



CASS. CIV., SEZIONE III, 5 APRILE – 3 MAGGIO 2011, N. 9700. (PRES. FILADORO – REL. AMATUCCI).

CAPACITÀ GIURIDICA – SOGGETTIVITÀ GIURIDICA – NASCITURO – EFFICACIA GIURIDICA – RILEVANZA GIURIDICA – ILLECITO AQUILIANO.

Una volta accertata l'esistenza di un rapporto di causalità tra un comportamento colposo, anche se anteriore alla nascita, ed il danno che sia derivato al soggetto che con la nascita abbia acquistato la personalità giuridica, sorge e dev'essere riconosciuto in capo a quest'ultimo il diritto al risarcimento.

Dunque anche il soggetto nato dopo la morte del padre naturale, verificatasi durante la gestazione per fatto illecito di un terzo, ha diritto, nei confronti del responsabile, al risarcimento del danno per la perdita del relativo rapporto e per i pregiudizi di natura non patrimoniale e patrimoniale che gli siano derivati.

Svolgimento del processo

1.- Il (omissis) M. C. morì per lo scontro della motocicletta sulla quale viaggiava con l'autovettura condotta dal proprietario F.B.

Con sentenza n. 2949 del 2009 il tribunale di Bergamo, decidendo sulle domande risarcitorie dei congiunti, ritenne che l'incidente si fosse verificato per colpa prevalente (75%) del B. e lo condannò, in solido con Ubi Assicurazioni s.p.a., a pagare Euro 159.164,17 a ciascuno dei genitori del defunto, Euro 167.849,06 alla moglie ed Euro 95.738,50 alla sorella, oltre agli accessori.

Escluse invece che potesse riconoscersi il risarcimento (indicato nella misura di Euro 159.164,17) alla figlia del defunto C.E., in quanto nata il (omissis), dopo la morte del padre. Ritenne che "ella non potesse essere titolare di alcun diritto al risarcimento in caso di lesione" in quanto priva della capacità giuridica alla data dell'evento dannoso.

2.- La sentenza è stata confermata sul punto dalla corte d'appello di Brescia che, decidendo anche sul gravame di R.M. quale esercente la potestà sulla figlia minore, lo ha respinto sul sostanziale rilievo che "al riconoscimento di un autonomo diritto al risarcimento per la morte di un genitore, avvenuta nel periodo intercorrente tra il concepimento e la nascita, è di ostacolo insormontabile la duplice circostanza dell'inesistenza al momento del sinistro del soggetto danneggiato e della mancanza di una norma specifica che gli attribuisca siffatto diritto, pur subordinato nel suo concreto esercizio all'evento della nascita".

3.- Avverso la sentenza ricorre per cassazione R.M. nella indicata qualità, affidandosi ad un unico motivo illustrato anche da memoria. Resiste con controricorso l'Ubi Assicurazioni s.p.a. (già Bpu Assicurazioni s.p.a.).

Non hanno svolto attività difensiva gli altri intimati.



Motivi della decisione

1.- Sono dedotte violazione e falsa applicazione degli artt. 462 e 2043 c.c.

Si sostiene che chi sia nato successivamente alla morte del padre può ottenere il risarcimento dei danni patrimoniali e non patrimoniali "*verificatisi in contemporanea alla nascita o posteriormente a questa*", essendo irrilevante la non contemporaneità fra la condotta dell'autore dell'illecito ed il danno, che ben può verificarsi successivamente, secondo quanto chiarito da Cass. pen. n. 11625 del 2000.

La sentenza è in particolare criticata per essersi allineata al principio enunciato dalla risalente Cass. n. 3467 del 1973 (espressasi nel senso che hanno carattere eccezionale e sono dunque di stretta interpretazione le disposizioni di legge che, in deroga al principio generale dettato dall'art. 1, primo comma, cod. civ., prevedono la tutela dei diritti del nascituro), esplicitamente ritenendo inapplicabile alla fattispecie in esame il più recente indirizzo giurisprudenziale (di cui a Cass. n. 10741 del 2009, emessa sulla scia di Cass. nn. 14488 del 2004 e 11503 del 2003, tutte della III sezione civile) "*secondo il quale il concepito, pur non avendo una piena capacità giuridica, è comunque un soggetto di diritto, perché titolare di molteplici interessi personali riconosciuti dall'ordinamento sia nazionale che sopranazionale, quali il diritto alla vita, alla salute, all'onore, all'identità personale, a nascere sano; diritti questi rispetto ai quali l'avverarsi della condicio iuris della nascita è condizione imprescindibile per la loro azionabilità in giudizio ai fini risarcitori*".

Si afferma che tali principi sono applicabili anche alla perdita del rapporto parentale.

2.- Il motivo, anche se per ragioni non in tutto coincidenti con quelle prospettate dalla ricorrente, è fondato in relazione all'addotta violazione dell'art. 2043 cod. civ. (non anche dell'art. 462 cod. civ., che attiene alla capacità a succedere ed è dunque del tutto estraneo al caso, concernente una domanda di risarcimento formulata *iure proprio* dalla figlia nata dopo la morte del padre).

Il collegio ritiene che non si ponga alcun problema relativo alla soggettività giuridica del concepito, non essendo necessario configurarla per affermare il diritto del nato al risarcimento e non potendo, d'altro canto, quella soggettività evincersi dal fatto che il feto è fatto oggetto di protezione da parte dell'ordinamento.

Il diritto di credito è infatti vantato dalla figlia in quanto nata orfana del padre, come tale destinata a vivere senza la figura paterna. La circostanza che il padre fosse deceduto prima della sua nascita per fatto imputabile a responsabilità di un terzo significa solo che condotta ed evento materiale costituenti l'illecito si erano già verificati prima che ella nascesse, non anche che prima di nascere potesse avere acquistato il diritto di credito al risarcimento. Il quale presuppone la lesione di un diritto (o di altra posizione giuridica soggettiva tutelata dall'ordinamento), che nel caso in scrutinio è da identificarsi con il diritto al godimento del rapporto parentale (Cass. nn. 8827 e 8828 del 2003 e Cass., sez. un., n. 26972 del 2008), certamente inconfigurabile prima della nascita. Così come solo successivamente alla nascita si verificano le conseguenze pregiudizievoli che dalla lesione del diritto derivano.

