

## **Esiste un diritto a non nascere se non sani?**

Commento alla Sentenza Cassazione Civile, Sezioni Unite, 22 dicembre 2015 n. 25767

03 Febbraio 2016

Paola Bernardi

### **ABSTRACT**

Nel presente lavoro si affronta la tematica della sussistenza o meno, nel nostro ordinamento, del diritto a non nascere se non sani.

Il caso prende le mosse da una donna che non era stata correttamente informata, durante la gravidanza, circa le malformazioni del feto che portava in grembo.

Nel caso di specie, nonostante i valori riscontrati negli esami effettuati non fossero rassicuranti, alla donna non veniva riferito nulla circa le condizioni di salute del nascituro e veniva avviata al parto.

La materia in esame si intreccia anche con quella relativa al consenso informato, con quella relativa all'eventuale legittimazione del nascituro a pretendere il risarcimento del danno una volta venuto ad esistenza, nonché con quella relativa al contratto con effetti protettivi verso i terzi.

Il caso, una volta giunto in Cassazione, viene assegnato alle Sezioni Unite sussistendo un contrasto di opinioni sulla tematica in esame.

Le Sezioni Unite con Sentenza n. 25767 del 22 dicembre 2015 sembrano aver posto fine ad una serie di notevoli interrogativi, arrivando ad affermare che non esiste nel nostro ordinamento un diritto a non nascere se non sani.

**SOMMARIO: 1) Introduzione; 2) Il contrasto giurisprudenziale in materia; 3) Sentenza Cassazione Civile, Sezioni Unite, 22 dicembre 2015 n. 25767; 4) Considerazioni finali**

### **1) Introduzione**

La Legge 22 maggio 1978 n. 194 ha introdotto nel nostro ordinamento il diritto della donna ad interrompere la gravidanza.

Tale legge ha cercato di contemperare il diritto della donna ad autodeterminarsi in ordine alla possibilità di continuare la gravidanza o meno, e quello del concepito a nascere.

Secondo tale normativa, nei primi novanta giorni di gravidanza, la donna può decidere di porre fine alla stessa, ove la sua prosecuzione comporterebbe un serio pericolo in relazione al suo stato di salute, alle condizioni economiche e fisiche e più in generale alla sua salute psico-fisica.

Nel caso in cui siano trascorsi i novanta giorni, la legge pone condizioni più restrittive a tale scelta, subordinando l'esercizio di questo diritto alla sussistenza di un grave pericolo per la salute della donna, derivante dalla gravidanza o dal parto o dalla presenza di malformazioni del feto.

Tuttavia, per potersi autodeterminare in relazione ad una siffatta scelta, è necessario che la donna riceva un'adeguata informazione in ordine ad ogni circostanza idonea ad influire sulla decisione (cd. consenso informato), anche al fine di un esercizio consapevole del diritto ad una procreazione responsabile.

Di conseguenza, emergono problemi di non poco conto quando la paziente non venga correttamente

informata.

Rispetto a tale eventualità quindi, scaturiscono molti interrogativi, in primis sull'eventuale sussistenza della legittimazione del nato a pretendere il risarcimento del danno, ma anche sull'esistenza o meno, nel nostro ordinamento, di un diritto a non nascere se non sani.

La questione ha avuto origine da una coppia che aveva convenuto in giudizio il primario di Ostetricia e Ginecologia presso l'ospedale di Barga, nonché l'Azienda U.S.L. di Lucca al fine di ottenere il risarcimento dei danni conseguiti alla nascita della figlia affetta da sindrome di Down.

I ricorrenti sostenevano che il danno dovesse essere risarcito dai medici che avevano inviato la donna al parto, nonostante i risultati degli esami ematochimici non fossero risultati rassicuranti.

Il Tribunale di Lucca, in prima istanza, aveva tuttavia rigettato la domanda della coppia.

Tale decisione era stata confermata anche dalla Corte di Appello di Firenze, sulla scorta del ragionamento per cui la donna non aveva fornito la prova della condizione di pericolo per la sua salute fisica o psichica.

I coniugi allora presentavano ricorso per Cassazione, lamentando l'impossibilità di fornire tale prova, poiché la condizione di pericolo per la salute della gestante, si ingenera solo a fronte di un corretto quadro informativo che nella specie era mancato.

