per sé, rischiano, ciascuno, di non fornire adeguata giustificazione al giudizio di responsabilità. Il diverso atteggiarsi della regola risarcitoria riflette la diversità insuperabile di struttura⁶⁰ che connota le due diverse responsabilità più forte dell'unicità che il danno come differenza potrebbe significare; l'obbligazione risarcitoria nella responsabilità contrattuale ha come obiettivo, infatti, quello di soddisfare l'aspettativa del creditore, di procurargli cioè, sia pure per equivalente, la stessa utilità che gli sarebbe pervenuta per il tramite della prestazione originaria, comprensivo del risarcimento sostitutivo della prestazione (danno emergente) e delle utilità ulteriori che dalla prestazione il creditore avrebbe ottenuto (lucro cessante, tipico esempio di danno consequenziale), nonché dei pregiudizi ulteriori al patrimonio o alla persona da violazione degli obblighi di protezione. In ogni caso, la preesistenza di un rapporto obbligatorio, sia pur attivato in presenza dei soli obblighi di protezione, rende determinabile (prevedibile) *apriori*, al momento del sorgere dell'obbligo, il danno risarcibile. Diversamente nella responsabilità extracontrattuale dove, di regola, il risarcimento consiste, in aderenza alla funzione di tutela statica e non dinamica del patrimonio, nel riparare ad un danno che rappresenta la qualificazione in termini economici di un evento le-

⁵⁹ C. Castronovo, *La nuova responsabilità*, cit., 341.

⁶⁰ Sulla diversità di struttura tra le due specie di responsabilità v. Piraino, *Adempimento*, cit., 648; C. Castronovo, *Il risarcimento del danno*, cit., diffusamente; L. Nivarra, *I rimedi specifici*, in *Eur. dir. priv.*, 2011, 157 s.

sivo conseguente alla lesione di una situazione giuridica soggettiva, onde dei danni ulteriori (ulteriori che dall'evento lesivo discendono) si risponde soltanto se al momento del fatto da cui scaturisce la responsabilità siano sembrati non inverosimili e tali che un osservatore medio se li potesse aspettare (c.d. causalità adeguata). Della diversa funzione che il risarcimento del danno riveste nella responsabilità extracontrattuale è un indice spesso trascurato l'art. 2056, 2 co., che esclude il risarcimento del lucro cessante ma ne rimette la liquidazione all'equo apprezzamento del giudice onde se è vero che la sempre maggiore attitudine dei beni a essere resi funzionali oltre il puro godimento da parte del proprietario non poteva restare fuori dal fuoco della risarcibilità, anche della responsabilità extracontrattuale, è anche vero che ciò non può significare assimilazione, anche sul piano risarcitorio, tra le due responsabilità.

Giunti a questo punto, volendo trasferire il discorso causale dal piano astratto, al qual lo si è finora ricondotto, a quello dell'accertamento in concreto, ci si avvede di come esso sia uno dei profili più lacunosi dell'argomentazione della Corte, difettando, prima ancora che la qualificazione del danno in termini di ingiustizia, proprio la sua esatta individuazione ai fini del giudizio causale. È necessario procedere per gradi. La Corte, nel criticare la decisione francese, esclude l'identificazione del danno nella malformazione in sé considerata⁶¹. L'evento di danno, come valutazione differenziale si concepisce unicamente nel raffronto tra un prima e dopo, anche ipotetico, valutazione che però nel caso concreto sarebbe difficile compiere. Se a seguito dell'inadempimento del medico il bambino è nato affetto da una malformazione dovrebbe dimostrarsi, attraverso un giudizio ipotetico, necessariamente *ex post*, che qualora, invece, il medico avesse assunto un

⁶¹Cass. 16754/2012, cit., 7.4.: «Si sono correttamente sostenute, in proposito, tanto la irrilevanza di un nesso causale tra l'omissione di diagnosi e la nascita - attesa la inconfigurabilità di quest'ultima in termini di evento dannoso -, quanto la inesistenza di tale nesso tra la condotta omissiva e l'handicap in sé considerato, atteso che la malformazione non è conseguenza dell'omissione bensì del presupposto di natura genetica, rispetto al quale la condotta del sanitario è muta sul piano della rilevanza eziologica».

comportamento diligente, il bambino sarebbe nato privo della malformazione. Qui l'accertamento della sequenza causale, pur essendo strutturato in negativo, come riflesso della causalità omissiva, e non in positivo, non conduce ad esiti differenti, dovendosi infatti dimostrare che il fenomeno negativo, il non aver informato adeguatamente la madre così da impedire il presunto esercizio del suo diritto all'autodeterminazione, abbia concorso a produrre l'evento della nascita malformata e che il medico, agendo diligentemente, avrebbe potuto evitare che l'evento dannoso si verificasse. Ma qui interviene l'impedimento causale, o il fatto interruttivo se si preferisce, posto che la malformazione è conseguenza non dell'omissione bensì del presupposto di natura genetica, rispetto al quale la condotta del sanitario è muta sul piano della rilevanza eziologica⁶². La dimostrazione si palesa già sul piano naturalistico, non dovendosi neppure accedere al piano dell'imputazione, dato che la prova dell'insussistenza del nesso causale si arresta alla constatazione della natura ereditaria della malattia. Del resto pare agevole constatare, formulando quel giudizio ipotetico a ritroso in cui si sostanzia la *condicio sine qua non*, che in assenza della condotta omissiva del medico non sarebbe stata la malformazione a non verificarsi ma la nascita stessa. Si potrebbe pensare, sulla scia della Corte ad un danno consistente nella «individuazione di sintesi della “nascita malformata”, intesa come condizione dinamica dell'esistenza riferita ad un soggetto di diritto attualmente esistente [...]»⁶³; non dunque alla malformazione in sé considerata, ma alla malattia nei suoi aspetti dinamici e funzionali, rilevante non sul piano naturalistico ma su quello ontologico-sociale. E tuttavia non meno difficoltoso sarebbe, in questo caso, l'accertamento del nesso causale; se infatti la frustrazione

⁶² Sul punto la stessa Cass. 16754/2012 sembra convenire, laddove afferma (ivi, 7.3.) che «la legittimità dell'istanza risarcitoria *iure proprio* del minore deriva, pertanto, da una omissione colpevole cui consegue non il danno della sua esistenza, né quello della malformazione di se sola considerata» che, riconosce correttamente, «non è conseguenza dell'omissione bensì del presupposto di natura genetica, rispetto al quale la condotta del sanitario è muta sul piano della rilevanza eziologica».

⁶³ Cass. 16754/2012, cit., 7.3.

delle potenzialità espressive della vita rappresenta una manifestazione prospettica della malattia, rientrano cioè nel suo cono d'ombra, risulta difficile che quello che non è accertato causalmente sul piano per così dire statico acquisti rilievo sul piano dinamico. Né ha senso pensare ad una divaricazione tra il piano della causalità naturalisticamente intesa, sul quale si evidenzia l'irrilevanza della condotta del medico rispetto alla malformazione, e il nesso di causalità giuridica, rispetto al quale invece «non si può negare che la condotta colpevole del medico è causa (anche se non naturalisticamente) del danno subito dal neonato»⁶⁴. A tale conclusione è possibile pervenire distinguendo a sua volta l'essere in un essere in concreto e in un soggetto di diritto: «come essere umano l'interessato è handicappato dall'origine, per ragioni naturali», dunque escluso dal piano della rilevanza causale, naturalisticamente intesa, mentre, «come soggetto di diritto è vittima di un pregiudizio, per effetto di una colpa altrui» ricostruibile mediante un nesso di causalità apprezzato in una dimensione esclusivamente giuridica⁶⁵. Ciò sulla base di una «decisa quanto strumentale finzione», che sembrerebbe evocare, a dire il vero, le esasperazioni formalistiche del positivismo, e che troverebbe fondamento nell'idea del diritto come «dimensione meta-reale del pensiero, nella quale le stesse categorie spazio/tempo si annullano o si modificano». Ma se è vero che il diritto presenta sempre un margine di astrazione rispetto alla realtà, il che ad esempio rende possibile la costruzione della persona giuridica, è

⁶⁴ G. Cricenti, *Il concepito e il diritto*, cit., 819.

⁶⁵ Ibidem. Tale tesi era già stata prospettata dalla dottrina francese in commento al noto affare Perruche. Cayla-Thomas, *Il diritto di non nascere*, cit., 108 immaginano un *double abstrait*; nel momento in cui nasce, l'enfant *est double*: «come essere vivente è *handicapé d'origine*, come soggetto di diritto è vittima di un pregiudizio». Il pensiero è efficacemente esplicitato dai due autori nella prefazione, laddove riconoscono che (ivi, 10): «Per accettare questa richiesta di indennizzo, bisogna in effetti distinguere, attraverso una finzione giuridica antica quanto il diritto, tra l'essere umano concreto, naturalmente handicappato per nascita, e la figura astratta della persona in senso giuridico, doppio astratto al quale sono attribuiti i diritti e rispetto al quale l'handicap può essere eventualmente qualificato come pregiudizio risarcibile, senza che ne risulti alcuna aporia ontologica né alcun crimine contro la vita. Per riconoscere un pregiudizio derivante dalla nascita, e dunque un diritto, bisogna che l'infermo e il soggetto di diritto siano due entità distinte...».

opportuno che tale divaricazione non sconfini nella negazione del dato naturale sino a stravolgerlo; così «il legislatore non può creare il rapporto di causalità, non può ritenere esistente un nesso causale là dove un tale legame è naturalisticamente da escludere»⁶⁶. Del resto e ancor prima del tutto priva di fondamento è la duplicazione dell'essere umano in un essere in concreto e in uno astratto e che, invece, esprime sempre un'unica individualità, tanto prima quanto dopo la nascita; quanto basta per legittimare quell'individuo a chiedere il risarcimento, sempre che ne siano accertati i presupposti, primo tra tutti il nesso causale che però non può dirsi certamente tale quando si privi il relativo giudizio del dato naturale e della spiegazione che le scienze fisiche ne forniscono, ricorrendo ad un'assolutizzazione della qualificazione giuridica che evidentemente rimane senza fondamento una volta privata di qualsiasi legame con la realtà. La reale portata della decisione sembra celarsi tra le pieghe del ragionamento della Corte: a ben vedere, infatti, gli aspetti dinamici della malformazione non sembrano esaurirsi nell'ambito della malattia e ciò è testimoniato dal riferimento ad una pluralità di situazioni giuridiche soggettive delle quali l'art. 32, contemplante il diritto alla salute ne è soltanto una, ma neppure la principale, stagliandosi su tutte l'art. 2 che tutela la persona nel suo complesso. Sorge perciò il sospetto che in realtà l'evento di danno cui la Corte intende riferirsi sia la vita diversamente abile nel complesso, o secondo l'espressione ruvida utilizzata, la vita handicappata. L'*escamotage* linguistico non appare allora persuasivo perché, a tacer d'altro, mentre la salute è qualificazione, sul piano naturale come su quello giuridico, della persona vivente, si rivela improprio richiamarla in un contesto nel quale è in questione la vita nella prospettiva della sua inesistenza: l'alternativa alla vita handicappata, al di là di qualsiasi infingimento è la non vita non una vita abile. Dire che si risarcisce il danno per una vita diversamente abile non è cosa diversa dal dire che si risarcisce il danno per la nascita malformata: la sostanza non cambia, l'evento di danno consistendo, alternativamente o nella vita handicappa-

⁶⁶ Realmonte, *Il problema della causalità*, cit., 84.

ta o nella nascita. Neppure in questo caso, tuttavia, la prova del nesso causale potrebbe dirsi scontata: è vero che la condotta del medico è *condicio sine qua non* della nascita ma lo è soltanto se si concepisce la scelta della donna come una facoltà il cui esercizio sarebbe condizionato alla corretta esecuzione della prestazione diagnostica del medico. A lasciare perplessi, ancor prima che la qualificazione in termini di ingiustizia, è l'automatismo⁶⁷, avvalorato dalla sussistenza di una vera e propria presunzione assoluta di una patologia materna che si istituisce tra l'attività diagnostica del medico, finalizzata proprio all'accertamento della malformazione, e l'esercizio del diritto all'aborto, senza alcun riferimento vincolante, se non mediante presunzione, allo stato di salute della gestante. E però, se non si scioglie preventivamente il nodo costituito dalla qualificazione giuridica dell'atto di richiesta di aborto che oscilla tra l'atto necessitato legislativamente consentito in presenza di un danno alla salute per la donna e l'esercizio del diritto soggettivo, non può dirsi integrato l'accertamento del nesso causale. Una tale incertezza non è ovviamente solo dogmatica, ma operativa e valoriale⁶⁸: ammettendo che la vita handicappata costituisca un evento dannoso che il medico, qualora avesse informato la donna della malformazione, consentendole di esercitare il suo diritto all'aborto, avrebbe potuto evitare, si legittima, nei fatti, ciò che, almeno nelle dichiarazioni si vorrebbe evitare, vale a dire l'aborto eugenetico. Nella trama della legge che la regola, l'interruzione della gravidanza, a differenza che nell'ordinamento francese, tuttavia, non può essere concettualizzata come oggetto di un diritto di libertà, alla stregua dell'autonomia privata, risultando piuttosto uno strumento posto a tutela del diritto alla salute, qualora rischi di essere compromessa dalla prosecu-

⁶⁷ Esprime perplessità sul punto E. Palmerini, *Nascite indesiderate*, cit., 199 la quale rileva che, dall'automatismo istituito tra l'accertamento della malformazione e l'esercizio del diritto di aborto «esce stravolto, per l'appunto, l'impianto razionale sotteso alla disciplina sull'interruzione di gravidanza che, proiettato sulla dinamica del rapporto obbligatorio che intercorre tra gestante e ginecologo, non consente di identificarne i contenuti nei termini riportati».

