



UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI DI BARI
ALDO MORO



DIPARTIMENTO JONICO IN SISTEMI
GIURIDICI ED ECONOMICI DEL MEDITERRANEO
SOCIETÀ, AMBIENTE, CULTURE
IONIAN DEPARTMENT OF LAW, ECONOMICS
AND ENVIRONMENT

ANNALI 2021

ANNO IX

DEL DIPARTIMENTO JONICO

ESTRATTO

GIUSEPPE RUGGIERO PARENTE

Danno prenatale e dinamiche medico-legali

<http://edizionidjse.uniba.it/> • ISBN - 9788894503074



DIRETTORE DEL DIPARTIMENTO

Riccardo Pagano

DIRETTORI DEGLI ANNALI

Carlo Cusatelli - Gabriele Dell'Atti - Giuseppe Losappio

COMITATO SCIENTIFICO

Cesare Amatulli, Massimo Bilancia, Annamaria Bonomo, Maria Teresa Paola Caputi Jambrenghi, Nicolò Carnimeo, Daniela Caterino, Nicola Fortunato, Pamela Martino, Maria Concetta Nanna, Vincenzo Pacelli, Fabrizio Panza, Pietro Alexander Renzulli, Umberto Salinas, Paolo Stefani, Laura Tafaro, Giuseppe Tassielli.

COMITATO DIRETTIVO

Aurelio Arnese, Anna Bitetto, Danila Certosino, Ivan Ingravallo, Ignazio Lagrotta, Francesco Moliterni, Paolo Pardolesi, Angela Riccardi, Claudio Sciancalepore, Nicola Triggiani, Antonio Felice Uricchio (in aspettativa per incarico assunto presso l'ANVUR), Umberto Violante

COMITATO DI REDAZIONE

Patrizia Montefusco (Responsabile di redazione), Danila Certosino, Francesca Altamura, Michele Calabria, Marco Del Vecchio, Francesca Nardelli, Filomena Pisconti, Francesco Scialpi, Andrea Sestino, Pierluca Turnone, Domenico Vizzielli

Contatti:

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

Convento San Francesco - Via Duomo, 259 - 74123 Taranto, Italy

e-mail: annali.dipartimentojonico@uniba.it

telefono: + 39 099 372382 • fax: + 39 099

7340595

<https://www.uniba.it/ricerca/dipartimenti/sistemi-giuridici-ed-economici/edizioni-digitali>

ANNO IX
ANNALI 2021
DEL DIPARTIMENTO JONICO



Giuseppe Ruggiero Parente

DANNO PRENATALE E DINAMICHE MEDICO-LEGALI*

ABSTRACT

I moderni strumenti di accesso alla vita intrauterina rendono frequenti le diagnosi prenatali e gli interventi terapeutici e invasivi sul corpo del concepito, nella fase anteriore alla nascita, ma possono presentare rischi di danno per il feto (e per la madre) e sollevare problemi etico-giuridici per gli operatori sanitari. Per tale motivo, nell'ambito del fenomeno del danno prenatale, alcuni modelli comportamentali sono destinati ad interferire con il processo fisiologico della procreazione e ad assumere una specifica rilevanza alterativa, recando pregiudizio al modo di essere del concepito come entità somato-psichica in stato di formazione. La valutazione medico-legale, in questi casi, ai fini del risarcimento del danno, è volta ad individuare il rapporto tra l'entità quantitativa e qualitativa della lesione subita dal concepito e il pregiudizio di ordine giuridico che ne consegue.

Modern tools of access to intrauterine life make frequent prenatal diagnosis and therapeutic and invasive interventions on the body of the conceived, in the pre-birth phase, but can present risks of harm to the fetus (and to the mother) and raise ethical-legal problems for health workers. For this reason, in the context of the phenomenon of prenatal damage, some behavioral models are destined to interfere with the physiological process of procreation and to assume a specific alterative relevance, causing prejudice to the way of being of the conceived as a somato-psychic entity in a state of formation. The medico-legal assessment, in these cases, for the purpose of compensation for the damage, is aimed at identifying the relationship between the quantitative and qualitative extent of the injury suffered by the conceived and the legal prejudice that follows.