## **2) Il contrasto giurisprudenziale in materia**

Il Giudice di legittimità, rilevato un contrasto giurisprudenziale su due temi inerenti la materia in esame, ha rimesso, con ordinanza del 23 febbraio 2015, la questione alle Sezioni Unite (Cass. Civ., III sez., ordinanza interlocutoria 23/02/2015 n. 3569).

Gli interrogativi sui quali la Corte di Cassazione è stata chiamata a pronunciarsi a Sezioni Unite erano due: l'onere probatorio nel risarcimento del danno da nascita indesiderata e la legittimazione del nato alla richiesta risarcitoria che investe la particolare tematica del cd. diritto a non nascere.

In merito alla prima questione riguardante l'onere probatorio, come noto, l'art. 6, lett. B) della Legge 194/1978 prevede che, per vedere riconosciuto il risarcimento da nascita indesiderata, l'onere della prova in capo al danneggiato è particolarmente gravoso: devono essere dimostrate la rilevante anomalia del nascituro, l'omessa informazione d parte del medico, il grave pericolo per la salute psicofisica della donna, nonché la scelta abortiva di quest'ultima, ovvero il fatto che l'accertamento dell'esistenza di anomalie o malformazioni l'avrebbe indotta ad interrompere la gravidanza.

L'aspetto più delicato è costituito dalla circostanza per la quale, la prova verterebbe anche su un fatto psichico, cioè uno stato psicologico, un'intenzione, un atteggiamento volitivo della donna, ed è di tutta evidenza dunque come del fatto psichico non si possa fornire una rappresentazione immediata e diretta.

Secondo un primo orientamento giurisprudenziale, che condivide la teoria del "più probabile che non", corrisponde a regolarità causale, la gestante che interrompa la gravidanza se informata delle gravi malformazioni del feto (Cassazione Civile n. 6735/2002, Cass. Civ. n. 14488/2004, Cass. Civ. n. 13/2010, Cass. Civ. n. 15386/2011).

Sulla scorta di questo pensiero, sarebbe sufficiente che la donna allegi il fatto che si sarebbe avvalsa della facoltà di interrompere la gravidanza se correttamente informata sulle malformazioni del feto.

Di tutt'altro avviso un secondo orientamento, secondo cui, in mancanza di una preventiva inequivocabile ed espressa dichiarazione di volontà della donna di interrompere la gravidanza in caso di malattia del feto, il giudice è chiamato ad una valutazione in concreto, caso per caso (Cass. Civ. n. 16754/2012).

Ancora più delicato si è sempre presentato il dibattito sul tema della legittimazione del nato a pretendere il risarcimento del danno.

Da un lato, secondo l'orientamento maggioritario, nel nostro ordinamento non esisterebbe un diritto a non

nascere, o a non nascere se non sano (Cass. Civ. n. 14488/2004, n. 16123/2206, n. 10741/2009).

Il secondo indirizzo di pensiero, invece, afferma che, una volta venuto ad esistenza, il nascituro ha diritto ad essere risarcito con riguardo al danno consistente nell'essere nato non sano e rappresentato dall'interesse ad alleviare la propria condizione di vita impeditiva di una libera estrinsecazione della personalità (Cassazione Civile n. 16754/2012).

In particolare, in alcune pronunce, si legge che il diritto al risarcimento può essere fatto valere dopo la nascita anche dal figlio, il quale si duole non della nascita dello stato di infermità che sarebbe mancato se non fosse nato, ma dei costi e dei problemi che la nascita malformata comporta (Cass. Civ. 9700/2011, n. 16754/2012).

### **3) Sentenza Cassazione Civile Sez. Un., 22 dicembre 2015 n. 25767**

La Corte di Cassazione a Sezioni Unite, con sentenza n. 25767 del 22 dicembre 2015, sembra aver messo finalmente fine ad una serie di interrogativi di non poco conto.

In merito al dibattito circa l'onere probatorio, a parere delle SS.UU., oggetto della prova è un fatto complesso composto dalla rilevante anomalia del nascituro, dall'omessa informazione da parte del medico, dal grave pericolo per la salute psico-fisica della donna e dalla scelta abortiva.