⁶⁸ Così si esprime P.G. Monateri, *Il danno al nascituro* cit., 64 il quale propende evidentemente per una soluzione che consenta alla madre di abortire liberamente aprendo la via anche all'aborto eugenetico.

zione della gravidanza o della nascita. Da cui consegue, logicamente, l'impredicabilità di un diritto all'aborto come diritto di libertà, o quale presupposto dell'ingiustizia del danno e ancor più, «in tale versione assoluta e sganciata dalla connessione con la salute, qualora intessuto in una trama contrattuale, nella giustificazione causale dell'atto o nella sfera dei motivi comuni alle parti»⁶⁹. In ogni caso, la soluzione accolta al di là dell'intento in sé pur meritorio di sollevare il soggetto dal disagio di cui è portatore, non è soddisfacente proprio quando ambisce la sussunzione nella cornice dell'illecito aquiliano, e ciò sia nell'apprezzamento degli elementi più neutrali, ma non per questo meno rilevanti, come il nesso di causalità, «sia nel confronto con il sistema e nella composizione degli interessi in conflitto che la clausola dell'ingiustizia del danno richiede»⁷⁰.

5.- Proprio l'onere della dimostrazione della nascita come evento dannoso, lesivo di un presunto diritto a non nascere se non sano, non risulta infatti assolto poiché se è vero che non tutte le obiezioni formulate negli anni della dottrina e della giurisprudenza si rivelano irresistibili, resta pur sempre insuperata l'obiezione principale fondata sull'inesistenza di un diritto di sindacare il valore di un'esistenza e di stabilire che essa ha una valenza peggiorativa rispetto all'alternativa del non nascere⁷¹. Un diritto che non spetta alla madre, attesa l'inesisten-

⁶⁹ E. Palmerini, *ibidem*.

⁷⁰ *Id.*, *Nascite indesiderate*, cit., 203.

⁷¹ La dimostrazione più articolata dell'inesistenza di un diritto a non nascere se non sano è contenuta in Cass. 29-7-2004 n.14488, *Nuova. giur. civ. comm.*, 2005 con nota di E. Palmerini, cit., la quale ne condivide solo in parte la motivazione. La critica, di ordine sostanziale, che ruota attorno all'inconsistenza di un interesse a non nascere è ben riassunta da questo passaggio: «[...] nell'assetto sistematico proprio del nostro ordinamento e riassunto dalla decisione resta precluso a chiunque di sindacare il valore di un'esistenza e di stabilire che essa ha una valenza peggiorativa rispetto all'alternativa del non esistere. Anche alla madre, la quale può decidere di abortire, per l'appunto, soltanto per salvaguardare la propria salute, cosicché le malformazioni del feto, che pure siano legate all'insorgenza di un rischio per il bene tutelato, non possono essere prese in considerazione autonomamente. Allo stesso modo il concepito, pur destinatario dei doveri di protezione generati dal contratto di prestazione professionale – se si accoglie l'ipotesi interpretativa suggerita dalla sentenza –, non può ottenere ristoro per la

za, almeno nella trama della legge, nel nostro ordinamento dell'aborto eugenetico, alla quale la facoltà di abortire è rimessa, in presenza di condizioni patologiche del feto esclusivamente per i riflessi pregiudizievole sul suo stato di salute, né, tantomeno spetta al figlio nei confronti del quale l'impegno del medico, ma prima ancora il rilievo giuridico che l'ordinamento gli attribuisce, è esclusivamente rivolto verso la nascita, o meglio verso una vita sana, ma sicuramente non verso il suo contrario. Peraltro, pure ammettendo che la procreazione sia svincolata dal riferimento alla salute della madre, comprendendo un interesse più ampio alla formazione della propria personalità sarebbe in ogni caso logicamente inammissibile un diritto a non nascere se non sano per la stessa ragione di incoercibilità della volontà della donna che varrebbe a contestare un presunto diritto a nascere, a meno di non concepire un obbligo, contrario a quello di portare a termine la gravidanza, di abortire, nel caso di insorgenza di una malformazione. Eliminare il vincolo alla salute non significa trasformare la sua libertà di scelta in un obbligo di segno contrario che ha ad oggetto l'aborto del figlio se affetto da una malformazione. Ancora una volta il suggerimento è a non confondere i diversi: l'interesse alla salute, che riguar-

violazione di un dovere mirante a prevenire la sua nascita, essendo anzi il regolamento di interessi tra la gestante e il medico rivolto a favorire l'evento contrario. A ciò deve aggiungersi che, qualora il regime di responsabilità applicabile fosse stato quello aquiliano, alla medesima conclusione si poteva arrivare attraverso il limite alla risarcibilità rappresentato dal predicato di ingiustizia del danno». La mancanza di un interesse giuridicamente rilevante è pure la critica che la stessa Autrice muove alla Cassazione in commento, E. Palmerini, *Nascite indesiderate*, cit., 202. In commento a Cass. 14488/2004 si segnalano anche G. Facci, *Wrongful life: a chi spetta il risarcimento del danno?*, in *Fam. e dir.*, 2004, 561 ss.; Id., *Il danno da vita indesiderata*, in *La responsabilità civile*, 2005, 254 s.; M. Gorgoni, *La nascita va accettata senza «beneficio d'inventario»?*, in *Resp. civ. e prev.*, 2004, 1349 s.; G. Feola, *Essere o non essere: la Corte di Cassazione e il danno prenatale*, in *Danno e resp.*, 2005, 379; A. Bitetto, *Il diritto a "nascere sani"*, in *Foro it.*, 2004, I, 3327; G. Paesano, *Brevi riflessioni su diagnosi prenatale, aborto eugenetico e diritto a nascere sano*, in *Dir. fam.* 2006, I, 985; E. Giacobbe, *Wrongful life e problematiche connesse*, e L. Famularo, *Il danno ingiusto della nascita*, in *Giust. civ.* 2005, 136 e 2405; A. Rizzieri, *La responsabilità del ginecologo per non avere accertato che il nascituro era affetto da patologia invalidante*, in *Resp. civ.* 2005, 590; M. Rossetti, *Danno da nascita indesiderata: la Suprema Corte mette i paletti*, in *Dir. giust.* 2004, 33, 8; E. Giovanardi, *Brevi note sull'ammissibilità del danno da "vita indesiderata"*, in *Giur. it.* 2005, 1152.

da il «come» della procreazione, esercitabile *erga omnes*, anche nei confronti della madre, dall'interesse alla vita o alla non vita, ossia dal «se» della procreazione rimesso all'esclusiva libertà della donna. In tal caso tanto per la vita quanto per la non vita, stante l'incoercibilità della «volontà procreatrice» non potrebbe parlarsi di un interesse, poi diritto, del nascituro, la cui tutela sarebbe rimessa alla madre, ma molto più correttamente di un diritto proprio della madre all'esplicazione della propria libertà di procreazione. Pure fondata è l'ulteriore obiezione di natura prettamente formalistica, formulata dalla Corte nel 2004, secondo cui il diritto a non nascere sarebbe un diritto adespota perché «a norma dell'art. 1 c.c. la capacità giuridica si acquista al momento della nascita, ed i diritti che la legge riconosce a favore del concepito (...) sono subordinati all'evento della nascita, ma appunto esistenti dopo la nascita». Dall'art. 1, co. 2 c.c. si evince, infatti, che i prodromi dei diritti che si manifestano prima della nascita⁷² abbisognano di quest'ultima perché il diritto possa dirsi, a sua volta, sorto: in specie il diritto al risarcimento relativo al danno che il nascituro abbia subito in questo stadio della sua formazione e che ha esito nella nascita trova i suoi presupposti prima della nascita ma può dirsi attribuito solo all'evento della nascita. Si avrebbe il paradosso logico, prima ancora che giuridico, di un diritto a non nascere solo dopo la nascita. La Cassazione prova però troppo nel momento in cui afferma che nella fattispecie il diritto di non nascere, fino alla nascita, non avrebbe un soggetto titolare dello stesso potendo invece il nascituro ben essere dotato di una soggettività relativa, mentre ha ragione quando afferma che con la nascita sarebbe definitivamente scomparso, ponendosi semmai la questione non di un diritto a non nascere ma di un diritto a morire. L'obiezione fa il paio con quella ulteriore, anch'essa di natura formale, ma con forti implicazioni sostanziali, fondata sul principio di non

⁷² In questo senso E. Palmerini, *La vita come danno?*, cit., 435, «In realtà il nascituro è dotato di una soggettività, sia pure relativa; e allorché lo si consideri centro di imputazione di situazione giuridiche che esprimono interessi basilari legati al sostrato biologico della persona, tra di esse può ben essere inclusa anche la pretesa esistenziale di cui si discute(...)»

contraddizione performativa⁷³, teorizzato da Apel⁷⁴ su un piano più strettamente linguistico e accolto da Habermas⁷⁵ anche nelle sue implicazioni etico-normative, come regola universale o trascendentale dell'agire comunicativo, secondo cui in capo ad ogni soggetto sussisterebbe un dovere linguistico di non dire niente che possa portarlo a rappresentare se stesso come inesistente o assente dal suo discorso. Tale principio nel discorso giuridico sarebbe ricavabile dall'art. 1 che, nel momento in cui subordina al momento della nascita il sorgere della capacità giuridica, nega la possibilità che tale capacità sia invocata contro il presupposto, la nascita stessa, che è presupposto giuridico e non naturalistico. Ciò vale ad escludere la possibilità di un diritto di non nascere se non sano che finirebbe per introdurre di fatto una contraddizione ineludibile tra il senso locutorio dell'enunciato e la forza illocutoria dell'atto: il bambino farebbe ricorso alla sua qualifica di soggetto di diritto sostanzialmente per negarla. Non sembrano condivisibili i rilievi critici formulati, l'uno fondato sulla confusione tra il piano descrittivo e quello prescrittivo⁷⁶, l'altro su una presunta «libertà eretica» dell'individuo di contrapporsi alla logica per cui «anche se l'etica della comunicazione non concepisce un significato dialogico se non “orientato verso l'intesa”, rimarrebbe il fatto che la manifestazio-

⁷³ Danno conto dell'obiezione, per poi criticarla, O. Cayla – Y. Thomas, *Il diritto di non nascere*, Milano, 2004, 51 s. Contro il principio di non contraddizione Thomas oppone la libertà di ciascuno di essere pazzi perché «scegliere la follia del discorso insensato non significa non dire niente, ma dire, in modo perfettamente comprensibile, che non ci si vuole piegare alla norma logicamente “indiscutibile” di ogni discussione. Che la volontà ripudi assurdamente la razionalità del discorso non le impedisce di comunicare efficacemente la forza illocutoria di questo atto di rifiuto, dando così al soggetto al garanzia di poter sempre portare la sua libertà nel discorso».

⁷⁴ K.O. Apel, *Il logos distintivo della lingua umana*, Napoli, 1989.

⁷⁵ J. Habermas, *Teoria dell'agire comunicativo*, Bologna, 1986, I, in particolare 418 s.

