

# INTRODUZIONE

Esiste un diritto a non nascere se non sano?

Domande complesse, difficilmente inquadrabili sotto il profilo morale, logico e giuridico.

Nel presente lavoro ci si soffermerà sulla sussistenza o meno, nel nostro ordinamento, del diritto a non nascere se non sani, alla luce della pronuncia della Corte di Cassazione n. 25767 del 22 dicembre 2015, che pare abbia messo finalmente fine ad una serie di interrogativi.

|

# CAPITOLO I

## IL CASO

### Corte di Cassazione Sentenza n. 25767/2015

#### 1. *Ius Hominum Causa*

Alla fine della giurisprudenza classica, nel III Sec. d.C. il giurista Ermogeniano affermava che la caratteristica preminente del Diritto Romano era quella di porre sempre l'uomo al centro [del fenomeno giuridico](#).

Il diritto era finalizzato agli uomini, e per gli uomini il diritto era stato costituito.

Attorno alla persona avveniva l'organizzazione dello *ius* di modo che assunse carattere e funzione ordinatori dell'intero diritto, indicando la condizione giuridica dell'uomo.

Il termine *persona* individuava [l'essere umano all'interno del](#) gruppo di appartenenza di prima aggregazione (clan, gens, famiglia). Forse fu per questo che si preferì ed ebbe maggior fortuna il termine *persona* [rispetto](#) al termine *homo* indicativo invece del soggetto nella sua individualità.

L'uomo per *i* romani era inserito in un ciclo che non dipendeva dagli uomini ma era [governato](#) da leggi che avevano valore cosmico, [nel rispetto di](#) una religiosità intesa come consapevolezza di appartenere ad un ordine trascendente che abbracciava [una molteplicità di fenomeni](#): le stagioni, l'alternanza del giorno e della notte, *i* movimenti del sole e delle stelle, il concepimento, la nascita, la fanciullezza, la maturità e la vecchiaia.

[Attraverso](#) il termine *persona* fu elaborata una disciplina attenta alla realtà dell'uomo vivente, portatore di prerogative proprie ed espressione di leggi generali.

In questo quadro si inserì la disciplina dei nascituri, considerati centri di imputazioni giuridiche.

Numerosi studi affermano<sup>1</sup> che nel diritto romano il concepito era considerato persona ed aveva autonoma rilevanza giuridica sin dal momento del concepimento.

Il concepito era ammesso all'eredità. Adriano impedì l'esecuzione della donna incinta fino al momento del parto (la gestante inoltre non doveva subire procedimenti inquisitori, compresa la tortura).

Marco Aurelio e Lucio Vero dettarono disposizione volte a proteggere il parto stabilendo che il marito potesse nominare persone (*custodes*) che avrebbero sorvegliato la donna al fine di impedire qualsiasi atto contrario alla nascita.

L'aborto fu sanzionato come *crimen imperatorum* da Settimo Severo e Antonio Caracalla. Durante la gravidanza veniva nominato un *curator ventris* che doveva disporre gli alimenti necessari al mantenimento della moglie incinta.

Dal diritto a nascere conseguiva quello all'alimentazione e all'educazione che venivano assorbiti dalla *patria potestas*.

In epoca romana, il valore dell'uomo dipendeva dalla sua collocazione sociale, ossia attraverso il ruolo e la posizione che assumeva all'interno del gruppo. Il ventaglio di tutele disposte a favore del concepito era in funzione della sua futura collocazione sociale: *pater* nell'ambito della famiglia, *civis* nell'ambito della *civitas*.

---

<sup>1</sup> Vd. ad esempio IUS HOMINUM CAUSA – “Un diritto a misura d'uomo” Tafaro Sebastiano, 2009

## 2. Il precedente

Con atto di citazione [i genitori di](#) (Omissis) convenivano dinnanzi al Tribunale competente il primario di ginecologia presso l'ospedale (Omissis) nonché la direzione generale dell'Azienda Usl (Omissis) ed il primario del laboratorio delle analisi chimiche microbiologiche del predetto ospedale chiedendo il risarcimento del danno in quanto la signora aveva partorito una bambina affetta da sindrome di Down, avendo in precedenza comunque effettuato esami ematochimici a scopo di indagine diagnostica prenatale, proprio al fine di identificare tale eventuale patologia, e a seguito del fatto che il primario aveva inviato la paziente al parto, omettendo, colposamente, ulteriori approfondimenti, resi necessari dai valori non corretti risultanti dagli esami.

Il medico si costituiva negando la propria responsabilità e assumendo che i risultati degli esami non erano tali da indurre al sospetto della sindrome di Down nel feto e chiedeva di essere autorizzato a chiamare in causa la compagnia assicurativa, presso la quale era assicurato.

Il Giudice di prime cure rigettava la domanda con compensazione delle spese.

La Corte d'Appello competente rigettava ugualmente il gravame in quanto:

- Il risarcimento del danno non conseguiva automaticamente all'inadempimento dell'obbligo di esatta informazione a carico del sanitario su possibili malformazioni del nascituro, bensì era soggetta alla prova della sussistenza delle condizioni previste dalla Legge 22 maggio 1978 n. 194 per ricorrere all'interruzione della gravidanza;
- L'interruzione della gravidanza era consentita per evitare un pericolo per la salute della gestante e subordinata a requisiti specifici, in assenza dei quali l'aborto costituiva reato;
- Dopo il novantesimo giorno di gravidanza occorreva che la presenza di rilevanti anomalie nel feto determinasse un grave pericolo per la salute fisica o psichica della madre, su cui incombeva il relativo onere della prova;
- Gli attori non avevano fornito alcuna prova al riguardo;
- Deve essere negata altresì anche la legittimazione della figlia minore sulla

base della prospettazione di un diritto a non nascere privo di riconoscimento giuridico, come anche l'ammissibilità del c.d. aborto eugenetico, in assenza di alcun pericolo per la salute della madre, una volta esclusa ogni responsabilità del medico nella causazione della malformazione del feto.

Avverso la decisione della Corte d'Appello i coniugi proponevano ricorso per Cassazione.

Il problema [riguarda](#) una donna non correttamente informata, durante la gravidanza, circa le malformazioni del feto.

Nel caso di specie, nonostante i valori riscontrati negli esami effettuati non fossero rassicuranti, alla donna non veniva riferito nulla circa possibili [ulteriori esami diagnostici](#) e veniva avviata al parto.

Così rassicurata, la donna portava avanti la gravidanza, dando alla luce una bambina affetta da sindrome di Down.

Contro il medico, che non avrebbe prescritto esami più approfonditi, agiscono sia i genitori in proprio che quali rappresentanti della minore.

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