Secondo il ragionamento delle SS.UU., vertendo la prova anche su un fatto psichico (l'intenzione di abortire della donna), questo non può essere oggetto di prova in senso stretto, e può eventualmente essere provato tramite la dimostrazione di altre circostanze dalle quali si possa risalire all'esistenza di un fatto psichico.

A parere della Corte di Appello di Firenze, la prova di tutto ciò ricadeva esclusivamente sulla gestante.

Per la Corte di Cassazione, l'errore della Corte di Appello di Firenze risiede nell'aver escluso di prendere in considerazione la possibilità di una prova presuntiva, in concreto desumibile dai fatti allegati.

Le Sezioni Unite sostengono che il danno conseguente al mancato esercizio del diritto di scegliere se abortire non è danno *in re ipsa*, occorrendo a tal fine che la situazione di grave pericolo per la salute psico-fisica della donna si sia poi tradotta in un danno effettivo, verificabile anche mediante CTU.

Questa soluzione prospettata dalle Sezioni Unite, sembra sradicare il principio della responsabilità da contatto sociale qualificato in ambito medico.

Il tema del secondo motivo del ricorso, che implica notevoli risvolti etici, verte sulla legittimazione ad agire di chi, al momento della condotta del medico, persona ancora non era, e comunque riveste la tematica della cd. wrongful life.

La Corte, richiamandosi ad un proprio precedente (Cass. Civ., Sez. III, 22 novembre 1993, n. 11503), giunge a confermare l'astratta riconoscibilità della titolarità del diritto del nato a chiedere il risarcimento poiché, tale azione, non troverebbe un ostacolo insormontabile nell'antiorità del fatto alla nascita, giacché si può essere destinatari di tutela anche senza essere soggetti dotati di capacità giuridica ai sensi dell'art. 1 del Codice Civile.

Tuttavia, secondo le Sezioni Unite è necessario scrutinare a fondo il contenuto del diritto che si assume leso.

Quanto al concetto di danno, la Corte rileva che esso è identificabile nella vita stessa e l'assenza di danno risiederebbe dunque nella morte del bambino.

Tutto ciò conduce quindi ad una contraddizione insuperabile, giacché l'assenza di danno è la non-vita, quest'ultima non può essere considerata un bene della vita nemmeno dal punto di vista del nato per il quale il bene leso sarebbe l'omessa interruzione della sua stessa vita.

Tuttavia, il nostro ordinamento non riconosce il diritto alla non vita, tutelando invece il bene giuridico vita. La Corte, negando quindi che nel nostro ordinamento esista un diritto a non nascere se non sani, richiama anche alcune sentenze statunitensi che hanno negato il diritto al risarcimento da cd. wrongful life. Secondo la Cassazione verrebbe meno anche il fondamento della tesi basata sul cd. dovere di protezione di cui sarebbe beneficiario il nascituro.

Diversamente opinando, a parere delle SS.UU., vi è il concreto rischio di una reificazione dell'uomo, la cui vita verrebbe ad essere apprezzabile soltanto in ragione dell'integrità psico-fisica con una chiara deriva eugenica.

#### **4) Considerazioni finali**

Con tale statuizione, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, sono giunte ad affermare a chiare lettere che, nell'ordinamento giuridico italiano, non esiste un diritto a non nascere se non sani.

Il pregio di tale sentenza, risiede nell'aver dato finalmente una risposta, o per lo meno ci si augura, ad una serie di dubbi che si sono sempre posti gli operatori del diritto e non.

#### **ABSTRACT**

Nel presente lavoro si affronta la tematica della sussistenza o meno, nel nostro ordinamento, del diritto a non nascere se non sani.

Il caso prende le mosse da una donna che non era stata correttamente informata, durante la gravidanza, circa le malformazioni del feto che portava in grembo.

Nel caso di specie, nonostante i valori riscontrati negli esami effettuati non fossero rassicuranti, alla donna non veniva riferito nulla circa le condizioni di salute del nascituro e veniva avviata al parto.

La materia in esame si intreccia anche con quella relativa al consenso informato, con quella relativa all'eventuale legittimazione del nascituro a pretendere il risarcimento del danno una volta venuto ad esistenza, nonché con quella relativa al contratto con effetti protettivi verso i terzi.