⁷⁶ In tal senso G. Cricenti, *Il diritto di non nascere*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2007, in particolare 108 dove afferma: «Qual è però il limite di una tale posizione, che sembra avere la logica dalla sua parte? Il limite è che questa tesi pone sullo stesso piano due diverse realtà, quella di ciò che è impossibile e quella di ciò che è proibito; pone cioè sullo stesso piano il discorso descrittivo e quello prescrittivo, e così facendo, vietando di dire cose senza significato, attribuisce alla Ragione una funzione normativa, che essa non ha».

ne del desiderio di intesa non può essere concepito senza la possibilità correlata di esprimere il rifiuto di questa intesa»⁷⁷. Nel primo caso si può dire che la complementarità tra i due piani, quello dei giudizi di valori e quello delle proposizioni normative è quantomeno normativamente necessaria se non anche concettualmente necessaria, a meno di non voler riproporre gli esiti radicali del positivismo giuridico che, in virtù della presunta separazione tra morale e diritto, ha legittimato pericolose divaricazioni tra fatti e norme.⁷⁸ L'intesa normativa e l'intesa comunicativa, non possono mai procedere slegate l'una dall'altra. All'altra obiezione, fondata sulla forza della libertà di sottrarsi alla logica, può opporsi una duplice alternativa: o si esce dall'intesa, dunque dal diritto, è allora qualsiasi comportamento diventa legittimo, o fintanto che si resta all'interno di essa non è possibile, pena una contraddizione insuperabile, utilizzare la propria soggettività (giuridica e non naturalistica) per chiedere il risarcimento del danno per essere diventato soggetto di diritto.

6.- La Corte però non parla di un diritto a non nascere se non sano e si affretta a prenderne le distanze: «sgomberato il campo dall'equivoco costituito dalla pretesa equazione “diritto di nascere o di non nascere/diritto al risarcimento da nascita malformata...”, risulta innegabile come l'esercizio del diritto al risarcimento da parte del minore in proprio non sia in alcun modo riconducibile ad un impersonale “non nascere” [...]»⁷⁹. Ma la sostanza non cambia⁸⁰ se al diritto a non nasce-

⁷⁷ Cayla – Thomas, *ibidem*.

⁷⁸ Sul nesso inscindibile che lega diritto e morale si leggano le significative osservazioni di L. Mengoni, *Note sul rapporto tra diritto e morale*, in *Scritti I* cit., 27 dove afferma, citando proprio J. Habermas che «in luogo della duplicazione giusnaturalistica del concetto di diritto le teorie non positivistiche attuali affermano il parallelismo di due ordini di norme di azione, diverse e «tuttavia capaci di integrarsi a vicenda», di guisa che «da morale autonoma da un lato e il diritto positivo (sempre bisognoso di giustificazione) dall'altro si collocano in un rapporto di complementarità».

⁷⁹ Cass. 16754/2012 cit., 7.3.

⁸⁰ Lo rileva anche Carusi, *Reirement in alto mare*, cit., 812: «...perché il medico dovrebbe essere tenuto all'integrazione in forma indennitaria di pre-assunte condizioni di “pienezza di

re se non sani si sostituisce un diritto alla salute che, intesa non in senso naturalistico ma, sul piano dell'ontologia sociale, comprensiva dunque degli stati funzionali si risolve in un diritto esistenziale che, però, al pari del diritto a non nascere individua proprio nella vita diversamente abile l'evento di danno. Una volta ricondotto l'evento di danno a «quello stato funzionale di infermità, la condizione evolutiva della vita handicappata», resta pur sempre irrisolta il problema della mancanza di legittimazione sul piano dell'ingiustizia del danno, che è poi la medesima contraddizione cui da sempre è andato incontro il danno esistenziale: quella di costituire una perdita non patrimoniale, che come tale subiva la limitazione dell'art. 2059, e che si voleva, in pari tempo, risarcita senza alcun fondamento. Un rifiuto della figura è stato espresso, com'è noto, dalla sentenza 26973 del 2008⁸¹ a merito della

vita" con la cui mancanza la sua condotta non ha nulla a che fare? Il suo illecito non ha mutato le prospettive del concepito le prospettive del concepito del nascer sano al nascer «malformato» (o dal nascere in un ambiente familiare sereno al nascere in un ambiente familiare turbato), ma ha concorso nella catena di eventi che ha portato il bambino a nascere «malformato» (e in un ambiente scosso) piuttosto che a non nascere; e l'interesse a non venire in vita rimane enigmatico, inespugnabile, incommensurabile: un interesse la cui prospettazione, prima ancora d'ogni disquisizione in termini di ingiustizia, mette "in scacco" il concetto di danno».

⁸¹Cass. s.u., 11 novembre 2008, n. 26792, in *Foro it.*, 2009, I, c. 120 ss con note di A. Palmieri, *La rifondazione del danno non patrimoniale, all'insegna della tipicità dell'interesse leso (con qualche attenuazione) e dell'unitarietà*; R. Pardolesi – R. Simone, *Danno esistenziale (e sistema fragile): «die hard»*; G. Ponzanelli, *Sezioni unite: il «nuovo statuto» del danno non patrimoniale*; E. Navarretta, *Il valore della persona nei diritti inviolabili e la sostanza dei danni non patrimoniali*; in *Resp. civ.* 2009, 38 ss; con nota di P.G. Monateri, *Il pregiudizio esistenziale come voce del danno non patrimoniale*; E. Navarretta, *Il valore della persona nei diritti inviolabili e la complessità dei danni non patrimoniali*; D. Poletti, *La dualità del sistema risarcitorio e l'unicità della categoria dei danni non patrimoniali*; P. Ziviz, *Il danno non patrimoniale: istruzioni per l'uso*; in *Danno e resp.* 2009, 19 s. con commenti di A. Procida Mirabelli di Lauro, *Il danno non patrimoniale secondo le Sezioni unite. Un «De profundis» per il danno esistenziale*; S. Landini, *Danno biologico e danno morale soggettivo nelle sentenze della Cass. SS.UU. 26972, 26973, 26974, 26975/2008*; C. Sganga, *Le Sezioni unite e l'art. 2059 c.c.; censure, riordini, ed innovazioni del dopo principio*; in *Giur.it.*, 2009, I, 61 s; con note di G. Cassano, *Danno non patrimoniale ed esistenziale: primissime note critiche a Cassazione civile, Sezioni unite, 11 novembre 2008, n. 26972*; V. Tomarchio, *L'unilateralità del danno non patrimoniale nella prospettiva delle Sezioni unite*; in *Nuova giur. comm.*, 2009, I, 102 s., con note di commenti di E. Bargelli, *Danno non patrimoniale: la messa a punto delle sezioni unite*; M. Di Marzio, *Danno non patrimoniale: grande è la confusione sotto il cielo, la situazione non è eccellente. Cfr. anche F. D. Busnelli, Le Sezioni unite e il danno non patrimoniale*.

quale va senz'altro ascritta la nettezza della risposta ai quesiti formulati «con meticolosa ossessività» dall'ordinanza di rimessione della III sezione che, come pure è stato detto, «vi aveva impresso il tono delle interrogative retoriche, evidentemente ormai convinta che le magnifiche sorti e progressive del danno esistenziale non dessero scampo a soluzioni pacate e non disposte a subire il ricatto delle mode frivole»⁸². E tanto «poco seriamente contestabile, al di là degli apparenti ostacoli» doveva apparire ormai la figura del danno esistenziale agli occhi della III sezione da riproporlo con riferimento al nascituro convinta che, persa una battaglia, quella della Cassazione a Sezioni Unite, restasse ancora margine per vincere la guerra. Dalle Sezioni Unite però, il rifiuto – e di rifiuto si tratta e non già di una mera questione nominalistica – manifestato per la figura del danno esistenziale non poteva essere più netto per il modo non indulgente e liquidatorio con cui la risposta è stata formulata. A venirne sconfessato dalla Cassazione è anzitutto il presupposto di natura tecnico-giuridico⁸³ consistente

le, in *Riv. dir. civ.*, 2009, II, 97 s.; C. Castronovo, *Danno esistenziale: il ungo addio*, in *Danno e resp.*, 2009, 5 s.; A. di Majo, *Danno esistenziale o di tipo esistenziale: quale esito?* in *Corriere giuridico*, 2009, 410 s.; S. Patti, *Le Sezioni Unite e la parabola del danno esistenziale*, ivi, 415 s.; P. Cendon, *L'urlo e la furia*, in *Nuova giur. comm.*, 2009, 71 s.; G. Grisi, *Il danno (di tipo) esistenziale e la nomofilachia «creativa» delle Sezioni Unite*, in *Eur. dir. priv.*, 2009, 377 s.; M. Franzoni, *Il danno non patrimoniale del diritto vivente*, in *Corr. Giur.*, 2009, 90 s.; Id., *I diritti della personalità, il danno esistenziale e la funzione della responsabilità civile*, in *Contr. e impr.* 2009, 1 s.; C. Scognamiglio, *Il sistema del danno non patrimoniale dopo le decisioni delle Sezioni unite*, in *Resp. civ. e prev.* 2009, 261 s.

Il rifiuto è affermato esplicitamente, n.3.3:«Dopo che le sentenze n. 8827 e n. 8828/2003 hanno fissato il principio, condiviso da queste Sezioni unite, secondo cui, in virtù di una lettura costituzionalmente orientata dell'art. 2059 c.c., unica norma disciplinante il risarcimento del danno non patrimoniale, la tutela risarcitoria di questo danno è data, oltre che nei casi determinati dalla legge, solo nel caso di lesione di specifici diritti inviolabili della persona, e cioè in presenza di una ingiustizia costituzionalmente qualificata, di danno esistenziale come autonoma categoria di danno non è più dato discorrere».

⁸² C. Castronovo, *Danno esistenziale*, cit., 6.

⁸³ S. Mazzamuto, *Rimedi specifici*, cit., 323. Fa leva su una lacuna dell'ordinamento il primo indirizzo ricostruttivo che fa capo a P. Cendon, *Non di sola salute vive l'uomo*, in P. Cendon - P. Ziviz (a cura di) *Il danno esistenziale. Una nuova categoria della responsabilità*, Milano, 2000; così anche P. Ziviz, *Verso un altro paradigma risarcitorio*, ivi, 35 s. L'altra linea ricostruttiva a sostegno del danno esistenziale fa capo a P.G. Monateri, *Verso una teoria del danno esistenziale*, in *Il danno*

nel supplire ad un vuoto di tutela offerta dal danno non patrimoniale, stretto nell'alternativa tra perdita dell'integrità psicofisica e sofferenza interiore transeunte; una mancanza più presunta che reale una volta colmato quel vuoto di tutela grazie alla rottura dell'argine, posto dall'inciso «nei casi previsti dalla legge», per il tramite della rilettura in chiave costituzionale del danno non patrimoniale. Del resto a tale approccio si sarebbe potuti giungere, senza passare per il medio del danno esistenziale, se solo si fossero seguite le orme della migliore dottrina che già da tempo l'aveva prospettato come sviluppo naturale di quella linea evolutiva che partendo dal danno alla salute, mediante una lettura evolutiva del danno morale, conduceva inevitabilmente al danno alla persona. Anche il presupposto ideologico⁸⁴, espresso dal presunto principio della massima tutela della persona, per cui qualsiasi danno che la riguardi debba essere risarcito, ne risulta sconfessato perché legato ad una duplice ipocrisia: quella di invocare il pieno riconoscimento del valore persona, per poi consegnarne le sorti al rimedio del risarcimento che rappresenta comunque una forzatura se riferito a interessi che sono di per sé insuscettibili di valutazione economica e per altro verso, quello di trascurare, per il tramite del risarcimento, il vero nodo della tutela della persona, che consiste invece nel verificare quale sia, in relazione ai singoli profili della personalità, lo strumento più efficace per la loro giuridificazione e la connessa tutela. È sul piano più strettamente tecnico, interno al sistema della responsabilità civile per così dire, che il danno esistenziale svela in modo deciso le ragioni del suo ripudio; esso introduce, infatti, un cortocircuito nel sistema che ruota attorno al fulcro della selezione dei pregiudizi da risarcire, risolvendosi, come la stessa Cassazione ha sottolineato «nella descrizione

esistenziale (a cura di P.Cendon-P.Ziviz), cit., 713 s. il quale propugna un modello esemplato su quello del danno biologico, nel quale si mettono a fondamento del risarcimento del danno non patrimoniale che vada oltre la tutela limitata dell'art. 2059, le situazioni soggettive costituzionalmente garantite. Ma è giusta l'osservazione di C. Castronovo, *La responsabilità civile in Italia al passaggio del millennio*, in *Eur. dir. priv.*, 2003, 143: «Se però si tratta della lesione di diritti costituzionalmente garantiti, non sembra residuare spazio per una figura come quella del danno esistenziale che di essi sia mera ripetizione».