Del rapporto col padre e di tutto quanto quel rapporto comporta la figlia è stata privata nascendo, non prima che nascesse. Prima, esistevano solo le condizioni ostative al suo



insorgere per la già intervenuta morte del padre che la aveva concepita, ma la mancanza del rapporto intersoggettivo che connota la relazione tra padre e figlio è divenuta attuale quando la figlia è venuta alla luce.

In quel momento s'è verificata la propagazione intersoggettiva dell'effetto dell'illecito per la lesione del diritto della figlia (non del feto) al rapporto col padre; e nello stesso momento è sorto il suo diritto di credito al risarcimento, del quale è dunque diventato titolare un soggetto fornito della capacità giuridica per essere nato.

Non è revocato in dubbio il nesso di causalità fra illecito e danno, inteso come insieme di conseguenze pregiudizievoli derivate dall'evento (morte del padre), sicché non può disconoscersi il diritto al risarcimento della figlia. La relazione col proprio padre naturale integra, invero, un rapporto affettivo ed educativo che la legge protegge perché è di norma fattore di più equilibrata formazione della personalità. Il figlio cui sia impedito di svilupparsi in questo rapporto ne può riportare un pregiudizio che costituisce un danno ingiusto indipendentemente dalla circostanza che egli fosse già nato al momento della morte del padre o che, essendo solo concepito, sia nato successivamente.

2.1.- Questa corte ha, del resto, già esplicitamente negato, pur se in ipotesi di danno provocato al feto durante il parto, che l'esclusione del diritto al risarcimento "*possa affermarsi sul solo presupposto che il fatto colposo si sia verificato anteriormente alla nascita*", definendo erronea la concezione che, al fine del risarcimento del danno extracontrattuale, ritiene "*necessaria la permanenza di un rapporto intersoggettivo tra danneggiante e danneggiato*"; ed ha concluso che "*una volta accertata, quindi, l'esistenza di un rapporto di causalità tra un comportamento colposo, anche se anteriore alla nascita, ed il danno che sia derivato al soggetto che con la nascita abbia acquistato la personalità giuridica, sorge e dev'essere riconosciuto in capo a quest'ultimo il diritto al risarcimento*" (così Cass. 22 novembre 1993, n. 11503, sub n. 3 della motivazione; contra, tuttavia, anche se con affermazione meramente assertiva, Cass. 21 gennaio 2011, n. 1410, sub n. 2 della motivazione).

Analogo orientamento è stato espresso, tra le altre, da Cass. 9 maggio 2000, n. 5881, anch'essa concernente un caso di lesione provocata al feto, che ha considerato un errore giuridico il "voler ragionare in termini di acquisto del diritto in rapporto a fatti idonei a determinarlo, però prodottosi prima della nascita, quando nel caso si tratta, per la persona, una volta nata, di non subire inerme una menomazione che, prodottasi durante il completamento della propria formazione anteriore alla nascita, produce i suoi effetti invalidanti rispetto al dispiegarsi della propria individualità di persona che esiste" (così in motivazione, sub 4.1.).

2.2.- Quanto alle modalità di insorgenza del diritto al risarcimento, il caso ora in scrutinio non si differenzia da quello della lesione colposamente cagionata al feto durante il parto, dunque prima della nascita, da cui deriva, dopo la nascita, il diritto del nato al risarcimento per il patito danno alla salute: danno da lesione del diritto alla salute, dunque, e non già del cosiddetto "diritto a nascere sano", che costituisce soltanto l'espressione verbale di una fattispecie costituita dalla lesione provocata al feto, ma che non è ricognitiva di un diritto preesistente in capo al concepito, che il diritto alla salute acquista solo con la nascita.



Così come, in altro ambito, null'altro che espressiva di una particolare fattispecie è la locuzione "diritto a non nascere se non sano", alla cui mancanza questa corte ha, in passato (cfr. Cass. 29 luglio 2004, n. 14488, seguita da Cass. 14 luglio 2006, n. 16123), correlato la risposta negativa al quesito relativo al se sia configurabile il diritto al risarcimento del nato geneticamente malformato, nei confronti del medico che non abbia colposamente effettuato una corretta diagnosi in sede ecografica ed abbia così precluso alla madre il ricorso all'interruzione volontaria della gravidanza, che ella avrebbe in ipotesi domandato.

La diversa costruzione che il collegio ritiene corretta consentirebbe invece, nel caso sopra descritto, una volta esclusa l'esigenza di ravvisare la soggettività giuridica del concepito per affermare la titolarità di un diritto in capo al nato, di riconoscere il diritto al risarcimento anche al nato con malformazioni congenite e non solo ai suoi genitori, come oggi avviene, sembrando del tutto in linea col sistema e con la diffusa sensibilità sociale che sia esteso al feto lo stesso effetto protettivo (per il padre) del rapporto intercorso tra madre e medico; e che, come del resto accade per il padre, il diritto al risarcimento possa essere fatto valere dopo la nascita anche dal figlio il quale, per la violazione del diritto all'autodeterminazione della madre, si duole in realtà non della nascita ma del proprio stato di infermità (che sarebbe mancato se egli non fosse nato).

3.- Diversi sono certamente gli interessi incisi, ma tutti risultano presidiati dalla Costituzione, rispettivamente con gli artt. 32, primo (salute) e secondo comma (autodeterminazione), 29, primo comma (famiglia) e 30, primo comma (rapporto genitori-figli).

La sentenza è conseguentemente cassata con rinvio alla stessa corte d'appello, che deciderà nel rispetto del seguente principio di diritto: *"anche il soggetto nato dopo la morte del padre naturale, verificatasi durante la gestazione per fatto illecito di un terzo, ha diritto nei confronti del responsabile al risarcimento del danno per la perdita del relativo rapporto e per i pregiudizi di natura non patrimoniale e patrimoniale che gli siano derivati"*.

Il giudice del rinvio, che si designa nella stessa corte d'appello in diversa composizione, regolerà anche le spese del giudizio di cassazione.

P.Q.M.

La Corte di Cassazione accoglie il ricorso, cassa e rinvia, anche per le spese, alla corte d'appello di Brescia in diversa composizione.