Il caso, una volta giunto in Cassazione, viene assegnato alle Sezioni Unite sussistendo un contrasto di opinioni sulla tematica in esame.

Le Sezioni Unite con Sentenza n. 25767 del 22 dicembre 2015 sembrano aver posto fine ad una serie di notevoli interrogativi, arrivando ad affermare che non esiste nel nostro ordinamento un diritto a non nascere se non sani.

**SOMMARIO: 1) Introduzione; 2) Il contrasto giurisprudenziale in materia; 3) Sentenza Cassazione Civile, Sezioni Unite, 22 dicembre 2015 n. 25767; 4) Considerazioni finali**

#### **1) Introduzione**

La Legge 22 maggio 1978 n. 194 ha introdotto nel nostro ordinamento il diritto della donna ad interrompere la gravidanza.

Tale legge ha cercato di contemperare il diritto della donna ad autodeterminarsi in ordine alla possibilità di continuare la gravidanza o meno, e quello del concepito a nascere.

Secondo tale normativa, nei primi novanta giorni di gravidanza, la donna può decidere di porre fine alla stessa, ove la sua prosecuzione comporterebbe un serio pericolo in relazione al suo stato di salute, alle condizioni economiche e fisiche e più in generale alla sua salute psico-fisica.

Nel caso in cui siano trascorsi i novanta giorni, la legge pone condizioni più restrittive a tale scelta, subordinando l'esercizio di questo diritto alla sussistenza di un grave pericolo per la salute della donna, derivante dalla gravidanza o dal parto o dalla presenza di malformazioni del feto.

Tuttavia, per potersi autodeterminare in relazione ad una siffatta scelta, è necessario che la donna riceva

un'adeguata informazione in ordine ad ogni circostanza idonea ad influire sulla decisione (cd. consenso informato), anche al fine di un esercizio consapevole del diritto ad una procreazione responsabile.

Di conseguenza, emergono problemi di non poco conto quando la paziente non venga correttamente informata.

Rispetto a tale eventualità quindi, scaturiscono molti interrogativi, in primis sull'eventuale sussistenza della legittimazione del nato a pretendere il risarcimento del danno, ma anche sull'esistenza o meno, nel nostro ordinamento, di un diritto a non nascere se non sani.

La questione ha avuto origine da una coppia che aveva convenuto in giudizio il primario di Ostetricia e Ginecologia presso l'ospedale di Barga, nonché l'Azienda U.S.L. di Lucca al fine di ottenere il risarcimento dei danni conseguiti alla nascita della figlia affetta da sindrome di Down.

I ricorrenti sostenevano che il danno dovesse essere risarcito dai medici che avevano inviato la donna al parto, nonostante i risultati degli esami ematochimici non fossero risultati rassicuranti.

Il Tribunale di Lucca, in prima istanza, aveva tuttavia rigettato la domanda della coppia.

Tale decisione era stata confermata anche dalla Corte di Appello di Firenze, sulla scorta del ragionamento per cui la donna non aveva fornito la prova della condizione di pericolo per la sua salute fisica o psichica.

I coniugi allora presentavano ricorso per Cassazione, lamentando l'impossibilità di fornire tale prova, poiché la condizione di pericolo per la salute della gestante, si ingenera solo a fronte di un corretto quadro informativo che nella specie era mancato.

## **2) Il contrasto giurisprudenziale in materia**

Il Giudice di legittimità, rilevato un contrasto giurisprudenziale su due temi inerenti la materia in esame, ha rimesso, con ordinanza del 23 febbraio 2015, la questione alle Sezioni Unite (Cass. Civ., III sez., ordinanza interlocutoria 23/02/2015 n. 3569).

Gli interrogativi sui quali la Corte di Cassazione è stata chiamata a pronunciarsi a Sezioni Unite erano due: l'onere probatorio nel risarcimento del danno da nascita indesiderata e la legittimazione del nato alla richiesta risarcitoria che investe la particolare tematica del cd. diritto a non nascere.