⁸⁴ S. Mazzamuto, *Rimedi*, cit., 324

di un pregiudizio... non accompagnata dalla necessaria individuazione, ai fini del requisito dell'ingiustizia... di quale fosse l'interesse giuridicamente rilevante leso dal fatto illecito». E invece dall'ingiustizia del danno, come criterio di selezione dei pregiudizi risarcibili, riflesso di un sistema di responsabilità ispirato più alla logica dell'esclusione che non a quello dell'inclusione⁸⁵, non si può prescindere neppure quando è in ballo il risarcimento del danno non patrimoniale cui pure è riservata una norma apposita qual è il controverso art. 2059. Non a caso nelle conclusioni della sentenza in commento, al di là del sovrabbondante riferimento alle norme costituzionale violate – articoli 2, 29, 30, 32 –, l'interesse giuridicamente protetto, del quale viene richiesta tutela da parte del minore viene identificato con 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 del Costituente» ed emerge il senso della proposta ricostruttiva, quello cioè di rispondere ad un'esigenza di giustizia offrendo un ristoro «a una condizione di pregiudizio per via di un risarcimento funzionale ad alleviarne sofferenze e infermità... attribuendo direttamente al soggetto che di tale condizione di disagio è personalmente portatore il dovuto importo risarcitorio», trasformando, di fatto, il giudizio di responsabilità in un giudizio secondo equità⁸⁶. Un tale esito di malcelata creatività lascia il lettore ancor più perplesso specie dopo la critica⁸⁷ rivolta a

⁸⁵ S. Mazzamuto, *ivi*, 326

⁸⁶ E. Palmerini, *Nascite indesiderate* cit., 202.

⁸⁷ Cass. 16754/2012 cit., 6.2. «La soluzione della questione di diritto affrontata nella sentenza 10741/09, al pari di quella oggi sottoposta all'esame del collegio, non sembra, peraltro, postulare né imporre come imprescindibile l'affermazione della soggettività del nascituro, soluzione che sconta, in limine, un primo ostacolo di ordine logico costituito dalla apparente contraddizione tra un diritto "a nascere sano" (un diritto, dunque, alla vita, che si perpetuerebbe nel corso della gestazione) e la sua repentina quanto inopinata trasformazione in un diritto alla salute di cui si invocherebbe tutela solo dopo la nascita. In premessa, l'accurata analisi, gli approfonditi riferimenti e gli spunti critici riservati in sentenza alla giurisprudenza c.d. normativa, nell'ottica di una rinnovata funzione "creativa" della speculare *Interessenjurisprudenz*, ne lascia poi impregiudicato l'interrogativo circa la collocazione di quest'ultima nell'ambito della gerarchia delle fonti - salvo a voler riservare alle sole fonti "poste" tale preordinazione gerarchica, onde la giurisprudenza normativa sarebbe singolarmente fuori da quell'assetto».

Cass. 10741/2009 che aveva deciso in favore della soggettività del nascituro proprio in virtù di una «autoproclamata creatività»; e però non è meno creativo l'esito cui giunge la Cassazione in commento quando dal principio di centralità della persona fa discendere un diritto alla libera esplicazione della propria personalità, che si presume leso a seguito dell'inadempimento del medico. Quest'ansia creativa si riflette nel numero sovrabbondante di pagine percorse più che dall'ansia dal decidere dall'esigenza, reale o ritenuta tale, dell'argomentare⁸⁸, tanto da lasciare stupiti di come la Cassazione francese ha potuto risolvere la medesima questione con poche battute: «considerato che, tuttavia, dal momento che gli errori commessi dal medico e dal laboratorio nell'esecuzione dei contratti stipulati con MmeP... avevano impedito a quest'ultima di esercitare la sua scelta di interrompere la gravidanza per evitare la nascita di un bambino affetto da handicap, quest'ultimo può chiedere il risarcimento del pregiudizio risultante da questo handicap e causato dagli errori riconosciuti...»⁸⁹.

Anche alla luce della scelta di sistema assunta dalle Sezioni unite che ha consentito il rifiuto del danno esistenziale, non si può tuttavia non rilevare come una certa propensione della giurisprudenza alla creatività, specie in riferimento alla tutela aquiliana dei diritti alla persona, discenda dall'idea di una diretta applicazione della Costituzione⁹⁰

⁸⁸ In questi termini si esprime C. Castronovo, Relazione, cit.

⁸⁹ Sentenza del 17 novembre 2000. Corte di Cassazione – seduta plenaria, in Cayla-Thomas, *Il diritto di non nascere* cit., 155.

⁹⁰ Parla di costituzionalizzazione della forma del giudizio del diritto privato F. Piraino, *Diligenza, buona fede e ragionevolezza nelle pratiche commerciali scorrette*, cit., 2010, 1173 s., in riferimento al «favore sempre più diffuso che il bilanciamento come tecnica di decisione va acquisendo [...] creando così i presupposti di una tecnica di valutazione ampiamente discrezionale al punto da evocare un'immagine quasi sapienziale della decisione giudiziaria». Il bilanciamento, quale tecnica propria del giudizio di equità, sebbene «inevitabile in qualsiasi forma di applicazione del diritto» diventa incompatibile con le caratteristiche proprie che il sindacato giudiziale assume nel diritto privato (basato sulla tecnica della sussunzione) «quando assurge a vera e propria tecnica di valutazione» in cui «il giudizio si sgancia dal tenore, a volte anche assai vago, delle proposizioni prescrittive e si affida ad un apprezzamento privo di concreti punti di riferimento, in cui prevalgono le indicazioni offerte dal concreto atteggiarsi del singolo caso controverso[...]». Di costituzionalizzazione dell'ordinamento in generale parla an-

ai rapporti tra privati; quello che la dottrina tedesca definisce col termine *Drittwirkung*⁹¹, letteralmente «effetto su terzi», vale a dire uno spostamento dal piano al quale originariamente si intende riferito la Costituzione, quello nel quale destinatario delle norme costituzionali, anche di quelle riguardanti i diritti fondamentali, è lo Stato, onde i soggetti privati sarebbero terzi ai quali la Costituzione comunque estenderebbe i propri effetti. *Drittwirkung* alla quale, sia nella versione dell'applicabilità diretta delle norme costituzionali (*unmittelbare*), sia in quella indiretta (*mittelbare*), vale a dire mediata da una disposizione di legge ordinaria – com'è per l'art. 2059 nell'interpretazione datane dalla sentenza del 2008 – è sottesa comunque l'idea dell'applicabilità delle norme costituzionali ad ambiti che non gli sono propri. E ciò, specie nelle intenzioni del cosiddetto neocostituzionalismo⁹² o costituzionali-

che R. Guastini, *La sintassi del diritto*, Torino, 2011 1951 s. il quale rileva tre cause – costituzionali lunghe, rigidità costituzionale, garanzia giurisdizionale della costituzione – e tre aspetti del processo di costituzionalizzazione: un'idea diffuso della costituzione come insieme di norme tute vincolanti; una sovra-interpretazione del testo costituzionale per la quale dalla costituzione è possibile ricavare norme idonee a disciplinare qualsiasi aspetto della vita politica e sociale, onde qualsiasi intervento legislativo ne è sottoposto al controllo; la diretta applicazione della norma costituzionale in sede giudiziale. Assai perplesso sulla formula del bilanciamento si mostra anche M. Barcellona, *Struttura della responsabilità e «ingiustizia» del danno*, in questa Rivista, 2000, 496, nt. 172. Nella prospettiva della teoria generale, sul bilanciamento v. B. Celano, *Giustizia procedurale pura e teoria del diritto*, Giustizia e procedure. Dinamiche di legittimazione tra Stato e società internazionale, a cura di M. Besciu (Milano 2002), 101 s.; G. Pino, *Il diritto all'identità personale. Interpretazione costituzionale e creatività giurisprudenziale* (Bologna 2003), 164.

⁹¹ È favorevole ad una *Drittwirkung* in materia di danni alla persona, tanto da aver anticipato la decisione cui è approdata la cassazione, E. Navarretta, *Danni non patrimoniali: il compimento della Drittwirkung e il declino delle antinomie*, *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2009, 81 s.; Id., *Il valore della persona nei diritti inviolabili e la complessità dei danni non patrimoniali*, in *Resp.civ. e prev.*, 2009, 63 s.; Id., *Il valore della persona nei diritti inviolabili e la sostanza dei danni non patrimoniali*, in *Foro it.*, 2009, 139 s. Id., *Art. 2059 c.c. e valori costituzionali: dal limite del reato alla soglia della tolleranza*, in *Danno e resp.*, 2002, 865 s.; Id., *La quantificazione del danno non patrimoniale e la tavola dei valori costituzionali*, in *Resp. civ. e prev.*, 1997, 396 s.

⁹² Sul neocostituzionalismo, senza alcuna pretesa di esaustività cfr.: L. Ferrajoli, *Costituzionalismo principialista e costituzionalismo garantista*, in *Giur.cost.*, 2010, 2771 s. e le relative osservazioni di G. Pino, *Principi, ponderazione e la separazione tra diritto e morale. Sul neocostituzionalismo e i suoi critici*, in *Giur.cost.*, 2011, 965 s.; T. Mazzaresse, *Neocostituzionalismo e tutela sovranazionale dei*

smo dei bisogni, è giustificato dall'esigenza di dare effettiva attuazione ai diritti della persona – dei quali torna a prevalere, rotto l'equilibrio tra libertà e uguaglianza, tutto a vantaggio della prima, ormai, una lettura, in chiave decisamente individualistica – che non sarebbero più riconosciuti solo formalmente, ma riceverebbero un'attuazione in concreto. Si parla non a caso di reinvenzione dei diritti che, si dice, potrebbero trovare piena attuazione solo attraverso l'opera interpretativa dei giudice⁹³, divenuti garanti di un sistema non più governato dai codici, ma dai principi fondamentali sanciti dalle costituzioni. Ne risulta declassato il diritto civile e inutilmente privato della sua autonoma funzione e capacità ordinante. L'errore di fondo di cui non si avvede una certa giurisprudenza consiste nel ritenere le norme costituzionali analoghe a quelle ordinarie e quindi, direttamente applicabili nei rapporti privati; com'è noto, però, le norme costituzionali sono diverse dalle norme giuridiche di tipo tradizionale, non essendo altro che principi e cioè, per lo più regole prive di fattispecie, laddove la legge ordinaria è costituita da norme di disciplina il cui contenuto è la rego-

diritti fondamentali, Torino, 2002; M. Barberis, *Neocostituzionalismo e imperialismo della morale*, in *Ragion pratica*, 200, 147 s.; Id., *Manuale di filosofia del diritto*, Torino, 2011, 33 s.; R. Guastini, *La "costituzionalizzazione" dell'ordinamento giuridico*, in *Ragion pratica*, 1998; 185 s.; S. Pozzolo, *Neocostituzionalismo e positivismo giuridico*, Torino, 2001; Id., *Metacritica del neocostituzionalismo. Una risposta ai critici di "Neocostituzionalismo e positivismo giuridico"*, in *Diritto e questioni pubbliche*, 2003, 52 s.

⁹³ Rileva Pozzolo, *Metacritica*, cit., 54 come nel neocostituzionalismo «L'attività giudiziale, infatti, viene individuata come quell'elemento in grado di dare razionalità al sistema attraverso il suo continuo adeguamento alle esigenze che emergono dalla società, reinterpreta la legge e la costituzione a tale fine. Grazie alla pervasività costituzionale, infatti, sebbene assuma maggior ruolo nella dinamica dei poteri, il giudice delle leggi perde l'esclusività dell'interpretazione costituzionale, giacché diviene pratica favorita e costantemente applicata l'interpretazione adeguatrice delle costituzione da parte di tutte le corti». Dello stesso tenore le osservazioni di Guastini, *La sintassi del diritto*, cit., 195 s. che rileva come «nel neocostituzionalismo dei nostri giorni si tende a pensare che la funzione della Costituzione sia modellare la società civile, i rapporti sociali. Per conseguenza, si tende anche a pensare che le disposizioni costituzionali... possano produrre effetti diretti ed essere applicate da qualsiasi giudice all'occasione di qualunque controversia. L'idea è che la costituzione debba essere immediatamente applicata anche nelle relazioni interpretate, almeno ogniqualvolta la controversia di cui trattasi non possa essere risolta sulla base della legge, vuoi perché la legge appare lacunosa, vuoi perché la legge, offre sì una soluzione, ma tale soluzione appare ingiusta».

la data ad una fattispecie. Proprio per questo, la loro funzione regolativa si esplica non secondo il modello della sussunzione ma secondo quello del bilanciamento⁹⁴, riflesso inevitabile, in una società pluralista, della strutturazione in forma dicotomica dei diritti fondamentali, l'uno e il suo contrario, a sua volta sintomatico del modo plurimo di atteggiarsi e di valere del valore che prevale o soccombe a seconda dell'interesse o del bene al quale nel caso concreto si trova contrapposto. In assenza di una gerarchia ricavabile dall'ordinamento ogni valore prevarrà o soccomberà a seconda del valore a cui, nel caso concreto, si trova contrapposto secondo criteri che non sono mai determinabili a priori, ma sempre a posteriori⁹⁵. Aspetto che, com'è stato osservato, finisce addirittura per essere obliterato nel momento in cui si intende far valere un'assolutezza dei diritti della persona che si ritenga conseguenza della loro inviolabilità anche se, di diritti connotati dall'assolutezza nel senso radicale e illimitato non v'è traccia alla stregua della definizione kantiana del diritto oggettivo come «l'insieme delle condizioni, per mezzo delle quali l'arbitrio dell'uno può accordarsi con l'arbitrio di un altro secondo una legge universale della libertà»⁹⁶. Certo la decisione che sia il frutto del bilanciamento dei valori pur tradotti in diritti fondamentali, che a loro volta altro non sono se non principi

⁹⁴ Così Mengoni, *Per una dogmatica dei diritti fondamentali*, in *Scritti I*, cit., 256.