LA POSIZIONE DEL CONCEPITO PRIVATO DEL RAPPORTO GENITORIALE A CAUSA DI UN ILLECITO ALTRUI

AURORA VESTO

E' possibile ricondurre in capo al concepito diritti e interessi sia di tipo economico sia di natura non patrimoniale, essendo oramai indiscussa la soggettività del nascituro, il quale non ha solo il "diritto a nascere sano" ma anche il diritto a non essere privato della bigenitorialità.

Sebbene l'art. 1 c.c. enunci che l'acquisto della capacità giuridica è subordinato all'evento della nascita, è evidente che, anche prima di quel momento, assume rilevanza il diritto del concepito. La tutela del concepito, cioè, non va depotenziata solo perché il soggetto non è ancora venuto ad esistenza; anzi la sua situazione va rafforzata, con la conseguenza di riconoscere al concepito, una volta nato, la risarcibilità del danno per la perdita del rapporto parentale.

Sommario: 1. La rilevanza giuridica del concepito; 2. L'obbligo risarcitorio a favore del nascituro.

1. Per essere titolare di situazioni giuridiche è necessario che la persona abbia capacità giuridica, cioè sia nata.

La nascita è un fatto naturale, che consiste nella separazione del feto dal corpo materno; così la persona diventa, secondo la dottrina¹, "*soggetto portatore potenziale di tutti gli interessi giuridici tutelati dal sistema, nonché titolare di un insieme di diritti e di garanzie che si collegano immediatamente alla sua personalità*".

Al riguardo deve ricordarsi che in dottrina la capacità giuridica è stata indicata come l'attitudine <<ad essere in astratto soggetto attivo o passivo di rapporti giuridici>>, o è stata ricollegata, qualificandola generale, ad uno <<stato>> di <<persona>> o considerata come una conseguenza dello *status* della persona e più recentemente, altresì, è stato precisato che la capacità giuridica denota un concetto di natura statica e cioè l'attitudine della persona ad essere soggetto di diritti².

Falzea afferma che <<la capacità giuridica, identificandosi totalmente con la soggettività giuridica, si acquista con il sorgere stesso del soggetto ed al soggetto, per tutta la sua esistenza, si accompagna immutabile>>³.

Dall'art.1 del c.c. si evince che la nascita assurge a discriminie di individuazione della soggettività giuridica, intesa come rapporto tra soggetto e capacità.

¹ A. FALZEA, voce *Capacità (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, vol. VI, Giuffrè, 1977, p. 12.

² F. SCARDULLA, voce *Nascita (dir. civ.)*, in *Enc. dir.*, vol. XXVII, Giuffrè, 1977, p. 520.

³ A. FALZEA, voce *Capacità*, cit., p. 23.



Il sostantivo “nascituro”, nel suo significato lessicale, sta ad indicare chi è per nascere; nel significato giuridico indica colui che potrà nascere anche se non vi è un concepimento o una gestazione in atto. La protezione del nascituro sta in funzione del verificarsi della nascita: art. 1, comma II, c.c.; è ovvio, infatti, che il concepito potrà acquistare la capacità giuridica in quanto nascerà e cioè si separerà dal corpo materno, venendo a fruire di una vita autonoma⁴.

Il codice civile riconosce capacità patrimoniale al nascituro non ancora concepito, sia con l'art. 426, che attribuisce al nascituro la capacità di succedere⁵, sia con l'art. 784, il quale gli riconosce la possibilità di ricevere per donazione⁶.

⁴ F. SCARDULLA, voce *Nascituro* (*dir. civ.*), cit., p. 538.

⁵ Si è osservato che in sede di lavori preparatori del libro delle successioni vigente si discusse se il concepito potesse ritenersi un soggetto dotato <<di piena capacità giuridica, sul fondamento di una *factio iuris* o del riconoscimento anticipato della sua personalità giuridica>>, ma i primi commentatori dell'art. 462 c.c. osservarono che l'art. 1 c.c. riconosce al nascituro concepito soltanto dei diritti, subordinatamente all'evento della nascita, per cui il concepito <<ha la capacità di succedere, la quale in realtà manifestasi in ciò che la legge consente di costituire a favore di lui dei diritti sottoposti alla condizione che egli nascerà. Con la nascita si verifica l'acquisto, gli effetti del quale risalgono al momento dell'attribuzione dei diritti sub condizione>>. Sviluppando tali concetti è stato sostenuto da alcuni che a favore del concepito l'art. 462 c.c. determina <<uno stato di pendenza della delazione, analogo a quello della delazione condizionale>>, da altri che il concepito è perciò stesso erede, salva la risoluzione in caso di mancata nascita. Altri autori, spostando l'attenzione sulla soggettività del nascituro, hanno affermato che questi sarebbe un soggetto <<possibile>> anche se non ancora esistente o munito di una soggettività attenuata o ridotta. Infine, considerando la capacità del nascituro, non è mancato chi ha precisato che al concepito non è attribuita una capacità giuridica generale, ma sono riconosciuti dalla legge singoli diritti subordinatamente all'evento della nascita. Le tesi finora esposte danno preminente rilievo alla soggettività del nascituro, trascurando di considerare che il concepito è un essere in formazione, ma di quest'ultima rimane incerto il completamento e quindi, ad un tempo, la nascita e l'acquisto della capacità giuridica (F. SCARDULLA, voce *Nascituro* (*dir. civ.*), cit., pp. 541-542).

La teoria preferibile è quella che ravvisa nella istituzione dei nascituri una “*fattispecie a formazione progressiva*”, nella quale si ha un *eccezionale anticipo di alcuni elementi della fattispecie stessa*, in quanto si consente che il chiamato non esista ancora al momento dell'apertura della successione.

All'apparente contrasto tra l'art. 1, comma I, c.c. e l'art. 462, comma I, c.c. si è ovviato (L. COVIELLO JR., voce *Capacità di succedere a causa di morte*, in *Enc. dir.*, vol. VI, Milano, 1960, p. 57) facendo richiamo al comma II dell'art. 1, secondo il quale <<i diritti che la legge riconosce a favore del concepito, sono subordinati all'evento della nascita>>. Con questa norma, applicabile *a fortiori* anche ai non concepiti, si vuole chiarire che i diritti riconosciuti al nascituro gli spetteranno se e quando egli nascerà.