PAROLE CHIAVE

Danno prenatale – modelli comportamentali – dinamiche medico-legali

Prenatal damage – behavioral models – medico-legal dynamics

SOMMARIO: 1. La dialettica dei modelli comportamentali nel danno prenatale. – 2. I *torts* procreativi nei sistemi di *common law* e nella letteratura italiana. – 3. La nascita non desiderata di un figlio sano per mancata interruzione della gravidanza o per sterilizzazione non riuscita. – 4. La *malpractice* medica verso il genitore per inesatte o intempestive informazioni diagnostiche sulle malformazioni fetali. – 5. Il danno diretto subito dal figlio per falsa o tardiva diagnosi prenatale. – 6. Le malformazioni fetali trasmesse con l'atto procreativo. – 7. I comportamenti materni pregiudizievoli alla salute del feto.

* Saggio sottoposto a referaggio secondo il sistema per *peer review*.

1. L'utilizzo diffuso di strumenti sofisticati di accesso alla vita intrauterina rende ormai frequenti non solo le diagnosi prenatali, ma pure gli interventi terapeutici e invasivi sul corpo del concepito nella fase anteriore alla nascita.

Purtroppo, le diagnosi e le terapie endouterine possono presentare concreti rischi di danno per il feto (e per la madre) e sollevare problemi etici e giuridici per gli operatori medico-sanitari. Infatti, i procedimenti diagnostici e terapeutici, talvolta, compromettono seriamente la salute, l'integrità e la vita del concepito e, forse anche della madre, e richiedono un attento giudizio di valutazione circa il rischio di non presentare adeguate indicazioni di proporzionalità e di non offrire sufficienti e ragionevoli garanzie di sicurezza¹.

Per tale motivo, nell'ambito del fenomeno del danno prenatale, alcuni modelli comportamentali sono destinati ad interferire con il processo fisiologico della procreazione e ad assumere una specifica rilevanza alterativa, recando pregiudizio al modo di essere del concepito come entità somato-psichica in stato di formazione².

In questo ambito, le modifiche (pregiudizievoli) subite dal concepito a seguito del comportamento dell'agente/omittente acquistano un significato medico-legale qualora ad esse siano collegati determinati effetti giuridici (ad esempio, effetti di tipo risarcitorio).

La valutazione medico-legale, in questi casi, deve individuare il rapporto tra l'entità (quantitativa e qualitativa) della menomazione (o lesione) subita dal concepito all'atto della procreazione, durante la vita endouterina o al momento del parto e il pregiudizio di ordine giuridico che ne consegue.

Perciò, i comportamenti da illecito procreativo interessano un'area più ampia dell'atto di procreazione in senso stretto e coprono anche la fase della gestazione, le vicende concernenti l'eventuale interruzione della gravidanza e quelle relative alla nascita del concepito³.

Tali comportamenti possono essere organizzati secondo le seguenti sequenze diacroniche⁴: 1) il contegno procreativo in sé considerato, che coinvolge anzitutto i genitori, se avviene senza l'ausilio delle tecnologie per la riproduzione medicalmente

¹ Pontificio Consiglio per gli Operatori Sanitari, *Nuova carta degli operatori sanitari*, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano, 2016, p. 36 ss.

² F. Parente, *La staticità normativa e la soggettività della persona fisica*, in G. Lisella, F. Parente, *Persona fisica*, in *Tratt. dir. civ. CNN* Perlingieri, II, 1, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2012, p. 115 ss.

³ R. De Matteis, *Danno esistenziale e procreazione*, in *Rapporti familiari e responsabilità civile*, materiali raccolti a cura di F. Longo, Torino, 2004, p. 125 ss.; P. Cendo, P. Ziviz, *Il risarcimento del danno esistenziale*, Milano, 2003, p. 283 ss.; A. Fraccon, *Relazioni familiari e responsabilità civile*, Milano, 2003, p. 421 ss.; G. Facci, *I nuovi danni nella famiglia che cambia*, Milano, 2004, p. 189; S. Passafiume, *Malformazioni del feto ed errori sanitari*, in *Trattato della responsabilità civile e penale in famiglia* a cura di P. Cendon, Padova, 2004, II, p. 986 ss.

⁴ F. Bilotta, *La nascita di un figlio ti cambia la vita: profili del danno assistenziale nella procreazione*, in *Il danno esistenziale* a cura di P. Cendon e P. Ziviz, Milano, 2000, p. 229.

assistita, ma anche soggetti diversi, legati all'evento, quali gli operatori medici e paramedici o l'autore di una violenza sessuale o i produttori di anticoncezionali; 2) il periodo di gestazione, durante il quale possono essere inferte lesioni alla donna e al feto: emblematici i casi dei bambini nati focomelici a causa del "talidomide" prescritto alla donna in gravidanza e del medico che, malgrado i controlli regolari, non diagnostica malformazioni sulle quali si sarebbe potuto intervenire prima della nascita, evitando più gravi conseguenze successive; 3) la sequenza del parto, la cui rilevanza per il sorgere di una responsabilità civile può essere collegata ad un errato trattamento ostetrico o ad una manovra negligente al momento della nascita⁵.