⁹⁵ S. Mazzamuto, *Rimedi specifici*, 266 s., parla di «una presunta gerarchia desumibile dall'ordinamento generale, che all'osservatore malizioso potrebbe apparire nulla più che una formula di copertura, la quale, dietro l'apparente rispetto del sistema, cela il riconoscimento al giudice del potere di agire con le mani libere nell'individuazione dei danni risarcibili». E oltre «... una gerarchia dei valori protetti non è rinvenibile in alcun luogo normativo né è addirittura concepibile, tanto più quando è in ballo il contrasto tra diritti inviolabili, come d'altronde insegna la dottrina costituzionalistica e com'è disposta a riconoscere finanche quella corrente civilistica per altro verso favorevole alla dimensione relazionale del giudizio di responsabilità aquiliana». Si appella ad una presunta gerarchia dei valori, Libertini, *Ancora sui rimedi*, cit., 937: «la comparazione degli interessi, come per tutte le clausole generali, non deve essere compiuta sulla base di criteri meramente equitativi, né attraverso il riferimento al costume sociale, bensì in base a criteri di valutazione e gerarchia degli interessi riferibili all'ordinamento generale». Parla di incompatibilità tra gerarchia dei valori e carattere pluralistico della società che li assume G. Zagrebelsky, *Il diritto mite*, Torino, 1992, 170.

⁹⁶ I. Kant, *Primi principi metafisici della dottrina del diritto*, Roma-Bari, 2005, 34-35.

espressamente positivizzati in norme giuridiche, recupera perlomeno quella dimensione in astratto del giudizio sulla meritevolezza o meno dell'interesse, che invece risulta del tutto obliterato in quelle teorie dell'ingiustizia del danno come clausola generale che tramutano il giudizio di responsabilità in un mero bilanciamento degli interessi patrimoniali in conflitto, non in astratto ma in relazione al singolo caso concreto, e all'esito del quale sorge l'obbligazione risarcitoria «[...] se e in quanto la posizione del soggetto cui è imputabile il fatto causativo del danno non sia suscettibile, in una valutazione comparativa degli interessi in gioco, di una valutazione peggiore rispetto a quella del soggetto danneggiato»⁹⁷. Laddove opportuno sarebbe che i due momenti del giudizio di responsabilità fossero mantenuti distinti; l'uno, quello sulla meritevolezza dell'interesse, caratterizzato da una valutazione in astratto rimessa al legislatore, l'altro di valutazione in concreto dell'interesse leso, rimesso al giudice, con il che resta pure confermato che al giudice, nell'applicazione della regola, residua sempre un margine per il bilanciamento nel quale deve accertare non solo la consistenza dell'interesse leso, il danno, ma anche se essa sia seria e grave. Ma la pre-

⁹⁷ È la nota tesi di M. Libertini, *Nuove riflessioni in tema di tutela inibitoria e di risarcimento del danno*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1995, 395 s.; Id, *Ancora sui rimedi civilistici conseguenti a violazioni di norme antitrust*, in *Danno e resp.*, 2004, 937 ove si legge che «il danno risarcibile consiste nella lesione di qualsiasi interesse socialmente apprezzabile, che abbia dato luogo ad un pregiudizio patrimonialmente valutabile e possa quindi essere riparato mediante l'imposizione *ex lege*, ad un soggetto ritenuto responsabile, di una prestazione suscettibile di valutazione economica. Il danno (astrattamente) risarcibile diviene altresì danno «ingiusto» *ex art.* 2043 c.c., con il conseguente insorgere dell'obbligazione riparatoria *ex lege*, se e in quanto la posizione del soggetto cui è imputabile il fatto causativo del danno non sia suscettibile, in una valutazione comparativa degli interessi in gioco, di una valutazione peggiore rispetto a quella del soggetto danneggiato». Un tale esito, solitamente ricondotto all'insegnamento di Rodotà, dal momento in cui intese l'art. 2043 come una clausola generale, è in realtà il frutto di una distorsione del suo pensiero, in realtà assai più prossima a quella di C. Castronovo, di quanto non voglia la vulgata che le colloca in una dimensione di radicale contrapposizione. La formula che risolve l'ingiustizia nel «bilanciamento» dice M. Barcellona, *Struttura della responsabilità e «ingiustizia» del danno*, in *Eur. dir. priv.*, 494, nt. 172, «dice troppo o dice troppo poco. Dice troppo, se intende la valutazione comparativa come bilanciamento degli interessi secondo criteri di meritevolezza attingibili solo *ex post*, giacché così non può evitare di cadere in una dimensione giurisdizionale dell'«ingiustizia».

tesa autonomia del momento di qualificazione in astratto della meritevolezza dell'interesse risulta pur sempre recessiva rispetto alla valutazione discrezionale del giudice al quale sarà rimesso il bilanciamento dei valori che darà preferenza ad una regola d'azione, una volta che l'indice di meritevolezza della tutela della persona venga individuato nell'art. 2 della Costituzione. E però qualsiasi risultato ermeneutico che non si preoccupi di rapportarsi al sistema è destituito di qualsiasi fondamento e vale allora appellarsi ad una rigorosa coscienza metodologica⁹⁸ che consapevole delle istanze ermeneutiche, quale momento in ogni caso essenziale e ineliminabile del ragionamento giuridico, sia in grado di ricondurle alla coerenza del sistema, secondo quel movimento dialettico indispensabile tra problema e sistema nel quale il primo si storicizza e il secondo trova giustificazione. Così non può accogliersi la scelta di sistema che si ricava dalle sentenze del 2008, laddove ritiene soddisfatto il vincolo dei casi previsti dalla legge in presenza del semplice riferimento ai diritti fondamentali e in particolare all'art. 2 Cost. Si tratta di una *Drittwirkung* mediata che rischia di introdurre per via giurisprudenziale una regola di risarcimento inedita e contraria a quella desumibile dall'art. 2059 confermando quella propensione della Costituzione a fungere da sfondo ad una tutela allargata di interessi rispetto alla visione che fu propria del legislatore del '42. Applicazione diretta, pur sempre mediata dal rinvio all'art. 2059, che si rivela fuori luogo anche in materia di responsabilità contrattuale allo scopo di ampliare l'area della risarcibilità sul fronte degli interessi alla persona. Se come la stessa Corte ritiene, l'ostacolo ad una soluzione positiva era ravvisabile nell'assenza, in ambito contrattuale, di una norma analoga a quella dell'art. 2059 c.c., non si vede come la semplice lettura

⁹⁸ Sul problema del metodo nel diritto civile illuminante l'insegnamento di L. Mengoni; in particolare *Problema e sistema nella controversia del metodo giuridico*, in *Diritto e valori*, Bologna, 1985, 11 s.; *Ancora sul metodo giuridico*, ivi, 79 s. *Diritto e politica nella dottrina giuridica*, Scritti I, cit., 149 s.; *I problemi del metodo nella ricerca civilistica oggi in Italia*, ivi, 179. Ma si vedano anche le significative riflessioni di C. Castronovo, *Luigi Mengoni: dalla dogmatica alla coscienza del metodo*, in *Jus*, 2002; Id., *C'è metodo in questo metodo*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1990; Id., *Il significato vivente di Luigi Mengoni nei suoi Scritti*, in *Enr. dir. priv.*, 203 s., e di A. Nicolussi, *Luigi Mengoni e il diritto privato: valori e metodo*, in *Iustitia*, 2006, 131 s.

ra costituzionalmente orientata possa risolvere la lacuna; costituzionalmente o no che sia, la sua collocazione nella materia dei fatti illeciti, la rende applicabile solo a quest'ultima. Né la responsabilità contrattuale necessita dell'art. 2059 per dare ingresso alla risarcibilità dei danni alla persona; la limitazione ai soli danni patrimoniali era il riflesso di una responsabilità contrattuale coincidente con la responsabilità per inadempimento, riferita cioè soltanto all'obbligo di prestazione. Sicché, una volta accolta una visione allargata del rapporto obbligatorio, riplasmato sulla relazione più che sulla prestazione, nella quale a corona dell'obbligo di prestazione, che può anche mancare, sta una serie di obblighi di protezione corrispondenti agli interessi che secondo buona fede devono essere tutelati nell'attuazione del rapporto stesso; la tutela di questi non può non significare anche risarcimento del danno che consegua alla violazione di essi. E ciò vale ad escludere anche la diretta invocazione dei profili della personalità di rango costituzionale nell'ambito del contratto o più in generale dell'obbligazione senza la funzione di filtro svolta dalla buona fede-correttezza, la quale si rivolge alle fonti eteronome di integrazione del contratto, prima fra tutte alla Costituzione, ma con lo sguardo pur sempre rivolto alla regolamentazione da completare anche alla stregua di un criterio di ragionevolezza. Ne risulta in tal modo valorizzato il contratto come piano della rilevanza giuridica autonomo, anche se ovviamente coordinato con lo *iuspositum* in grado, per un verso di conferire rilievo anche ad interessi non espressamente previsti dalla Carta fondamentale né dalla legislazione ordinaria e, per altro verso, persino di attenuarne la tutela, sempreché una siffatta limitazione rientri nel margine di disponibilità riservato ai soggetti privati in materia di valori personalistici e non risulti compromessa la dignità o la libertà.

Anche sul piano extracontrattuale si rivela indispensabile una correzione di metodo che faccia salva la necessità di un filtro ulteriore, di rango subcostituzionale, costituito dall'ingiustizia del danno di cui all'art. 2043, per la selezione degli interessi meritevoli di tutela. Il che, in una prospettiva sistematica, vale ad escludere un'applicazione diretta

dell'art. 2. Cost. ai rapporti privati, che, come la migliore dottrina costituzionale da tempo ha avvertito è norma strutturata mediante clausola generale potenzialmente «generativa di nuovi infiniti diritti» dalla quale, secondo un'interpretazione restrittiva da reputarsi corretta, non si può far discendere nient'altro se non un orientamento d'azione al legislatore che considera di preminente rilievo la tutela della persona⁹⁹. Giudizio che potrebbe estendersi anche ai singoli diritti inviolabili, qualora ne risultasse accertata la natura di clausola generale, le cui potenzialità normative, sarebbero in tal modo talmente ampie ed elastiche da ricomprendere qualsiasi ulteriore istanza che lo sviluppo della coscienza sociale o della civiltà, o la costituzione materiale, proponga come nuovi diritti. Certo, il rigoroso rispetto di quanto emerge dal tenore letterale dell'art. 2059, che vuole risarcito il danno non patrimoniale «nei soli casi previsti dalla legge», imporrebbe che i danni non patrimoniali risarcibili siano solo quelli oggetto di espressa previsione di legge e che in assenza di una previsione del legislatore «non c'è nessuno che possa sostituirlo, o al massimo dei tappabuchi che cadono più o meno rapidamente vittime del loro ingrato ruolo»¹⁰⁰; solo così non verrebbe mortificata la *ratio* della norma, che si ricava dalla relazione al codice, consistente nel prevedere un vincolo ulteriore alla risarcibilità del danno alla persona in ossequio al principio dell'incontrovertibilità «morale» dei valori personali in denaro. Ma poiché tale soluzione appare certamente inaccettabile proprio alla luce dell'attuale quadro ordinamentale e dell'evoluzione della coscienza sociale, «la quale corre più veloce dell'innovazione legislativa e pone domande di giustizia pressanti che non si possono eludere»¹⁰¹ il richiamo all'ingiustizia del danno come espressione di sintesi dei «casi previsti dalla legge» vale, quantomeno, ad escludere che l'attività interpretativa della giurisprudenza nella creazione di nuovi diritti, disparati e confliggenti, di cui magari viene anche predicato il carattere fondamentale e quindi

⁹⁹ In questi termini M. Barcellona, *Della risarcibilità del danno non patrimoniale e dei suoi limiti*, in *Danno e resp.*, 2012, 817 s.