Si ha, in altri termini, una *situazione di attesa e di pendenza* quanto alla titolarità dei diritti, dovuta all'attuale inesistenza del soggetto destinatario. La titolarità dei diritti e la stessa soggettività del nascituro sono *in fieri*. E' inutile ricorrere ad una innaturale anticipazione, se



In entrambi i casi, tuttavia, l'acquisto del diritto è sottoposto a condizione sospensiva, cioè, l'attribuzione dei diritti deve ritenersi differita al momento della nascita, essendo quest'ultima l'evento cui è stato subordinato quel negozio testamentario da parte del *de cuius* che, ex art. 462, comma III, c.c., ha istituito eredi “*i figli di una determinata persona vivente*” al momento della successione, anche se non ancora concepiti⁷; perciò, se il nascituro indicato come successore non nasce, non acquista alcun diritto.

pure parziale, di capacità giuridica, perché è sufficiente riconoscere l'esistenza di diritti riservati per un soggetto futuro e il fenomeno non è diverso per il concepito e per il non concepito, entrambi inesistenti e perciò giuridicamente incapaci a succedere: quindi, a favore del nascituro si ha una delazione differita dell'eredità (G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, t. 1, Giuffrè, 2002, p. 114), poiché la capacità di succedere è soltanto eventuale; pertanto la delazione produrrà i suoi effetti quando il soggetto verrà ad esistenza; solo allora, infatti, il soggetto atteso, finalmente nato, si troverà nella condizione giuridica di poter acquistare i beni (ult. op. cit., p. 115).

⁶ La dottrina ha mostrato le difficoltà che si hanno nell'ipotesi in cui una donazione sia stata fatta a favore di un nascituro, posto che la donazione è definita dall'art. 769 c.c. “contratto”. Attesa tale natura contrattuale, è alquanto difficile intendere la singolare figura di contratto prevista dall'art. 784, comma I, c.c. in cui uno dei contraenti (il donatario), al momento della compilazione dell'atto pubblico (richiesto sotto pena di nullità), non è ancora nato o addirittura non è concepito, purché figlio di una persona vivente al tempo della donazione (F. SCARDULLA, voce *Nascituro (dir. civ.)*, cit., p. 544).

Difatti, taluno (Balbi, *Saggio sulla donazione*, in *Memorie dell'Istituto giuridico di Torino*, Torino, 1942, p. 131) ha sostenuto che il contratto di donazione a nascituri si perfeziona con la nascita del soggetto. Ma in contrario può facilmente osservarsi che il contratto non si può perfezionare che con l'accettazione la quale, nel nostro caso, precede l'esistenza del soggetto. Ricorre, anche per la donazione a nascituri, quella suggestiva figura del *negozio a consenso anticipato*, messa in luce da un autorevole giurista (Rubino) con particolare riguardo alla vendita di cosa futura, che si ha quando si verifica un'inversione dell'ordine cronologico di formazione degli atti giuridici. La nascita del soggetto, infatti, non precede, come di regola, ma segue il compimento del negozio giuridico (G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, t. 2, Giuffrè, 2002, pp. 790-791). Perciò, il bene donato è *ancora del donante*, il quale però non è più titolare del diritto pieno, ma del diritto risolutivamente condizionato all'evento nascita (ult. op. cit., p. 793), giacché l'incompletezza della fattispecie per inesistenza del donatario impedisce la produzione dell'effetto traslativo.

⁷ Cfr. F. SCARDULLA, voce *Nascituro (dir. civ.)*, cit., pp. 542-543, ove l'A. evidenzia che <<se quindi guardiamo al contenuto del negozio testamentario che istituisce erede il nascituro concepito ci appare di tutta evidenza come la speranza della nascita del concepito abbia esclusivamente determinato la volontà del testatore per cui è innegabile il legame logico tra l'eventualità della nascita ed il negozio, ponendosi la nascita come causa di esso. Sotto questo profilo la nascita, quantunque posteriore in ordine cronologico al negozio, ne costituisce l'antecedente logico, sicché può ripetersi che tra essa ed il negozio vi è un nesso oggettivo di subordinazione logica in quanto il regolamento di interessi voluto dal testatore non è attuabile senza che venga in essere il soggetto contemplato>>.



Comunque ciò attesta che l'ordinamento giuridico protegge non soltanto il soggetto "nato", che acquista la capacità giuridica al momento della nascita, ma anche il "nascituro", che ancora non ha capacità ma ha autonoma rilevanza.

Questo dimostra che gli interessi patrimoniali del concepito hanno bisogno di un certo arco temporale prima di poter far sorgere la fattispecie giuridica completa; perciò, la tutela di questi interessi *in fieri* assume la forma dell'aspettativa, e, proprio la salvaguardia di questi interessi richiede una tutela di tipo conservativo.

Ci si chiede, perciò, se riceve rilevante protezione giuridica la fattispecie del "corpo vivente ma ancora non nato", ed è proprio di questo che la Cassazione si è occupata con la sentenza in esame.

Tuttavia, l'attribuzione dei diritti a favore del concepito, subordinati all'evento della nascita, non deve far pensare ad una "anticipazione" della personalità sulla nascita; infatti, la legge ammette a favore del concepito soltanto l'attribuzione e la conservazione di diritti in relazione all'eventualità della nascita, ma, se questa non segue, non si determina alcuna delle conseguenze che si verificherebbero per effetto dell'estinzione di un soggetto di diritto. Deve piuttosto pensarsi alla costituzione di un centro autonomo di rapporti giuridici, in previsione ed in attesa della persona⁸.

E' risaputo che il corpo che nasce – anzi, più in generale, l'embrione⁹ – è cosa, <<cosa vivente>>, con forte tutela – una <<tutela reale>>.

Proporre la <<tutela reale dell'embrione>> significa <<propugnare la tutela della vita prima della nascita come valore di interesse generale – e costituzionale – indipendentemente dal fatto che il sistema giuridico si impegni verso una qualificazione in senso soggettivo....., e dunque da misurare nella sua realtà come fattispecie destinataria dell'intervento. Ma non è poi così facile <<uscire dai pantani della soggettività>>¹⁰.

Il corpo che nasce (cioè, il bambino *non nato*) è soggetto a sé stante, titolare di diritti, è destinato a diventare uomo, pur ancora non essendolo; "nel senso che a partire dal primissimo stadio del proprio sviluppo non è più scomponibile e contiene in sé tutte le caratteristiche genetiche di

⁸ F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 2002, p. 26.