In merito alla prima questione riguardante l'onere probatorio, come noto, l'art. 6, lett. B) della Legge 194/1978 prevede che, per vedere riconosciuto il risarcimento da nascita indesiderata, l'onere della prova in capo al danneggiato è particolarmente gravoso: devono essere dimostrate la rilevante anomalia del nascituro, l'omessa informazione d parte del medico, il grave pericolo per la salute psicofisica della donna, nonché la scelta abortiva di quest'ultima, ovvero il fatto che l'accertamento dell'esistenza di anomalie o malformazioni l'avrebbe indotta ad interrompere la gravidanza.

L'aspetto più delicato è costituito dalla circostanza per la quale, la prova verterebbe anche su un fatto psichico, cioè uno stato psicologico, un'intenzione, un atteggiamento volitivo della donna, ed è di tutta evidenza dunque come del fatto psichico non si possa fornire una rappresentazione immediata e diretta.

Secondo un primo orientamento giurisprudenziale, che condivide la teoria del "più probabile che non", corrisponde a regolarità causale, la gestante che interrompa la gravidanza se informata delle gravi malformazioni del feto (Cassazione Civile n. 6735/2002, Cass. Civ. n. 14488/2004, Cass. Civ. n. 13/2010, Cass. Civ. n. 15386/2011).

Sulla scorta di questo pensiero, sarebbe sufficiente che la donna allegghi il fatto che si sarebbe avvalsa della facoltà di interrompere la gravidanza se correttamente informata sulle malformazioni del feto.

Di tutt'altro avviso un secondo orientamento, secondo cui, in mancanza di una preventiva inequivocabile ed espressa dichiarazione di volontà della donna di interrompere la gravidanza in caso di malattia del feto, il giudice è chiamato ad una valutazione in concreto, caso per caso (Cass. Civ. n. 16754/2012).

Ancora più delicato si è sempre presentato il dibattito sul tema della legittimazione del nato a pretendere il risarcimento del danno.

Da un lato, secondo l'orientamento maggioritario, nel nostro ordinamento non esisterebbe un diritto a non nascere, o a non nascere se non sano (Cass. Civ. n. 14488/2004, n. 16123/2206, n. 10741/2009).

Il secondo indirizzo di pensiero, invece, afferma che, una volta venuto ad esistenza, il nascituro ha diritto ad essere risarcito con riguardo al danno consistente nell'essere nato non sano e rappresentato dall'interesse ad alleviare la propria condizione di vita impeditiva di una libera estrinsecazione della personalità (Cassazione Civile n. 16754/2012).

In particolare, in alcune pronunce, si legge che il diritto al risarcimento può essere fatto valere dopo la nascita anche dal figlio, il quale si duole non della nascita dello stato di infermità che sarebbe mancato se non fosse nato, ma dei costi e dei problemi che la nascita malformata comporta (Cass. Civ. 9700/2011, n. 16754/2012).

### **3) *Sentenza Cassazione Civile Sez. Un., 22 dicembre 2015 n. 25767***

La Corte di Cassazione a Sezioni Unite, con sentenza n. 25767 del 22 dicembre 2015, sembra aver messo finalmente fine ad una serie di interrogativi di non poco conto.

In merito al dibattito circa l'onere probatorio, a parere delle SS.UU., oggetto della prova è un fatto complesso composto dalla rilevante anomalia del nascituro, dall'omessa informazione da parte del medico, dal grave pericolo per la salute psico-fisica della donna e dalla scelta abortiva.

Secondo il ragionamento delle SS.UU., vertendo la prova anche su un fatto psichico (l'intenzione di abortire della donna), questo non può essere oggetto di prova in senso stretto, e può eventualmente essere provato tramite la dimostrazione di altre circostanze dalle quali si possa risalire all'esistenza di un fatto psichico.

A parere della Corte di Appello di Firenze, la prova di tutto ciò ricadeva esclusivamente sulla gestante.

Per la Corte di Cassazione, l'errore della Corte di Appello di Firenze risiede nell'aver escluso di prendere in considerazione la possibilità di una prova presuntiva, in concreto desumibile dai fatti allegati.

Le Sezioni Unite sostengono che il danno conseguente al mancato esercizio del diritto di scegliere se abortire non è danno *in re ipsa*, occorrendo a tal fine che la situazione di grave pericolo per la salute psico-fisica della donna si sia poi tradotta in un danno effettivo, verificabile anche mediante CTU.