2. I sistemi di *common law*, da tempo, hanno raggruppato le fattispecie dei *torts* procreativi in tre distinti modelli: la *wrongful conception* (o *pregnancy*); la *wrongful life*; la *wrongful birth*.

Nella *wrongful conception* il risarcimento, chiesto dai genitori, ha fondamento nella nascita non programmata di un figlio sano; nella *wrongful life* la domanda di risarcimento è avanzata dal soggetto "malformato"; nella *wrongful birth* la richiesta è formulata dai genitori nei confronti dei sanitari per atti negligenti, imperiti o imprudenti compiuti durante il parto⁶.

Inoltre, mentre nella *wrongful life*, l'azione di risarcimento esperita dal figlio affetto da anomalie, in proprio o per il tramite dei rappresentanti legali, tende ad ottenere dal personale medico-sanitario il risarcimento dei propri danni esistenziali o il rimborso delle spese di assistenza medica e di laboratorio, nella *wrongful birth*, l'azione di risarcimento dei genitori è volta a ristorare il danno da essi subito a causa della

⁵ In giurisprudenza, cfr. Cass., Sez. III, 10 maggio 2002, n. 6735, in *Foro it.*, 2002, I, p. 3115 ss.; Trib. Venezia, 10 settembre 2002, in *Giust. civ.*, 2003, I, p. 2597 ss., con nota di E. Giacobbe, *La filiazione «da inadempimento»* e di S. Baldassarri, *Sterilità mancata. La nascita indesiderata e la responsabilità del medico*; Trib. Palermo, 3 marzo 2003, in *Danno resp.*, 2003, p. 671 ss.; Cass., Sez. III, 21 luglio 2003, n. 11316, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2004, I, p. 265 ss, con nota di C. Pasquinelli, *Responsabilità medica: la Cassazione torna ad interrogarsi sui temi della colpa e della causalità omissiva*; Cass., Sez. I, 29 luglio 2004, n. 14488, in *Fam. dir.*, 2004, p. 559 ss., con nota di G. Facci, *Wrongful Life: a chi spetta il risarcimento del danno?* e in *Giust. civ.*, 2005, I, p. 121 ss., con nota di E. Giacobbe, *Wrongful life e problematiche connesse*.

⁶ M.C. Agnello, *La responsabilità medica nelle ipotesi di wrongful birth e wrongful life*, in *Per. e danno*, 30 agosto 2010, in www.personaedanno.it; A. Guarneri, *Nascita di figlio malformato, errore diagnostico del medico e regola di responsabilità civile*, cit., p. 850; G. Facci, *I nuovi danni nella famiglia che cambia*, cit., p. 208 ss.; L.V. Moscarini, *Riflessioni sulla risarcibilità del danno per violazione del diritto a non nascere*, in *Famiglia*, 2005, I, pp. 204-205; M. Sella, *La quantificazione dei danni da malpractice medica*, Milano, 2005, pp. 176 e 440; A.M. Princigalli, *Nascere infermo o non nascere: quale tutela per il nuovo nato?*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2001, p. 679 ss.; A. Shapira, «*Wrongful life» lawsuits for faulty genetic counselling: should the impaired newborn be entitled to sue?*, in *J. medical ethics*, 1998, p. 369 ss.; R. Gillon, «*Wrongful life» claims*, in *J. Legal med.*, 1998, p. 363 ss.; J. Fletcher e A. Jonsen, *Ethical considerations in fetal treatment, in The unborn patient*, Philadelphia, 1991, p. 14 ss.; A. Jackson e M. Phil, *Wrongful life and wrongful birth. The English conception*, in *J. legal med.*, 1996, p. 349 ss.

gravidanza non interrotta e della nascita del figlio non sano⁷.