⁹ Anche se "l'embrione non è una persona (...), questo nulla toglie alla dignità di una realtà nella quale vi è già tutto l'uomo futuro" (G. OPPO, *Ancora su persona umana e diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, I, p. 259 ss.). Altresì, c'è chi rileva che "se l'essere uomo è legato in toto al fattore genetico umano che si determina nell'embrione, quest'ultimo non è mera *spes hominis*, bensì è *species hominis*, trovando collocazione nel continuum del processo evolutivo umano che inizia con la fusione dei gameti e termina con la morte" (G. BALLARANI, *La Cassazione riconosce la soggettività giuridica del concepito: indagine sui precedenti dottrinali per una lettura "integrata" dell'art. 1 c.c.*, nota a Cassazione civ., 11 maggio 2009, n. 10741, in *Dir. famiglia*, 2009, f. 3, p. 1196).

¹⁰ F. D. BUSNELLI, *Di chi è il corpo che nasce?*, in *Per uno statuto del corpo*, (a cura di) C. M. MAZZONI, Milano, 2008, p. 115.



*individualità che lo accompagneranno per il resto della vita*¹¹, preparandolo così a diventare l'uomo irripetibile che sarà.

La Cassazione, nella sent. n. 10741/2009, ha riconosciuto il nascituro soggetto giuridico, poiché non è possibile “*riconoscere all'individuo-concepito la titolarità di un interesse protetto senza attribuirgli la soggettività*”. Muovendosi in tale direzione il S. C. mostra di accogliere una nozione di soggettività giuridica più ampia di quella di capacità giuridica delle persone fisiche, con conseguente non assoluta coincidenza, sul piano giuridico, tra soggetto e persona, e di quella di personalità giuridica¹².

L'art. 1 va letto anche come una regola di *riconoscimento reciproco tra soggetti dell'ordinamento*: guarderai a ogni nato come a un soggetto a te uguale. Da questo punto di vista, si legge nella norma l'idea di <<*simile*>> centrata sulla scelta di un fondamento biologico: guarderai ad ogni corpo umano vivente come ad un tuo simile.

¹¹ C. M. MAZZONI, *La vita nascente: il corpo del nascituro*, in *Per uno statuto del corpo*, cit., p. 215, ove l'A. afferma che <<*l'uomo prima della nascita è una “cosa” vivente e una cosa umana, ma pur sempre una cosa che appartiene all'ordine della natura. Spero che non risulti scandaloso l'uso della parola “cosa” applicato al nascituro ed applicato all'uomo. Oggi i giuristi che tanto volentieri desiderano fare dell'antropologia dovrebbero ricordare che anche la parola uomo indica una cosa di natura, l'uomo è per definizione un oggetto naturale*>>.

¹² G. BALLARANI, *La Cassazione riconosce la soggettività giuridica del concepito*, cit., p. 1186. La sentenza del 2009, n. 10741, è stata criticata da chi (G. CRICENTI, *Breve critica della soggettività del concepito. I “falsi diritti” del nascituro*, in *Dir. famiglia*, 2010, f. 1, p. 465) ritiene che “*l'idea di fare del concepito un soggetto di diritto (...) è il sintomo evidente della tendenza moderna ad istituire entità naturali come soggetti di diritto, allo scopo di proteggerli più adeguatamente di quanto accadrebbe se soggetti non fossero. (...) Il concepito, ad esempio, nella prospettiva che lo vuole soggetto di diritti, ne vanterebbe alcuni che, tenuto invece conto del suo stadio esistenziale, o sono, a ben vedere, del tutto inventati, come ad esempio, il diritto alla reputazione, oppure sono solo l'esito di un fallace ragionamento, come, ad esempio, il diritto a nascere sano, o il diritto di non nascere affatto. Questo assurdo statuto giuridico del concepito è, per l'appunto, il risultato dell'abuso della soggettività giuridica, ossia della tendenza a riconoscerla anche ad entità rispetto alle quali si può benissimo farne a meno*”.

Secondo quest'orientamento dottrinale “*il concepito è tutelato meglio se considerato come oggetto di protezione, piuttosto che come soggetto di diritto, e, per altro verso, la soggettività del concepito è smentita dalla incompatibilità dei diritti soggettivi con lo stadio esistenziale del nascituro*” (ult. op. cit., p. 466). A parere di questa tesi in capo al nascituro, perciò, non sarebbero ravvisabili neanche degli interessi per lo meno attuali, poiché “*solo gli esseri dotati di coscienza hanno interessi*” (cit., p. 469), essendo *la coscienza “condizione sia necessaria che sufficiente per avere interessi. Ed è pacifico che il concepito è un essere che non è dotato di coscienza”* (cit. p. 470). Anche se è pur vero che <<*il concepito, se non ha interessi attuali, ne ha di futuri. La potenziale titolarità di interessi, ossia il fatto che il naturale sviluppo porterà il concepito ad essere autonomo soggetto di interessi, impedisce di vederlo come cosa, come strumento di interesse altrui, come un “oggetto” da proteggere in vista della sua futura personalità. Ma non comporta il riconoscimento di soggettività attuale, che invece presuppone la titolarità attuale degli interessi, essendo la soggettività uno strumento funzionale al godimento ed esercizio di interessi esistenti nel momento in cui è dall'ordinamento attribuita*>> (cit., p. 471).



Il corpo che nasce è, in senso stretto, il corpo che si separa dall'altro corpo, quello della madre; il corpo nascente – non nel senso dell'art. 1 (venire alla luce) ma dell'origine (venire ad essere) – è anche il corpo non ancora nato. Il riconoscimento del simile secondo un criterio legato al riconoscimento di un corpo umano vivente può riguardare il *corpo nascente ma non nato*; razionalmente posso riconoscere il mio simile nel corpo del nascituro¹³.

Come la dottrina ha osservato, l'art. 1 c.c. “*non è una norma in senso compiuto, quanto una disposizione che esplicita una premessa inclusa in tutte le norme. Si potrebbe dire che è una meta-norma o piuttosto una trans-norma*”¹⁴.

L'articolo è formulato in modo sintetico; si usa una formula essenziale, priva di definizioni, quasi *nonchalant*, <<la capacità si acquista dal momento della nascita>>; dove il <<si acquista>> vale sintatticamente come un passivo di cui è soggetto la capacità, ma leggendo il testo allo specchio (dal momento della nascita si acquista la capacità giuridica), vale anche come un impersonale: <<chi>> acquista? <<si>> acquista.