¹⁰⁰ Sono parole di C. Schmitt, *La tirannia dei valori*, Milano, 2008, 68.

¹⁰¹ Così Mazzamuto, *Rimedi specifici*, cit., 340

intangibile¹⁰², sia sottratta non solo alla mediazione pubblica ma anche al dibattito pubblico e al fondamentale dialogo tra giurisprudenza di merito e giurisprudenza costituzionale¹⁰³. Solo così è possibile scongiurare gli esiti drammatici di un giudizio formulato secondo la tecnica del bilanciamento¹⁰⁴ in cui è la legge ad identificarsi con la sua applicazione, vale a dire un pericoloso scollamento tra il diritto e la realtà non meno attuale di quello che si corre quando è invece l'interpretazione ad essere del tutto appiattita sulla legge, in virtù di una presunta superiorità formale di quest'ultima intesa come un *apriori* sul quale si modella la realtà. E ciò perché il giudice, che si troverà a decidere nel singolo caso concreto¹⁰⁵, darà sempre la prevalenza ad una vi-

¹⁰² S. Mazzamuto, Relazione in occasione della presentazione del libro di S. Rodotà, *Il diritto di avere diritti* (Roma-Bari 2012) svoltasi presso l'Università degli Studi di Venezia 'Ca' Foscari, il 17 maggio 2013.

¹⁰³ Contro la tendenza della giurisdizione ordinaria a farsi diretta applicatrice delle norme costituzionali Guastini, *La sintassi del diritto*, cit., 207 ricorda che «É lecito sostenere che l'applicazione giurisdizionale della costituzione consista – almeno in ultima analisi – nel giudicare della legittimità costituzionale di leggi: il che, nell'ordinamento italiano, è competenza esclusiva della Corte costituzionale. E in questo senso la costituzione non può essere applicata direttamente dai giudici comuni...».

¹⁰⁴ Rileva C. Castronovo, *C'è metodo*, cit., 204: «Sostenere che la legge è la sua applicazione significa negare ogni realtà al dato legislativo prima che esso diventi norma del caso concreto mediante l'applicazione e cadere in una sorta di nominalismo normativo, per il quale la norma sarebbe soltanto quello che si dice che essa sia. Se questo fosse vero, qualsiasi arbitrio interpretativo sarebbe possibile e l'interpretazione sarebbe la vera, unica fonte del diritto»; e ancora «[...] sarebbe l'esito di un metodo tutto sbilanciato sul problema, il quale diventerebbe l'unico signore dell'interpretazione e gli interpreti le vere fonti del diritto [...]».

¹⁰⁵ Il vantaggio (lo rileva A. Catania, *Metamorfosi del diritto. Decisione e norma nell'età globale*, Bari, 2008, 137) indiscutibile, che l'ampliamento dei poteri del giudice comporta, vale a dire la spinta verso una maggiore innovazione del diritto si rivela, tuttavia, piuttosto rischiosa in quanto da un lato svaluta la capacità di adeguamento del diritto positivo alla realtà fattuale, di fatto delegittimando qualsiasi mediazione politica, e dall'altro, priva la funzione normativa di quelle procedure e filtri attraverso i quali la produzione delle norme è sottoposta ad una trasparenza e ad una maggiore possibilità, almeno teorica, di controllo democratico. In un sistema, qual'è il nostro nel quale, a differenza dei sistemi di *common law*, i giudici difettano di una diretta legittimazione popolare e sono dunque sottratti a quel sindacato sulle scelte "politiche" compiute cui è normalmente sottoposto il potere legislativo. E allora vale il monito di Castronovo, *C'è metodo*, cit., 204 «a non scambiare i sistemi di legge scritta, e in particola-

sione del mondo a discapito dell'altra senza avere quella visione d'insieme e quella capacità mediativa della complessità sociale propria della legge; e si dovrà allora attendere il consolidamento degli orientamenti giudiziari e la chiarificazione in sede nomofilattica per conseguire una pacificazione dai contorni chiari e di portata generale. E, pur tuttavia, si tratterà di una pacificazione percepita come il prodotto predisposto da un gruppo di saggi e non invece come il frutto di un processo di reale condivisione.

7.- Al di là dei limiti sulla funzione creatrice del diritto giurisprudenziale e delle implicazioni di politica del diritto che esso comporta, non possono neppure sottacersi le ulteriori implicazioni che emergono dalla sentenza, sul piano del c.d. *biodiritto*¹⁰⁶, che, analogamente a quanto avvenuto nella filosofia, con la bioetica, esprime l'esigenza di un rinnovato confronto, tra diritto ed etica. Un'indicazione metodologica va in via preliminare accolta: l'interprete nell'accostarsi a queste tematiche deve cercare quanto più possibile di sottrarsi alla tentazione della «*Tyrannidei Werte*»¹⁰⁷, in cui un valore tiranneggia sull'altro, met-

re quelli instauratisi nell'Europa continentale in seguito alle codificazioni, con quelli di diritto comune o con quelli di common law: nei primi vige una legge che impone la sua applicazione e necessita di interpretazione. Quest'ultima poi non significa attribuzione al testo di un senso quale che sia perché l'arbitrarietà, oltre a essere indesiderata sul piano di politica del diritto, non viene neppure consentita».

¹⁰⁶ Sul c.d. biodiritto, senza pretesa di esaustività, si veda P. Zatti, *Dal concorso alla regola: il giurista in bioetica*, in *Rass. Dir. priv.*, 1994, 523; Id., *Verso un diritto per la bioetica: risorse e limiti del discorso giuridico*, in *Riv. dir. civ.*, 1995, I, 43; S. Rodotà, *Tecnologia e diritti*, Bologna, 2005; Id., *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Milano, 2006; Id., *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, 2012; Busnelli, *Bioetica e diritto privato*, cit.; F. D'Agostino – L. Palazzani, *Bioetica. Nozioni fondamentali*, Brescia, 2007; in particolare 62 s. *Dalla bioetica al biodiritto*; Id., *Bioetica e biopolitica: ventuno voci fondamentali*, Torino, 2011.

¹⁰⁷ L'espressione si fa risalire a N. Hartmann ed è poi ripresa da Schmitt, *La tirannia dei valori*, cit., 60 s., A. Nicolussi, *Lo sviluppo*, cit., 14 s invita «l'interprete in questo delicato settore nuovo dell'esperienza giuridica» ad «evitare la tirannia di un valore che si faccia prevaricatore sugli altri e quindi utilizzare e affinare gli strumenti con i quali ha fatto esperienza fin qui nel discorso giuridico generale». Dello stesso avviso anche P. Zatti, *La tutela della vita prenatale: i limiti del diritto*, in *Nuova giur. comm.* 2001, 151

tendo costantemente a frutto i diversi punti di vista, anziché appiattirsi su uno assolutizzandolo,¹⁰⁸ e trovando, proprio sul piano della Costituzione i riferimenti per una trattazione, intersoggettivamente controllabile, dei problemi posti dagli sviluppi della scienza. Vanno pertanto respinte sia le tendenze all'assolutizzazione del valore della scienza e della tecnica¹⁰⁹, poste come necessità imperanti per l'umanità, o dell'autodeterminazione sia l'atteggiamento contrario, che spesso si carica di fondamentalismo religioso e che nega qualsiasi legittimità allo sviluppo tecnologico. Del tutto condivisibile è allora l'auspicio ad una ripresa dello studio metodologico, necessario a contenere le tensioni valoriali di ogni società pluralista, che si proponga, anche in questo settore, una dogmatica dei diritti e doveri fondamentali in grado, per un verso, di sottrarre il discorso alla morsa ideologica in cui i principi vengono contrapposti, spesso impropriamente, gli uni agli altri e, per altro verso di contrastare, quella tendenza opposta che, all'insegna di un politeismo costituzionale presunto irriducibile¹¹⁰ mira a screditare la capacità orientativa della Costituzione. Un confronto, quello tra diritto ed etica, particolarmente delicato, tanto da suscitare l'interesse preoccupato di un filosofo liberale come Habermas¹¹¹ il quale di fronte agli sviluppi di una genetica che apre all'uomo la drammatica possibilità di determinare le stessi basi fisiche di ciò che è «per natura», affidando all'uomo la scelta di ciò che è degno di vivere da ciò che non lo è, avanza il rischio di un'alterazione grave della nostra esperienza morale vale a dire la validità di un'autocomprensione di essere di genere, come esseri eguali per nascita, che costituisce uno dei fondamenti normativi dell'integrazione sociale. Questione non distante da quella dell'aborto eugenetico perché in entrambi i casi nel conflitto tra tutela

¹⁰⁸ Proprio come ogni persona che sia in grado di dialogare con se stessa, valorizzando i suoi «due in uno». La nota formula di H. Arendt per la quale il dialogo tra i due in uno è la condizione della responsabilità morale è ripresa da A. Nicolussi, *Al limite della vita*, cit., 270.

¹⁰⁹ Sui rapporti tra diritto e tecnica cfr. L. Mengoni, *Diritto e tecnica*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2001. 1 s.; N. Irti – E. Severino, *Dialogo su diritto e tecnica*, Bari-Roma, 2001.

¹¹⁰ Si raccoglie l'invito di A. Nicolussi, *Lo sviluppo*, cit., 17.

¹¹¹ J. Habermas, *Il futuro della natura umana*, Torino, 2001.

dell'embrione e autodeterminazione della donna o più semplicemente desiderio dei genitori di avere un figlio sano i genitori non incappano per caso, ma ne danno già per scontata la sua possibilità nel momento in cui decidono di sottoporre a test genetico o esame diagnostico l'embrione. E infatti è proprio questo controllo preventivo sulla qualità della vita umana a rendere più labili i confini della diagnosi preimpianto rispetto all'aborto dal quale pure continua a distinguersi, essendo a questo estranea qualunque finalità manipolatrice della natura umana e qualunque scopo di ricerca. Eppure proprio la finalità eugenetica che può assumere il diritto all'autodeterminazione induce a riflettere sui limiti dell'aborto e più in generale sulla genesi di tutta una serie di categorie generali, avanzando il dubbio che una loro estensione analogica in altri ambiti, oltre a rivelarsi scorretta sul piano metodologico tradisca una scelta di politica legislativa particolarmente rischiosa¹¹². Il confronto può rivelarsi particolarmente utile perché, oltre a riscattare i diritti secondi dal riduzionismo che potrebbe affliggerli nella misura in cui rimanessero prigionieri di una visione della persona legata a quel ruolo (lavoratore, consumatore), contribuisce a mettere allo scoperto il legame condizionante di alcune categorie dogmatiche con certi settori dell'esperienza di vita¹¹³. Da questo punto di vista un problema particolarmente delicato per il *biodiritto* è quello dello slittamento semantico che subisce l'autonomia privata, la quale categoria nata sul terreno dei rapporti patrimoniali quale svolgimento del binomio proprietà-libertà, legata al terreno dell'avere più che a

¹¹² Parla di grave problema del «controllo da parte del cultore di diritto privato generale sulla utilizzazione degli istituti giuridici e delle categorie dogmatiche elaborati in senso al diritto primo, nell'ambito dei diritti secondi», C. Castronovo, *Alle origini della fuga dal codice. L'assicurazione contro gli infortuni tra diritto privato generale e diritti secondi*, in *Jus*, 1985, 20 s.,

¹¹³ Così, ancora, A. Nicolussi, *Lo sviluppo della persona umana*, cit., 21-22. Il rilievo è fatto proprio anche da L. Nivarra, *Autonomia (bio) giuridica e tutela della persona*, in *Eur. dir. priv.*, 2009 il quale parla di «autonomia colonizzatrice» e riconosce l'esistenza di «un legame tra la formalizzazione/santificazione protoborghese dell'autonomia privata (...) ed un certo, diffuso modo di impostare e risolvere quelle questioni (di ordine bioetico e biogiuridico *n.d.a.*) esiste, è molto forte, anche se non sempre immediatamente percepibile da osservatori ed interpreti, talora troppo inclini a farsi travolgere dalla incandescenza dei temi o dall'urgenza dell'ora».

quello dell'essere, viene tradotta nel concetto di autodeterminazione¹¹⁴, che proprio all'autonomia privata dell'essere dovrebbe invece rimandare. Una delle ragioni, se non la principale, della trasmutazione dell'autonomia privata dai rapporti economici ad ambiti che non gli sono originariamente propri risiede certamente in quella tendenza alla colonizzazione della vita degli individui, nota come *biopolitica*¹¹⁵, che è propria della governamentalità neoliberale e che è caratterizzata dall'estensione della razionalità economica, e quindi della sua declinazione giuridica incarnata nell'«autonomia privata», a tutti gli ambiti di vita¹¹⁶. Se entrambi i concetti trovano la propria radice nella kantiana autonomia della volontà, l'autodeterminazione, come funzione della libertà personale, si esprime, però sul terreno dell'essere, non solo come indipendenza da una signoria altrui, ma anche come fascio di facoltà di scelta riguardanti la persona nella propria individualità. Ma una confusione tra i due piani, quello dell'essere e dell'avere, è tutt'altro che infrequente ed è legata al retaggio culturale ancora presente, specie nell'ambiente anglosassone, per cui la libertà discende dal potere di proprietà sul proprio corpo. Particolarmente controversa diventa allora l'applicazione della categoria della disponibilità che dell'autonomia

¹¹⁴ Un'analisi storica del concetto di autodeterminazione è svolta in C. Castronovo, *Autodeterminazione e diritto privato* in *Eur. dir. priv.*, 2010, che apre la riflessione chiarendo che «Autodeterminazione è parola che nasce a metà dell'ottocento a indicare il diritto degli individui e delle nazioni di scegliere da sé medesime il proprio destino».