Nella letteratura giuridica italiana, per converso, mancano rigide categorie ordinanti, ma una sistemazione organica delle fattispecie più significative rilevate dalla prassi, proficua ai fini teoretici, può essere condotta alla luce delle seguenti aggregazioni: le fattispecie di nascita «non evitata» per l'inefficace interruzione della gravidanza; le ipotesi di nascita «non programmata» per il fallimento di interventi di sterilizzazione; i casi di nascita «non desiderata» di bambini affetti da gravi malformazioni genetiche o infettive non diagnosticate⁸.

3. Una prima categoria di illeciti da procreazione può ricostruirsi intorno al nucleo fondante del danno da nascita indesiderata di un figlio sano, conseguente ad errore medico per mancata interruzione della gravidanza o per sterilizzazione non riuscita⁹.

In questa categoria di danno da procreazione, non è la nascita a costituire la fonte di un potenziale danno risarcibile, ma la nascita non voluta o non programmata. A prospettare un problema di responsabilità è la circostanza che la nascita del figlio, in quanto non desiderata all'epoca del suo verificarsi o caduta in un momento critico per la coppia, risulta essere un evento che non fa parte dei programmi di vita dei genitori e contrasta con la loro volontà non procreativa¹⁰.

Nelle fattispecie riportabili al modello prospettato, non è in discussione il valore della vita, generata dalla nuova nascita, ma rileva il dato fenomenico che la nascita lede la libertà decisionale dei genitori in ordine all'atto procreativo. La nascita di un figlio non voluto può rappresentare, infatti, un accadimento produttivo di conseguenze

⁷ M. Sella, *La quantificazione dei danni da malpractice medica*, cit., p. 176 ss.; A. Guarneri, *Nascita di figlio malformato, errore diagnostico del medico e regola di responsabilità civile*, cit., p. 850; S. Passafiume, *Malformazioni del feto ed errori sanitari*, cit., pp. 990-991; G. Sebastio, *Le malformazioni del feto*, in *Persona e danno*, a cura di P. Cendon, con la collaborazione di E. Pasquinelli, II, *Lo Statuto del danno biologico. Diritto e follia. La disciplina del danno esistenziale*, Milano, 2004, p. 1158; G. Facci, *Wrongful Life: a chi spetta il risarcimento del danno?*, cit., p. 564 ss.

⁸ F. Parente, *Malformazioni fetali e danni esistenziali da procreazione*, in *Rass. dir. civ.*, 2005, p. 1008 ss.; G. Facci, *I nuovi danni nella famiglia che cambia*, Milano, 2004, p. 208 ss.; L.V. Moscarini, *Riflessioni sulla risarcibilità del danno per violazione del diritto a non nascere*, cit., p. 204 ss.

⁹ F. Parente, *La staticità normativa e la soggettività della persona fisica*, in G. Lisella, F. Parente, *Persona fisica*, cit., p. 119. Nella giurisprudenza italiana, una fattispecie riportabile alla figura della «*wrongful life*» è il caso *Jod*, caratterizzato dal fallito intervento medico di interruzione volontaria della gravidanza e dalla successiva nascita del figlio, malgrado l'atto abortivo subito dalla donna (cfr. Trib. Padova, 9 agosto 1985, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1986, I, p. 115 ss., con nota di P. Zatti, e in *Foro it.*, 1986, I, c. 1995 ss., con nota di V. Zeno-Zencovich; App. Venezia, 23 luglio 1990, in *Riv. it. med. leg.*, 1991, p. 1320 ss., con nota di M. Zanchetti; Cass., 8 luglio 1994, n. 6464, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1995, p. 1107 ss., con nota di S. Orrù e in *Riv. dir. civ.*, 1996, II, p. 342 ss., con nota di D. Carusi).

¹⁰ F. Parente, *La staticità normativa e la soggettività della persona fisica*, in G. Lisella, F. Parente, *Persona fisica*, cit., p. 120; A. Fraccon, *Relazioni familiari e responsabilità civile*, cit., p. 454; A.M. Princigalli, *Quando la nascita non è un lieto evento*, cit., p. 833 ss.; S. Orrù, *La responsabilità del medico e/o dei terzi per la nascita indesiderata*, in *Trattato della responsabilità civile e penale in famiglia*, a cura di P. Cendon, Padova 2004, II, p. 1065 ss.

negative, in una prospettiva di compromissione delle libertà fondamentali della persona e della salute psicofisica della donna¹¹.

Sul piano medico-legale, nella fattispecie declinata, assume rilevanza il rapporto eziologico tra il comportamento medico e la lesione del diritto della coppia alla programmazione dell'esperienza procreativa, che comporta la violazione del diritto dei genitori ad una procreazione consapevole e responsabile (art. 1, l. 22 maggio 1978, n. 194)¹².