La formula, del resto, ha un duplice senso.

Da un lato essa recupera ed esplicita l'antichissimo criterio della nascita come presupposto necessario dell'acquisto di diritti: criterio presente, con la forza della tradizione e talvolta con la convinzione dell'ovvietà dei significati, nei manuali e nei trattati scritti al tempo del codice previgente – che pure ancora muovevano dalla teoria dei tre *status civitatis, libertatis, familiae* – quando collegavano la qualità di persona alla nascita e svolgevano il discorso del nascituro secondo i brocardi romanistici del *pro iam natus habetur* come clausola subordinata all'evento della nascita.

Dall'altro essa definisce per così dire la <<fattispecie>> acquisitiva della capacità giuridica, e stabilisce quindi un <<cancello>> normativo della soggettività¹⁵.

¹³ P. ZATTI, *Corpo nato, corpo nascente, capacità, diritti. L'art. 1 c.c. e la vita prenatale*, in *Per uno statuto del corpo*, cit., p. 167. L'A. nella sua riflessione sul <<corpo nascente>>, rileva che già l'utilizzo del participio presente conferisce al verbo “nascere” una speciale suggestione. “*Nelle leggi si parla di nascita, come un fatto che si tenta di ridurre ad un istante; si parla di nascituro, nondum natus; di nato, iam natus*” (cit., p. 159). Cioè, anche le terminologie sono diverse per indicare l'embrione dal bambino; ma non è detto che si tratti di sfere totalmente diverse.

Difatti, l'A. si riferisce alla <<nascita del corpo come di un processo, di un presente esteso. Che succederebbe – ad esempio – se leggessimo l'art. 1 c.c. sulla premessa di un'equivalenza tra nascere dell'uomo e nascere del corpo, e se collocassimo la nascita del corpo – l'evento, il fatto dell'art. 1 – nell'orizzonte del suo nascere, del suo formarsi?>>. Non basta a tal fine leggere bene l'art. 1, poiché quest'articolo <<è un crogiuolo di problemi>>, poiché da un lato si presenta <<come un rimando a contenuti antichi della tradizione giuridica, dall'altro come norma di appropriazione statualistica della creazione del soggetto; da un lato come delimitazione di una soggettività del tutto tecnicizzata, dall'altro come garanzia di una qualità che è anche diritto fondamentale della persona umana>> (op. cit., p. 160).

¹⁴ P. ZATTI, *Corpo nato, corpo nascente*, cit., p. 160. L'A. in tal senso sottolinea che “*la scelta precauzionale della nostra trans-norma si configura logicamente, se vista (...) come una fictio, nel senso primario del termine che indica fare come se, trattare una situazione A come se fosse una situazione A1. La fictio qui stabilisce il come se tra corpo e persona*”; cioè “*trattare ogni corpo nato da donna come persona*”.



Ma è pur vero che “*alla stratificazione della società nei vari status si sovrappone storicamente una differente ma non meno odiosa articolazione, operata questa volta all’interno di uno stesso status e basata, significativamente, sulla divisione delle persone in classi d’età*”¹⁶.

Quindi lo *status* del concepito non è assente sol perché non coincide con quello che il concepito avrà quando nascerà; anzi è uno *status* che ha rilevanza e che va rispettato, giacché la realtà del concepito è funzionale al futuro interesse del corpo nato. Difatti, è più opportuno riconoscere in capo al concepito interessi giuridici, e non diritti soggettivi che sono strettamente legati alla loro imputazione fisica.

Viene, perciò, tutelato l’interesse del nascituro a fronte del futuro diritto soggettivo del soggetto che verrà ad esistenza.

Ciò a dimostrazione che lo *status*¹⁷ non è fisso ed immutabile, ma può essere discontinuo nei confronti della medesima persona: l’ordinamento tutela sia la posizione del nascituro (futuro uomo) che lo *status* di figlio (*ex nascituro*).

Se consideriamo l’art. 1 come una “*meta-norma*” allora si può ritenere possibile che l’embrione venga trattato *come* persona.

L’art. 1 stabilisce, cioè, una *fictio* generale di soggettività, in quanto un corpo umano vivente va trattato, dal momento della nascita, <<*come se fosse una persona a pieno titolo, vale a dire come un centro totale di interessi giuridicamente protetti*>>¹⁸.

Ma prima della nascita è possibile attribuire gli stessi diritti al concepito?

Il quesito ha importanti conseguenze. E’ noto che il diritto soggettivo rappresenta la protezione che l’ordinamento conferisce per la realizzazione di un interesse del soggetto, poiché, se non c’è un soggetto capace di avere interessi, allora, conseguentemente non esisterà neanche *in nuce* il diritto e, quindi, neanche la tutela e il risarcimento per il danno patito.

Quindi la problematica dell’esistenza o inesistenza del concepito non è di poco conto, poiché se solo “*il corpo vivente nato*” ha capacità giuridica, la conseguenza è che, se la nascita non si verifica, non si avrà danno ingiusto.

La norma ha indicato nella “*nascita*” il momento in cui l’entità-corpo diventa persona in senso giuridico; e, in particolare, la nascita si ha con la separazione del feto dal corpo materno, con l’inizio della respirazione polmonare attraverso il primo vagito: perciò, da questo momento si acquista la capacità giuridica e si è titolare di alcuni diritti.

Ma è possibile anticipare questo momento, facendolo retrocedere, per es., all’attimo del concepimento?

¹⁵ P. ZATTI, *Corpo nato, corpo nascente*, cit., pp. 161-162.

¹⁶ P. STANZIONE, *Capacità e minore età nella problematica della persona umana*, Jovene, 1975, p. 266.

¹⁷ Per un’analisi attenta dell’evoluzione e dell’importanza dello *status* nella società si rinvia a C. MAZZÙ, *Riflessioni sullo Status tra passato e futuro*, in *Riv. del Notariato*, fasc. 5, 2009, p. 1135 ss.

¹⁸ P. ZATTI, *Corpo nato, corpo nascente*, cit., p. 168.