¹¹⁵ Sul concetto di *biopolitica* illuminanti sono le riflessioni di M. Foucault, *Storia della sessualità. Vol.1. La volontà di sapere*, Milano, 2001, 131 s.; G. Agamben, *Homo sacer. Il potere sovrano e la nuda vita*, Torino, 2005.

¹¹⁶ Chiarificatrici le parole di L. Nivarra, *Autonomia (bio) giuridica*, cit., 725 «Questo assetto (il riferimento dell'autonomia privata alla sola sfera delle relazioni di scambio n.d.a.) non regge all'urto delle profonde trasformazioni imposte dall'evoluzione del capitalismo il quale è modo di produzione che, per la sua interna ed inarrestabile logica colonizzatrice, non tollera la sopravvivenza di mondi vitali programmaticamente sottratti alla produzione e al consumo delle merci» L'aver chiarito la pervasività della logica economica e del suo linguaggio ad ogni ambito di vita, nella più ampia prospettiva dello studio dei processi della governamentalità neoliberale, è però merito certamente di M. Foucault, *Nascita della biopolitica. Corso al College de France (1978-1979)*, Milano, 2005, 176 dove si fa riferimento ad una generalizzazione della forma di impresa.

privata esaurisce il contenuto, quando dall'autonomia privata declinata nell'averne si passa, o si vorrebbe passare, senza un'accurata riflessione o con eccessiva disinvoltura, all'ambito dell'autonomia privata «dell'essere» della persona; il rischio è quello di assimilare il corpo, la salute, la vita a semplici oggetti di disposizione, al pari delle cose oggetto del diritto di proprietà. L'attrito tra le due dimensioni dell'autonomia privata diventa particolarmente evidente quando il *biodiritto* affronta le questioni che attengono al diritto di famiglia e al cosiddetto fine vita; si pensi al problema della rappresentanza¹¹⁷ che, nata come una sottocategoria dell'autonomia privata destinata a muoversi sul terreno del diritto degli affari, sconta parecchie difficoltà nella trasposizione sul terreno delle decisioni che riguardano la sfera della persona. La questione diviene particolarmente complessa, com'è per i casi di fine-vita, quando la rappresentanza si intreccia al problema del consenso informato e coinvolge i limiti entro cui i genitori o i legali rappresentanti del minore o incapace possono prendere decisioni sulla vita di questi ultimi. Vale l'invito a non assolutizzare il valore dell'autodeterminazione¹¹⁸ laddove una prevalenza della libertà sul diritto alla vita¹¹⁹, in virtù

¹¹⁷ Secondo A. Nicolussi, *Lo sviluppo della persona*, cit., 28 s., «...le nuove possibilità biotecnologiche fanno emergere in modo particolare il problema della rappresentanza dei soggetti incapaci, minori non coscienti, quando si tratta di decisioni che riguardano la persona e non soltanto il patrimonio». Invita pertanto a distinguere tra «la rappresentanza negoziale o volontaria e la rappresentanza di carattere istituzionale inerente all'esercizio di funzioni di cura (potestà, tutela, curatela speciale) di soggetti incapaci (minori)». Viceversa «si rischia di cadere nella finzione che fa del rappresentante un artificiale portavoce del rappresentato obliterando i limiti intrinseci alle funzioni di cura di cui i genitori e tutori sono investiti». Una tale finzione «è alla radice del sovraccarico che il concetto di rappresentanza subisce in alcune sue forzate applicazioni mercé anche l'assolutizzazione del principio del consenso informato».

¹¹⁸ C. Castronovo, *Autodeterminazione*, cit., 1064 afferma che «L'autodeterminazione può essere tenuta in considerazione senza obliterare altri valori che pure affiorano altrettanto decisamente dalla Carta costituzionale, la quale quantomeno funge da fonte di accertamento dei valori ai quali si deve dire che il nostro ordinamento riserva ossequio. Un'autodeterminazione che si contrapponga al diritto alla vita, che pure indubbiamente sottende tutti i diritti che, nominatamente o desumibili da un'espressione normativa generale, sono oggetto di contemplazione costituzionale, diventa un valore non credibile perché prova troppo».

¹¹⁹ C. Castronovo, *Autodeterminazione*, cit., 1044 «Assolutizzare la vita come dono che ci viene fatto significa obliterare la libertà, la quale da un certo momento diventa coautrice della

del principio del consenso informato, sarebbe logicamente inconcepibile, già sul piano morale, se è vero che con Kant è possibile affermare che «la volontà è pensata come una facoltà di autodeterminazione ad agire in conformità alla rappresentazione di certi leggi», e così pure su quello giuridico contrastando, una manifestazione diretta a sopprimere la propria vita, non tanto con il valore della dignità, che sconterebbe pur sempre il limite di essere espresso dallo stesso soggetto titolare del diritto di libertà quanto con l'art. 5 c.c. e una indiretta, che cioè aiuti nella domanda di essere aiutati nel commiato alla vita, con l'art. 580 del codice penale che sanziona l'aiuto al suicidio. Non è in discussione certo la possibilità di ritirare il consenso prestato al trattamento medico, ma tutt'al contrario, per un verso, il limite oltre il quale il rifiuto assume la forma del suicidio – questione aggirata da Cass. 21478/2007 nel dare per assunto che nel consenso informato rientri anche il diritto ad interrompere le cure anche quando questo implichi la sua morte –, da valutarsi secondo il canone dell'adeguatezza all'interno di quell'area individuata dall'indisponibilità dell'art. 5 c.c. e dal non divieto di suicidio, e per altro verso se tale consenso possa fare a meno dell'attualità e della capacità di intendere e di volere del soggetto (ed è il caso del testamento, detto di vita, ma che piuttosto è di morte) o addirittura, in mancanza di una dichiarazione, che, inevitabilmente, in assenza di una forma idonea a manifestarla non potrà mai esprimere un'effettiva manifestazione di volontà ma tutt'al più un'indiziaria *Weltanschauung*, se possa essere surrogato dalla volontà del rappresentante. In proposito si rivela prezioso l'invito a distinguere la rappresentanza negoziale, sostitutiva dell'autonomia privata, dalla differente funzione (o ufficio) di cura, che è infatti non sostitutiva, bensì alternativa all'autodeterminazione¹²⁰, perché altrimenti si corre il rischio di cadere nella finzione che fa del rappresentante un artificiale

vita, stessa così come essa si viene facendo; e assolutizzare la libertà significa sovraordinarla alla vita sul piano del valore, laddove è la vita che ne costituisce il presupposto e il fondamento».

¹²⁰ In questi termini C. Castronovo, *Autodeterminazione*, cit., 1058.

portavoce del rappresentato¹²¹, fino all'esito paradossale di ritenere la scelta del rappresentante un esercizio di un presunto diritto all'autodeterminazione del rappresentato¹²². Non può neppure sottacersi la critica, anch'essa fondata su una presunta confusione tra la dimensione dell'essere e quella dell'avere, che sempre più di frequente viene rivolta alla legge sull'interruzione di gravidanza la quale non risponderebbe più all'originaria funzione sociale di tutela della salute della donna essendo diventata uno strumento funzionale alle ragioni individuali, complice anche una tendenza alla «personalizzazione» della salute; un diritto soggettivo sulla procreazione di stampo evidentemente vetero-proprietario che contemplerebbe allo stesso modo la facoltà di far na-

¹²¹ A questa finzione di fatto si riduce la decisione di Cass. 21748/2007; quest'aspetto è ben evidenziato da L. Nivarra, *Autonomia (bio)giuridica*, cit., 745 quando riconosce che la decisione della Corte «con il consenso informato... non c'entra nulla: la decisione, per quanto arricchita dalla considerazione (della più o meno faticosamente ricostruita) *Weltanschauung* del paziente, rimane il frutto di una scelta del rappresentante» La contraddizione tra il primato, fondativo della ratio stessa della sentenza, riconosciuto al consenso informato e il fatto, inoppugnabile, che la decisione promani dal solo rappresentante legale e che mette in crisi tutto il ragionamento della Corte è segnalata dal quel «decidere non “al posto” dell'incapace né “per” l'incapace, ma “con” l'incapace» che getta sulla decisione «l'ombra di un'imbarazzante ipocrisia».

¹²² La stessa critica mi pare possa muoversi a quelle impostazioni (G. Spoto, *Testamento biologico e amministrazione di sostegno: il giudice tutelare compie un passo indietro*, in *Il corriere giuridico*, 2009, 1290 s.) che, ritenuto improprio un intervento del legislatore, conferiscono al giudice o all'amministratore di sostegno il compito di interpretare nel *best interest* del paziente la sua volontà. E però, se la volontà diventa un dogma («Non bisogna riconoscere alla volontà dell'individuo il crisma del dogma assoluto[...]») come tale inaccettabile quando perde d'attualità, essendo stata espressa a distanza di tempo rispetto al momento in cui dovrebbe giustificare l'esercizio del diritto, riesce difficile comprendere come la volontà possa recuperare la propria legittima efficacia qualora sia espressa da un terzo se non attraverso un'esperazione del concetto di rappresentanza che è una finzione non meno grave di quella che vuole integrato il requisito della volontà anche quando essa manca di attualità: in tal caso la volontà non soltanto è inattuale ma è addirittura assente. Vale come sempre l'insegnamento di C. Castronovo il quale in *Autodeterminazione*, cit., 1070 afferma: «Se è concepibile che l'io costituisca l'orizzonte di riferimento di colui che decide circa sé, esso non può esserlo per definizione per chi decida per gli altri, il quale avrà anzitutto come orizzonte di riferimento il proprio io e quindi non potrà essere soggetto di una autodeterminazione della quale non sia il titolare».

scere e la facoltà di abortire¹²³. Una critica che coinvolge la stessa l. 194 la quale, ipocritamente, si dice, avrebbe vincolato l'esercizio dell'interruzione della gravidanza alla salute della donna, sia fisica che psichica, ma avrebbe poi considerato tra gli elementi di cui tener conto nella valutazione dello stato di salute, anche le condizioni sociali e familiari e pure quelle economiche. Un'ipocrisia che avrebbe trovato riflesso nell'applicazione della legge, la quale avrebbe mostrato una «dissociazione dei formanti»¹²⁴ tra la regola dettata del legislatore, che aveva fondato la legittimità dell'aborto sul bilanciamento tra il diritto alla vita del nascituro e la salute della gestante e la prassi applicativa che ne ha invece rintracciato il presupposto nel diritto all'autodeterminazione della donna. Ma diversamente, a ben vedere non potrebbe essere, e per questo la critica è condivisibile solo in parte, dato che l'interruzione della gravidanza, come espressione del diritto all'autodeterminazione, è funzione di quella libertà personale come diritto su sé medesimi sancito come inviolabile dall'art. 13 della Costituzione, e che importa il divieto di qualunque decisione eteronoma, giustificata da interessi estranei a quelli della donna, sia pure di procreazione. Lo riconosce lo stesso Oppo il quale afferma inequivocabilmente che: «Non mi par certo (...) che, sia pure in nome della responsabilità del concepimento, si possa imporre alla donna di ospitare, crescere, rendere uomo l'embrione, generarlo e curarlo (...) quasi configurando nel concepimento un atto irrevocabile di disposizione della donna e non già da parte del proprio corpo ma di sé stessa»¹²⁵. È allora del tutto naturale che a dirimere il conflitto tra la scelta della donna e l'aspettativa di vita del concepito, non possa essere la sola salute, il cui riferimento già nel testo della legge, si rivela fondamento troppo angusto se è vero che la formulazione dell'art. 3 nel riferirsi alla lesione anche della salute psichica «in relazione o al suo stato di salute, o alle sue condizioni economiche, o sociali o familiari, o alle circostanze in cui è

¹²³ Sostiene tale critica A. Nicolussi, *Lo sviluppo della persona umana*, cit., 36

¹²⁴ Lo rileva M.R. Marella, *Le donne*, in *Gli anni settanta del diritto privato*, a cura di L. Nivarra, Palermo, 2008, 341 s.