La riconduzione ad unità dei due profili è assicurata dall'uniformità dei beni compromessi, che attengono ai diritti inviolabili della persona¹³.

Difatti, la decisione di procreare costituisce esercizio di un potere di autodeterminazione dei genitori, che è espressione del diritto di libertà personale previsto dall'art. 13 cost.; ciò preclude la qualificazione della condotta procreativa come comportamento *contra ius*, ma determina la responsabilità medica per il risarcimento dei danni¹⁴.

Il risarcimento comprende i danni patrimoniali subiti dai genitori per il mantenimento, l'istruzione e l'educazione del figlio nato sano, ma non desiderato, fino al conseguimento dell'autonomia economica del procreato¹⁵.

4. Nel diritto italiano, l'ingiustizia del danno subito dal genitore, a seguito della nascita indesiderata di un figlio affetto da malformazioni fetali non correttamente diagnosticate, può essere desunta dalla violazione del diritto dei genitori ad essere informati tempestivamente dell'esistenza delle malformazioni¹⁶.

Nella specie, sebbene l'anomalia da cui risulta affetto il nato non possa essere imputata al comportamento negligente del medico, ma derivi dall'atto di concepimento (che si pone come veicolo di trasmissione della tara ereditaria o infettiva), tuttavia, l'inesattezza e l'intempestività delle informazioni diagnostiche precludono una scelta genitoriale libera e consapevole circa la prosecuzione o l'interruzione della gestazione (art. 1, legge n. 194 del 1978) e ledono il diritto all'interruzione volontaria della

¹¹ F. Parente, *La staticità normativa e la soggettività della persona fisica*, in G. Lisella e F. Parente, *Persona fisica*, cit., pp. 120-121.

¹² App. Bologna, 19 dicembre 1991, in *Dir. fam. pers.*, 1993, p. 1081.

¹³ A. Fraccon, *Relazioni familiari e responsabilità civile*, cit., p. 454.

¹⁴ G. Facci, *I nuovi danni nella famiglia che cambia*, cit., p. 230.

¹⁵ A. Guarneri, *Nascita di figlio malformato, errore diagnostico del medico e regola di responsabilità civile*, cit., p. 850, nota 3.

¹⁶ F. Parente, *La staticità normativa e la soggettività della persona fisica*, in G. Lisella e F. Parente, *Persona fisica*, cit., p. 127. In giurisprudenza, cfr. CEDU, Sez. IV, 26 maggio 2011, n. 27617, R.R. c. Polonia, in *Pers. e danno*, 28 luglio 2011, in www.personaedanno.it; Cass., 14 luglio 2006, n. 16123, in *Dir. giust.*, 2006, 33, p. 17; Trib. Locri, 6 ottobre 2000, in *Giur. it.*, 2001, p. 735; Trib. Bergamo, 16 novembre 1995, in *Giust. civ.*, 1996, I, p. 867; Cass. pen., Sez. VI, 23 marzo 1997, n. 3599, in *Giur. it.*, 1998, p. 2152; Cass., Sez. I, 29 luglio 2004, n. 14488, in *Dir. fam.*, 2004, p. 559 ss.

gravidanza¹⁷.

Il bene giuridico protetto è la libertà di scelta tra la vita del feto e la salute (o la vita) della madre, mentre l'errore diagnostico, seguito dalla nascita del figlio malformato, rileva come lesione del diritto all'autodeterminazione procreativa¹⁸.

Infatti, a causa della negligenza del personale sanitario, risulta lesa la libertà di scelta della madre, la quale, se correttamente informata delle malformazioni del feto, avrebbe potuto abortire, alla stregua della disciplina dettata dalla legge n. 194 del 1978¹⁹, che, prima del novantesimo giorno, sembra informata ad un principio di scelta libertaria, nel cui ambito il diritto di decisione della gestante assume un peso decisamente preminente; dopo il novantesimo giorno, appare ispirata ad un principio di aborto per giusta causa, in forza del quale la protezione degli interessi del nascituro è subordinata alla tutela degli interessi della gestante²⁰.

5. La questione della responsabilità medica per danno diretto subito dal figlio nato con *handicap* congenito, a seguito di falsa o tardiva diagnosi prenatale, presenta non poche criticità soprattutto per l'assunto che la malformazione non è una conseguenza diretta dell'errore diagnostico o terapeutico, ma deriva da una malattia genetica trasmessa dai genitori con l'atto di procreazione²¹.