In teoria sarebbe possibile, poiché non ci sono ostacoli d'ordine concettuale e, in effetti, c'è stato anche un progetto di riforma dell'art. 1 che poi, tuttavia, non ha avuto seguito, ma che è importante richiamare, in quanto la finalità che i promotori della riforma prospettano è di <<acquisire alla rilevanza giuridica un concetto allargato della parola persona in modo da farla coincidere col suo omologo in uso nelle scienze filosofiche e teologiche>>¹⁹.

Nel corso del tempo sono state introdotte specifiche *fictiones*, cioè regole che trattano come se fosse una persona a pieno titolo il corpo umano vivente non ancora nato, ponendolo come portatore di specifici interessi protetti: e ciò non in vista della nascita e perciò subordinatamente al suo avvenire, ma *hic et nunc* nello stato di vita non nata; in ciò estendendo, per specifici contesti, proprio quel criterio di riconoscimento del simile su base corporale, che è dell'art. 1 come *factio* generale. Per esempio, <<in questo contesto, e a questo fine, guarderai al corpo nascente come a un tuo simile>>²⁰.

Del resto, se così non fosse, si avrebbe una discriminazione dovuta al tempo che, nel caso del concepito depotenzia il suo *status*; viceversa, nel caso del nascituro, si rafforza, in quanto soggetto venuto ad esistenza e, quindi, soggetto che inizia ad avere un'età.

L'età assume particolare importanza e, nella visione tradizionale, si atteggia a fattore (statico e definitivo) di discriminazione tra gli uomini, dando luogo a classi di soggetti caratterizzate da una notevole diversità di diritti, obblighi, oneri e prerogative.

Invero, come si è efficacemente rilevato, l'età è, invece, elemento perennemente in movimento, dinamico, che proprio nella continua mutevolezza scopre la sua ragion d'essere: essa, identificandosi col divenire e col trascorrere del tempo, rifiuta i connotati della fissità, della datità²¹.

Il concepimento è prodromico alla nascita, è l'inizio dello svolgimento dell'essere umano, quindi, il momento che determinerà la sua nascita, poiché l'età costituisce “parte integrante della realtà unitaria in cui consiste l'uomo”, “è modalità, relazione, alla cui stregua la persona è destinata a muoversi”²²; e l'embrione è la programmazione di quella relazione.

¹⁹ C. M. MAZZONI, *La vita nascente*, cit., p. 217.

²⁰ P. ZATTI, *Corpo nato, corpo nascente*, cit., p. 169. L'A rileva che <<la *factio* è legis ma anche *iuris*, e in un ordinamento aperto a quelle che si usa chiamare formanti non legislative la conclusione che un corpo umano vivente va trattato come se fosse una persona a pieno titolo può essere validamente raggiunta per applicazioni di interpretazione estensiva, di analogia legis o analogia iuris >>.

²¹ P. STANZIONE, *Capacità e minore età*, pp. 260-261.

²² P. STANZIONE, *Capacità e minore età*, cit., p. 263. Ove l'A. rileva che “come non è ammissibile che dell'uomo siano assunti nel diritto solamente gl'isolati contegni, atomi colti e cristallizzati nell'irripetibile momento del loro verificarsi, così non è possibile, per opposte ragioni, un trasferimento sul piano normativo dell'uomo astratto, vale a dire disgiunto dalle categorie spaziali e temporali. In realtà, ogni essere umano vive e descrive la sua parabola nella dimensione giuridica, immerso nella relazione fondamentale del tempo che, attraverso le tappe dell'età, ne registra la lenta evoluzione” (cit. pp. 263-264), che necessariamente ha origine prima della venuta al mondo del soggetto.



Ciò sembra confermato dalle continue ricerche scientifiche che ammettono la possibilità di conoscere il proprio patrimonio genetico attraverso esami del Dna; di conoscere, altresì, la salute del feto durante la gravidanza.

La tutela dell'embrione, cioè, si ispira al valore della persona e dell'essere umano, come essere umano in un *continuum*, in un divenire che non consente di escludere che l'embrione sia da considerare una realtà esistente²³, una realtà che non ha solo diritto alla vita, ma che dev'essere tutelata ancor prima, in considerazione della sua futura attitudine alla titolarità di situazioni giuridiche.

In quest'ottica la *capacitas* va intesa come la potenzialità, non astratta, dell'acquisto della titolarità dei diritti da parte del concepito, poiché nascituro: *“non può che obiettarsi che il concepito è un bambino in potenza, ma non è in potenza un essere umano: questo lo è già in atto, altro non rappresentando il concepimento che una, la iniziale, delle fasi in cui si sviluppa la vita dell'uomo”*²⁴.

Così intesa, perciò, la capacità giuridica coincide con la soggettività che l'ordinamento tutela, giacché qualunque soggetto, in quanto tale, è potenziale destinatario di tutte le norme predisposte dall'ordinamento.

L'art. 1 della legge del 22 maggio 1978, n. 194²⁵ (dove si statuisce, con voluta ed accentuata enfasi, che lo Stato *“tutela la vita umana sin dal suo inizio”*) è *“l'unica norma di diritto*

²³ P. PERLINGIERI, *La persona e i suoi diritti, Problemi del diritto civile*, Napoli, 2005, p. 318.

²⁴ E. GIACOBBE, *Il concepito come persona in senso giuridico*, Torino, 2003, p. 89, sottolinea che *“<<d'altra parte, che il non ancora nato rientri nella categoria di uomo è dimostrato dalla circostanza che il c.d. feticidio, qualora non sussistano le condizioni di cui all'art. 578 c.p., rientra nella fattispecie delittuosa dell'omicidio, il che, quindi, impone di ritenere che la nozione di uomo comprenda anche il concepito, almeno nella fase immediatamente precedente il parto>> (cit., p. 90).*