Questa soluzione prospettata dalle Sezioni Unite, sembra sradicare il principio della responsabilità da contatto sociale qualificato in ambito medico.

Il tema del secondo motivo del ricorso, che implica notevoli risvolti etici, verte sulla legittimazione ad agire di chi, al momento della condotta del medico, persona ancora non era, e comunque riveste la tematica della cd. *wrongful life*.

La Corte, richiamandosi ad un proprio precedente (Cass. Civ., Sez. III, 22 novembre 1993, n. 11503), giunge a confermare l'astratta riconoscibilità della titolarità del diritto del nato a chiedere il risarcimento poiché, tale azione, non troverebbe un ostacolo insormontabile nell'antiorità del fatto alla nascita, giacché si può essere destinatari di tutela anche senza essere soggetti dotati di capacità giuridica ai sensi dell'art. 1 del Codice Civile.

Tuttavia, secondo le Sezioni Unite è necessario scrutinare a fondo il contenuto del diritto che si assume leso.

Quanto al concetto di danno, la Corte rileva che esso è identificabile nella vita stessa e l'assenza di danno risiederebbe dunque nella morte del bambino.

Tutto ciò conduce quindi ad una contraddizione insuperabile, giacché l'assenza di danno è la non-vita, quest'ultima non può essere considerata un bene della vita nemmeno dal punto di vista del nato per il quale il bene leso sarebbe l'omessa interruzione della sua stessa vita.

Tuttavia, il nostro ordinamento non riconosce il diritto alla non vita, tutelando invece il bene giuridico vita.

La Corte, negando quindi che nel nostro ordinamento esista un diritto a non nascere se non sani, richiama anche alcune sentenze statunitensi che hanno negato il diritto al risarcimento da cd. wrongful life.

Secondo la Cassazione verrebbe meno anche il fondamento della tesi basata sul cd. dovere di protezione di cui sarebbe beneficiario il nascituro.

Diversamente opinando, a parere delle SS.UU., vi è il concreto rischio di una reificazione dell'uomo, la cui vita verrebbe ad essere apprezzabile soltanto in ragione dell'integrità psico-fisica con una chiara deriva eugenica.

#### **4) Considerazioni finali**

Con tale statuizione, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, sono giunte ad affermare a chiare lettere che, nell'ordinamento giuridico italiano, non esiste un diritto a non nascere se non sani.

Il pregio di tale sentenza, risiede nell'aver dato finalmente una risposta, o per lo meno ci si augura, ad una serie di dubbi che si sono sempre posti gli operatori del diritto e non.

**TAG:** *responsabilità del medico, Risarcimento del danno, civile, Diritto della responsabilità civile e del risarcimento danni*

---

#### **Avvertenza**

*La pubblicazione di contributi, approfondimenti, articoli e in genere di tutte le opere dottrinarie e di commento (ivi comprese le news) presenti su Filodiritto è stata concessa (e richiesta) dai rispettivi autori, titolari di tutti i diritti morali e patrimoniali ai sensi della legge sul diritto d'autore e sui diritti connessi (Legge 633/1941). La riproduzione ed ogni altra forma di diffusione al pubblico delle predette opere (anche in parte), in difetto di autorizzazione dell'autore, è punita a norma degli articoli 171, 171-bis, 171-ter, 174-bis e 174-ter della menzionata Legge 633/1941. È consentito scaricare, prendere visione, estrarre copia o stampare i documenti pubblicati su Filodiritto nella sezione Dottrina per ragioni esclusivamente personali, a scopo informativo-culturale e non commerciale, esclusa ogni modifica o alterazione. Sono parimenti consentite le citazioni a titolo di cronaca, studio, critica o recensione, purché accompagnate dal nome dell'autore dell'articolo e dall'indicazione della fonte, ad esempio: Luca Martini, La discrezionalità del sanitario nella qualificazione di reato perseguibile d'ufficio ai fini dell'obbligo di referto ex art 365 cod. pen., in "Filodiritto" (<https://www.filodiritto.com>), con relativo collegamento ipertestuale. Se l'autore non è altrimenti indicato i diritti sono di Inforomatica S.r.l. e la riproduzione è vietata senza il consenso esplicito della stessa. È sempre gradita la comunicazione del testo, telematico o cartaceo, ove è avvenuta la citazione.*