In questa ipotesi, consentire al figlio di esercitare l'azione diretta di danni nei confronti del medico significherebbe ammettere un risarcimento a prescindere dal nesso causale tra la condotta illecita e il danno²².

Ulteriori perplessità sul potere di azione del figlio trovano fondamento nella configurazione della fattispecie come ipotesi di danno senza perdita²³.

In realtà, la configurazione dell'*handicap* congenito come fattispecie di danno senza perdita, nella quale il pregiudizio consisterebbe nella menomazione *ab origine* del procreato, non individua la vera natura del danno genetico, che integra un caso di danno da inferiorità biologica o da ridotta aspettativa di vita futura²⁴.

Il danno non consiste nella lesione della vita, ma nelle limitazioni che la vita del

¹⁷ G. Ferrando, *Libertà, responsabilità, procreazione*, cit., p. 226 ss.; G. Facci, *Wrongful Life: a chi spetta il risarcimento del danno?*, cit., p. 566 ss.

¹⁸ F. Parente, *La staticità normativa e la soggettività della persona fisica*, in G. Lisella, F. Parente, *Persona fisica*, cit., p. 128.

¹⁹ G. Facci, *I nuovi danni nella famiglia che cambia*, cit., p. 231.

²⁰ L.V. Moscarini, *Riflessioni sulla risarcibilità del danno per violazione del diritto a non nascere*, cit., p. 196; M. Sella, *La quantificazione dei danni da malpractice medica*, cit., p. 441.

²¹ A.M. Princigalli, *Nascere infermo o non nascere: quale tutela per il nuovo nato?*, cit., p. 690; G. Facci, *Wrongful Life: a chi spetta il risarcimento del danno?*, cit., p. 564 ss.

²² F. Parente, *Malformazioni fetali e danni esistenziali da procreazione*, cit., p. 1019.

²³ G.P. Monateri, «La marque de Cain» *la vita sbagliata, la vita indesiderata e le reazioni del comparatista al distillato dell'alambicco*, in A. D'Angelo (a cura di), *Un bambino non voluto è un danno risarcibile?*, Milano, 1999, p. 298 ss.

²⁴ A.M. Princigalli, *Nascere infermo o non nascere: quale tutela per il nuovo nato?*, cit., p. 694; F. Parente, *Malformazioni fetali e danni esistenziali da procreazione*, cit., p. 1020; G. Facci, *I nuovi danni nella famiglia che cambia*, cit., p. 199 ss.

soggetto nato con malformazioni congenite subisce per effetto della privazione delle qualità psico-fisiche che connotano gli altri consociati²⁵. La mancanza di queste qualità, infatti, impedisce al nato di vivere una vita priva delle disabilità che, una volta nato, si trova a soffrire²⁶.

Il pregiudizio deriva dall'*handicap* e non dalla nascita: ciò porta a respingere l'opinione che mancherebbe un danno risarcibile, non essendo comparabile la vita malata con la sana, poiché questa non ci sarebbe stata. Difatti, il pregiudizio da riparare è la disabilità con cui il bambino nasce, posto che vivere una vita in condizione di menomazione fisica e psichica è di per sé una situazione esistenziale di sfavore²⁷. In questo senso, una vita malformata può costituire una situazione esistenziale negativa²⁸.

6. Resta da verificare l'eventuale responsabilità di uno o di entrambi i genitori verso il figlio per malformazioni genetiche o malattie trasmesse mediante l'atto procreativo²⁹. Le fattispecie interessate da questa dialettica hanno un tratto comune: la condotta si realizza nella fase anteriore al concepimento, attraverso l'atto generativo che si pone non solo come atto di propagazione della vita, ma pure come veicolo di trasmissione della patologia³⁰.

Perciò, la responsabilità aquiliana per atto procreativo si connota per la duplice valenza dell'atto di generazione: da un lato, condotta generativa di una nuova vita; dall'altro, comportamento fonte di danno³¹.

Propria questa caratteristica dell'atto non consente di riconoscere al figlio una tutela risarcitoria nei confronti dei genitori, quand'anche consapevoli della

²⁵ F. Parente, *Malformazioni fetali e danni esistenziali da procreazione*, cit., p. 1020; G. Facci, *Wrongful Life: a chi spetta il risarcimento del danno?*, cit., p. 564 ss.