¹²⁵ G. Oppo, *L'inizio della vita*, cit., 521.

avvenuto il concepimento, o a previsioni di anomalie o malformazioni del concepito», rimanda al concetto più ampio di quello di salute, di personalità come libertà di sviluppo di sé. Lo rileva con sicurezza Oppo laddove riconosce che «sul piano di razionalità, l'essenziale attenzione alla persona (della gravidanza *n.d.a.*) e alla personalità non è in partenza, limitabile alla sola salute della madre»¹²⁶. Difetta allora di razionalità – non esita a riconoscerlo lo stesso Oppo – l'argomentazione di Corte Costituzionale n. 27/1975 laddove estende i diritti inviolabili dell'uomo anche all'embrione non ancora uomo, proprio perché omette di considerare la diversità, «che ha un indubbio fondamento nella realtà»¹²⁷ che sussiste tra il concepito e l'uomo. L'intento è quello di giustificare la piena autodeterminazione della donna in ordine all'interruzione della gravidanza nei primi novanta giorni, mentre quando l'aborto viene praticato dopo tale termine «la soppressione del feto sopprime innegabilmente un uomo» e allora torna in campo la salute, gravemente compromessa, peraltro spogliata di qualsiasi riferimento ai condizionamenti sociali. Ma, fin tanto che l'embrione non ha assunto le fattezze dell'uomo, la tutela del concepito deve rinvenirsi non nei diritti dell'uomo, né tantomeno negli altri principi costituzionali che lo tutelino, «ma nella trama di interessi e principi riconosciuto dalla legislazione ordinaria»¹²⁸. Lo rileva perplesso lo stesso Oppo a disagio nel non trovare il capo di una coerenza che lo rassicuri; solo se è stato sciolto positivamente il dilemma sul “se” della vita si impone alla donna un dovere, analogo a quello che coinvolge i terzi, verso il nascituro «non apparendo dubbio che essa debba tenere (...) un comportamento adeguato alle esigenze della nascita e, prima, della salute del feto». Altrimenti, qualora la donna decida per l'interruzione di gravidanza, «può sdoppiarsi liberamente e, benché depositaria del principio di vita, può diventare distruttrice del principio di vita», tanto che «i doveri (che la condizione di gravidanza crea verso la donna *n.d.a.*) perdono molto del loro senso: la loro violazione minaccia di regredire a lesione

¹²⁶ G. Oppo, *ivi.*, 514.

¹²⁷ *Ivi.*, 520.

¹²⁸ *Ibidem.*

di un diritto disponibile della donna»¹²⁹. Questi sdoppiamenti però sconcertano il giurista, gli appaiono come aporie normative, proprio a partire dal valore riconosciuto alla vita umana sin dal principio: anni dopo Oppo riprende e accentua la consistenza di quel principio della vita da lui sempre riconosciuto nell'embrione e anche la distinzione tra fase embrionale e fase fetale è ora rifiutata. Non però la sua convinzione sull'improprietà del riferimento ai diritti dell'uomo¹³⁰, argomentata però su un diverso fondamento: «quei diritti presuppongono un «soggetto», o «persona», o «individuo» o «cittadino» che possa esserne attualmente titolare; qualificazione che non può essere riconosciuta all'embrione talché sono fuori luogo anche le discussioni sulla sua capacità giuridica»¹³¹. Sicché una volta superata l'irriducibilità dell'embrione al soggetto, mediante un'interpretazione estensiva che ne allarghi i confini oltre la nozione di capacità resta aperta la strada per l'attribuzione ad esso dei diritti fondamentali dell'uomo, in sintonia, peraltro, con la concezione dinamica dell'essere umano accolta dalla nostra Costituzione quale «soggetto capace di sviluppo»¹³². Ma l'aporia resta: poiché se l'interesse alla procreazione cosciente e responsabile comporta sin dal concepimento anche dei doveri nei confronti del nascituro – lo stesso art. 1 della l. 194 dichiara espressamente «la tutela della vita umana sin dal suo inizio» - questi oppongono un diverso valore a seconda che gravino sui terzi, compreso il medico oppure

¹²⁹ Ivi, 518.

¹³⁰ G. Oppo, *L'inizio della vita*, cit., 520: «Principi e interessi che vorrebbero la tutela sono invece quelli della stessa legislazione italiana che si è appena visto essere contraddetti dall'aborto anche eseguito nei primi novanta giorni: ma mi par dubbio che la contraddizione condanni quella libertà sul piano costituzionale ed imponga su questo piano, e anche con riguardo all'embrione, almeno il limite fissato dalla sentenza del 1975».

¹³¹ G. Oppo, *Scienza, diritto*, cit., 14-15.

¹³² Diversamente A. Nicolussi, *Lo sviluppo*, cit., 4 il quale, pur condividendo l'idea che la Costituzione accolga «la concezione più estesa di essere umano come soggetto di diritti inviolabili» ritiene che l'embrione sia persona, sul presupposto che «la persona come soggetto che si sviluppa è l'identità di quell'essere vivente che riunisce in sintesi il prima e il dopo, l'embrione e la persona adulta, il bambino e l'anziano, chi prima era sano e poi è divenuto malato, la persona nello stato di veglia e la persona dormiente, la persona cosciente, la persona incosciente».

sulla madre, rispetto alla quale perdono gran parte del loro rilievo. I diritti inviolabili possono però entrare in collisione con altri valori e se nessun problema si pone nel confronto con la collettività, assai complesso diventa invece il confronto con i soggetti coinvolti nella procreazione, primo tra tutti la madre. Ne è consapevole Corte Costituzionale 27/1975 che non esita ad estendere la tutela riconosciuta dai diritti inviolabili dell'uomo al nascituro sebbene «con le particolari caratteristiche sue proprie», salvo poi precisare che «non esiste equivalenza tra il diritto non solo alla vita ma anche alla salute proprio di chi è già persona, come la madre, e la salvaguardia dell'embrione che persona deve ancora diventare»¹³³. Del resto già Paolo Zatti aveva parlato di «singolarità» con riferimento alla relazione madre-figlio, in cui una vita «im-perfetta» è ospitata da una «persona perfetta» e che sul piano giuridico si traduce nella contraddizione di poter raggiungere e tutelare la vita «im-perfetta», unicamente giuridicizzando il territorio in cui risiede, vale a dire la «persona perfetta»¹³⁴; di qui l'impossibilità di tutelare il concepito alla stregua del nato. Così anche quando sussiste un pericolo grave per la salute del figlio ciò non «consentirebbe di... imporre alla madre un determinato trattamento: il feto – questa è la conclusione di Paolo Zatti – è al di là di una soglia, quella del corpo materno, che il diritto non varca con misure coercitive». Ecco allora che il diritto inviolabile degrada a diritto disponibile quando l'esercizio dell'interruzione di gravidanza è rimessa all'esclusiva autodetermina-

¹³³ In tal senso P. Zatti, *Quale statuto*, cit., 472 s. e spec. 478 s; e P. Zatti – U.G. Nannini, (voce) *Gravidanza (interruzione della)*, in *Digesto. disc. priv.*, sez. civile., Torino, 1993: «La qualificazione dell'embrione o del feto come individuo umano, o semplicemente come uomo non implica la riproduzione meccanica di valutazioni e soluzioni praticate per la persona umana che ha piena soggettività. Inoltre, la gravidanza ha caratteri di «singolarità» rispetto ad ogni altro contesto in cui si ponga un problema di contemperamento di interessi, in ragione della «immedesimazione» fisica tra madre e nascituro, che permane almeno finché i due destini non sono, anche biologicamente, separabili».

¹³⁴ Così anche P. Zatti, *La tutela della vita*, cit., 154: «Accade infatti che l'immedesimazione, per così dire, del feto nel corpo materno, faccia convivere due asserzioni apparentemente incompatibili: quella per cui il feto è titolare di un diritto alla vita e alla salute, e quella per cui solo la madre può sollevare o non sollevare lo schermo – la sua stessa integrità corporea e la relativa autodeterminazione per consentire interventi diretti alla salvezza del figlio».

zione della donna. Appare infatti singolare l'attributo dell'invulnerabilità a diritti, compreso quello alla salute, la cui attuazione sarebbe recessiva non soltanto nel bilanciamento con un analogo diritto alla salute della madre, ma, di fatto, sfumata la nozione di salute in quella di personalità, anche rispetto alla libera determinazione della stessa. Ne risulta mortificato il bilanciamento che, per essere tale implica sempre il confronto tra due valori oggettivi, altrimenti il valore oggettivo finisce per essere sempre subordinato alla valutazione soggettiva del portatore dell'interesse in collisione. Si potrebbe allora raccogliere l'invito ad interpretare in maniera rigorosa il concetto di salute, contrastando i processi di soggettivazione che la riducono a una variabile dipendente dalla percezione che ciascuno ha di se. Un invito che rischia però di cadere nel vuoto se si guarda all'interpretazione di salute accolta dall'Oms come «stato di completo benessere fisico, mentale e sociale» cui è aggiunto anche quello di «spirituale» e a cui ha aderito la nostra Cassazione stabilendo il principio per cui la salute non si esaurisce nella «mera eutritmia organo-funzionale (cioè nell'assenza di malattia) ma è uno «stato di completo benessere che coinvolge gli aspetti interiori della vita quali avvertiti e vissuti dal soggetto stesso». E del resto una nozione rigidamente funzionale della salute riferita all'interruzione di gravidanza sarebbe in contrasto con le indicazioni di segno contrario che provengono dall'ordinamento, prima di tutto sul piano della risarcibilità del danno non patrimoniale, dove si è accolta una nozione della persona come sinolo inscindibile di corpo e anima; sicché un trattamento diverso sarebbe lesivo del principio di uguaglianza, previsto dall'art. 3 Cost., che vieta di trattare casi analoghi in modo diverso. Tanto più se non si è disposti a rintracciare un'omogeneità nel «peso» che la vita del concepito assume in contemperamento con la salute della madre, rispetto al peso che potrebbe assumere in altri contesti la vita della persona (nata), in raffronto alla vita o alla salute di altri soggetti. E però se la salute non è più un criterio oggettivo, ma diventa espressione di una «costellazione solidale di valori, il cui nucleo è un'idea unitaria di corpo-mente... sede di un'identità che solo all'indivi-

duo spetta di interpretare e di tradurre in decisioni»¹³⁵, nel bilanciamento pure condotto tra realtà non omogenee non potrà mai soccombere la libertà della donna, neppure quando, dopo i tre mesi, è richiesta un pericolo grave per la sua salute; né varrà appellarsi ad un rigoroso accertamento medico da condursi secondo criteri oggettivi di fronte alla stretta interazione che sussiste tra salute, libertà e personalità. E appare allora più coerente rintracciare il fondamento di legittimità dell'interruzione di gravidanza non tanto nella prevalenza, in un bilanciamento di interessi, del diritto alla vita o alla salute di chi persona già è, ma in quella libertà personale come diritto su sé medesimi sancito come inviolabile dall'art. 13 della nostra Costituzione, e che, proprio per la «assoluta singolarità» della situazione di immedesimazione in cui madre e figlio si vengono a trovare, importa il divieto di qualunque decisione eteronoma, giustificata da interessi estranei a quelli della donna, sia pure di procreazione. Di fronte alla libertà della donna il diritto «con una sofferta autolimitazione» si arresta e «impone non più che una procedura, una dialettica che sottrae la decisione alla pura e autosufficiente discrezionalità della donna...»¹³⁶. Ma ciò senza che ne venga travolta la qualifica di uomo assegnata al concepito e l'attribuzione ad esso della tutela dei diritti inviolabili dell'uomo.

¹³⁵ P. Zatti, *La tutela della vita*, cit., 156

¹³⁶ Ivi, 157.