²⁶ E. Turillazzi, *Dialettica bioetica e concretezza giudiziaria sulla tutela giuridica della vita prenatale*, cit., pp. 749-750. Per i profili bioetici e deontologici legati alla fattispecie della procreazione medica assistita, cfr. V. Fineschi, P. Frati e E. Turillazzi, *Fecondazione assistita e codice deontologico: quale convivenza dopo l'ordinanza di Palermo?*, in *Riv. it. med. leg.*, 1999, p. 1676 ss.; V. Fineschi, P. Frati e E. Turillazzi, *L'ordinanza capitolina sul contratto di maternità surrogata: problematiche etico-deontologiche*, in *Riv. it. med. leg.*, 2000, p. 594 ss.

²⁷ G. Facci, *Wrongful Life: a chi spetta il risarcimento del danno?*, cit., p. 565.

²⁸ F. Parente, *Malformazioni fetali e danni esistenziali da procreazione*, cit., p. 1021.

²⁹ I. Gianecchini, *Malformazioni del figlio e colpe dei genitori*, in P. Cendon (a cura di), *Trattato della responsabilità civile e penale in famiglia*, Padova, 2004, II, p. 1005 ss.; F. Parente, *Malformazioni fetali e danni esistenziali da procreazione*, cit., p. 1011; G. Facci, *I nuovi danni nella famiglia che cambia*, cit., p. 229; L.V. Moscarini, *Riflessioni sulla risarcibilità del danno per violazione del diritto a non nascere*, cit., p. 204.

³⁰ F. Parente, *La staticità normativa e la soggettività della persona fisica*, in G. Lisella e F. Parente, *Persona fisica*, cit., p.122; P. Rescigno, *Il danno da procreazione*, in *Riv. dir. civ.*, 1956, II, pp. 621- 622; G. Facci, *Wrongful Life: a chi spetta il risarcimento del danno?*, cit., p. 562.

³¹ F. Parente, *Malformazioni fetali e danni esistenziali da procreazione*, cit., p. 1012; P. Rescigno, *Il danno da procreazione*, cit., p. 622.

trasmissione fetale del «disordine biologico»³².

Difatti, il figlio non può invocare una tutela contro un atto - quello generativo della vita - che, quale forma di esercizio di un potere di autodeterminazione dei genitori, rientra tra i diritti inviolabili di libertà³³. Se si consentisse al figlio l'azione risarcitoria, s'introdurrebbe nel sistema una sorta di diritto del nato all'eutanasia prenatale, cui farebbe seguito l'obbligo della madre all'interruzione della gravidanza.

In realtà, in presenza di patologie trasmesse con l'atto di procreazione, l'ordinamento giuridico non impone l'interruzione della gravidanza, posto che, esclusa la fattispecie dell'aborto eugenetico³⁴, la scelta abortiva spetta soltanto alla madre nelle ipotesi in cui le malformazioni fetali incidano sulla vita o sulla salute psicofisica della stessa³⁵: la madre, anche se informata dal medico delle malformazioni, potrebbe preferire di portare a termine la gravidanza, accettando gli oneri della nascita di un figlio affetto da *handicap*.

In breve, la madre non può essere chiamata a rispondere della decisione favorevole alla nascita del figlio, in quanto ha operato una scelta consentita dall'ordinamento. Appare allora difficile sostenere che i genitori affetti da una malattia trasmissibile possano essere dichiarati responsabili del disordine biologico del figlio: decidendo di procreare, essi hanno esercitato un loro potere di autodeterminazione, espressione del diritto costituzionale di libertà (art. 13 cost.). Ne consegue che, la condotta procreativa genitoriale, malgrado la trasmissione della malattia, non può essere censurata, né reputata anti-giuridica³⁶.

La legge sull'interruzione della gravidanza ribadisce testualmente che il feto può essere sacrificato soltanto per la tutela della salute della madre (art. 4, l. n. 194 del 1978) e che, qualora sussista la possibilità di una sua vita autonoma, l'aborto non può essere praticato se non quando la gravidanza ed il parto comportino un grave pericolo per la vita della donna (art. 6, lett. *a*, e art. 7, comma 3, l. n. 194 del 1978) e previa adozione di ogni misura idonea salvaguardia della salute del feto stesso (art. 7, comma 3, l. n. 194 del 1978)³⁷.

In sintesi, l'ordinamento giuridico non può tutelare un interesse a non nascere o a

³² A. Liserre, *In tema di danno prenatale*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, p. 101; F. Parente, *La staticità normativa e la soggettività della persona fisica*, in G. Lisella e F. Parente, *Persona fisica*, cit., pp. 123-124.

³³ G. Oppo, *L'inizio della vita umana*, in *Riv. dir. civ.*, 1982, I, p. 506; F. Parente, *Malformazioni fetali e danni esistenziali da procreazione*, cit., p. 1014; E. Capobianco, *Nascituro e responsabilità civile*, in *Rass. dir. civ.*, 1997, p. 65.

³⁴ Cass., Sez. I, 29 luglio 2004, n. 14488, cit.

³⁵ C. Puccini, *Istituzioni di medicina legale*, 5 ed., Casa Editrice Ambrosiana, Milano, 1999, p. 271 ss.

³⁶ G. Facci, *Wrongful Life: a chi spetta il risarcimento del danno?*, cit., p. 563.

³⁷ N. Lipari, *La maternità e sua tutela nell'ordinamento giuridico italiano: bilancio e prospettive*, in *Rass. dir. civ.*, 1986, p. 568 ss.; F. Parente, *Malformazioni fetali e danni esistenziali da procreazione*, cit., p. 1015.

morire³⁸: l'interesse alla negazione della vita non può assurgere a bene giuridicamente tutelabile perché rappresenta una perdita assoluta³⁹.

In una prospettiva medico-legale, pertanto, tutte le opzioni volte a consentire al figlio di esperire azioni risarcitorie verso i genitori per danno da atto di procreazione appaiono incongruenti⁴⁰.

7. Per converso, agli effetti della responsabilità verso il figlio, hanno rilevanza i comportamenti materni dotati di pericolosità per la salute del feto, come, ad esempio, l'uso o l'abuso di sostanze alcoliche o di stupefacenti e l'assunzione di farmaci nocivi per il suo sviluppo⁴¹.

Un ulteriore rilievo possono assumere le decisioni della madre di rifiutare determinati trattamenti terapeutici necessari alla salvaguardia della salute del feto, nella consapevolezza di causare (con il rifiuto) danni irreversibili al nascituro; in merito, può richiamarsi, il rifiuto della madre di sottoporsi a trasfusioni di sangue o a taglio cesareo o ad interventi intrauterini⁴².

Al di fuori delle ipotesi di cessazione della gravidanza (art. 4 e 6, l. n. 194 del 1978), nelle quali, in forza della salvaguardia della salute o della vita della madre, il valore della vita del feto, di regola, soccombe al diritto di autodeterminazione della gestante, può ritenersi che l'obbligo di preservare la salute del concepito, che incombe sulla madre, imponga alla stessa condotte coerenti durante la gestazione, la cui inosservanza integra un atto illecito sanzionato da responsabilità per danno ingiusto verso il figlio⁴³.

³⁸ G. Oppo, *Procreazione assistita e sorte del nascituro*, cit., p. 109; G. Pugliese, *Responsabilità morale e responsabilità giuridica per la procreazione di figli ereditari*, cit., p. 1097; P. Rescigno, *Il danno da procreazione*, cit., p. 622; L.V. Moscarini, *Riflessioni sulla risarcibilità del danno per violazione del diritto a non nascere*, cit., p. 206 ss.

³⁹ Cass., 29 luglio 2044, n. 14488, cit.

⁴⁰ F. Carnelutti, *Postilla*, in *Foro it.*, 1951, I, c. 990; F. Parente, *Malformazioni fetali e danni esistenziali da procreazione*, cit., p. 1015.

⁴¹ A. Jackson e M. Phil, *Wrongful life and wrongful birth. The English conception*, cit., p. 349 ss.; J. Fletcher e A. Jonsen, *Ethical considerations in fetal treatment*, cit., p. 14 ss.

⁴² I. Gianecchini, *Malformazioni del figlio e colpe dei genitori*, in P. Cendon (a cura di), *Trattato della responsabilità civile e penale in famiglia*, cit., p. 1004; F. Parente, *Malformazioni fetali e danni esistenziali da procreazione*, cit., p. 1015.

⁴³ G. Facci, *Wrongful Life: a chi spetta il risarcimento del danno?*, cit., p. 563 ss.; I. Gianecchini, *Malformazioni del figlio e colpe dei genitori*, cit., p. 1004; F. Parente, *Malformazioni fetali e danni esistenziali da procreazione*, cit., p. 1016.