Infatti, ben *“<<può dirsi che l'uomo, per il diritto, è una fattispecie a formazione progressiva e non già complessa, nel senso che non è sufficiente il concepimento, ma è necessaria anche la nascita (art. 1 capoverso c.c.) e solo al momento della nascita può dirsi che la fattispecie sia perfetta. (...) Dunque è un problema di diritto positivo stabilire se tutelare e quale sia, eventualmente, la tutela da assicurare alla fase prodromica, tenendo però presente che una tutela è opportuna perché la formazione della fattispecie è iniziata e tale inizio non appare irrilevante, in quanto elemento costitutivo di essa, al pari di quelli che seguiranno>> (F. GAZZONI, Osservazioni non solo giuridiche sulla tutela del concepito e sulla fecondazione artificiale, in *Dir. famiglia*, 2005, II, p. 181). L'A., perciò, asserisce che *“<<il continuum biologico trova un perfetto riscontro nella formazione progressiva, sicché la rilevanza dell'embrione come elemento della fattispecie soggetto di diritto non è contestabile e solo può discutersi se egli (e non esso) abbia diritto alla stessa, identica protezione cui ha diritto il nato. Problema, come si vede, di diritto positivo, che non nega, ma anzi presuppone la rilevanza giuridica dell'embrione, sicché tutto potrà sostenersi tranne che egli sia, come qualcuno azzarda, una cosa, un “ricciolo di materia”, un “ammasso di cellule”, di cui si potrebbe disporre a piacimento>> (cit., 182).**

²⁵ La legge sulla interruzione volontaria della gravidanza si pone in continuità rispetto a quanto affermato dalla Corte costituzionale con la nota sentenza del 18 febbraio 1975, la n. 27 (in *Foro it.*, 1975, I, p. 515 ss.), che ha ricondotto la situazione giuridica del concepito, *“sia pure con le particolari caratteristiche sue proprie”*, entro l'alveo dell'art. 2 Cost.



interno volta a proclamare esplicitamente il diritto alla vita²⁶, diritto che direttamente e formalmente non trova espressione letterale neanche nella Carta Costituzionale²⁷. Con ciò, naturalmente, non si vuole certo affermare che la vita non sia valore primario costituzionale garantito, ma, in quanto valore presupposto, esso non è stato considerato necessitante di esplicita ed autonoma formalizzazione²⁸.

Questa norma, inserita in una legge che prevede il diritto alla procreazione cosciente e responsabile, riconosce che l'interruzione volontaria di gravidanza non deve essere “mezzogiorno”

²⁶ In tal senso anche F. D. BUSNELLI, *L'inizio della vita umana*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, p. 552, ove si legge che “la formula anodina usata dal legislatore (che non riferisce esplicitamente la vita prenatale al concepito come essere umano) e la sua riluttanza a individuare il momento di inizio della vita non impediscono di interpretare tale norma in termini di riconoscimento di un diritto del concepito”.

C'è anche un'altra fonte normativa, al di fuori del codice, che attribuisce capacità giuridica al concepito.

Intendo riferirmi all'art. 1 della legge del 19 febbraio 2004, n. 40 (*Norme in materia di procreazione medicalmente assistita*), nella parte in cui <<al fine di favorire la soluzione dei problemi riproduttivi.....assicura i diritti di tutti i soggetti coinvolti, compreso il concepito>>.

I diritti dell'embrione di cui si occupa la legge n. 40/2004 non possono che esistere prima della nascita, con la conseguenza che vengono riconosciuti (non solo interessi, perciò, ma anche) diritti al concepito.

Dunque – secondo la dottrina – <<all'art. 1 della legge 40 si deve dare lo stesso rilievo che va dato all'art. 1 della legge 194, là dove si afferma che “lo Stato (...) tutela la vita umana dal suo inizio”, affermazione programmatica e di principio, del tutto platonica ed anzi ipocrita, considerando che detta tutela è affidata, almeno nei primi tre mesi di gravidanza, solo a colloqui dissuasivi con la madre>> (F. GAZZONI, *Osservazioni non solo giuridiche sulla tutela del concepito*, cit., p. 183).

²⁷ E. GIACOBBE, *Il concepito*, cit., p. 61. L'A. rileva che <<i precetti contenuti e/o desumibili dalla nostra Costituzione non solo rappresentano valido criterio interpretativo, ma costituiscono, nel contempo, norme direttamente operanti anche nei rapporti interpretati. Tale osservazione, in relazione alla posizione del concepito, non è, tuttavia, del tutto decisiva, nella misura in cui, come si è detto, del concepito sembrerebbe non esserci traccia alcuna nella Carta Costituzionale. Ciò, certamente, non può condurre al risultato di negare, a livello costituzionale, una soggettività che le fonti ordinarie sembrerebbero delineare, ma potrebbe rappresentare l'indice di una sorta di indifferenza della Costituzione nei confronti del feto, in relazione al quale parlare di titolarità di diritti costituzionali risulterebbe atecnico: non soggetto ma, eventualmente, oggetto di tutela. (...) tuttavia, l'assenza di un'esplicita disposizione (...) non è indice di irrilevanza né di disattenzione, bensì del fatto che determinati valori rappresentano presupposto fondante l'intero sistema ordinamentale, e dunque da questo desumibili anche in mancanza di esplicita disposizione. In tal senso, del resto, viene inteso l'art. 2 Cost. che riconosce i diritti inviolabili dell'uomo, non già norma meramente riassuntiva dei soli diritti espressamente formalizzati in altre disposizioni della Carta Costituzionale, ma disposizione volta a valorizzare il patrimonio irrinunciabile della persona umana ed espressione della sua rilevanza costituzionale in tutti i suoi aspetti>> (cit., pp. 83-85).

²⁸ E. GIACOBBE, *Il concepito*, cit., nt. 168, p. 61. Cfr. G. GIACOBBE, *Problemi civili e costituzionali sulla tutela della vita*, in *Dir. fam.*, 1988, p. 1119 ss.



per il controllo delle nascite; anzi, questa disposizione non solo proclama la tutela del diritto alla vita, <<ma specifica che la vita è tutelata “sin dal suo inizio”, mostrando di disattendere le indicazioni che si potrebbero trarre da una lettura “tradizionale” dell’art. 1 c.c.²⁹, in senso, cioè, ostativo alla capacità giuridica del concepito>>³⁰.

Anzi, non solo la legge sull’aborto non rappresenta un ostacolo formale al riconoscimento giuridico del concepito, ma proprio <<il disposto dell’art. 1, unitamente all’art. 7, ultimo comma, denotano come il legislatore abbia disatteso in toto una qualificazione – seriamente oggi da nessuno sostenuta – del concepito quale *portio viscerum* della madre. Soprattutto la norma da ultimo richiamata, in virtù della quale la possibilità di vita autonoma del feto assurge a fatto ostativo della liceità dell’intervento abortivo, al di fuori dell’ipotesi di cui all’art. 6, lett. a), e, in tale ultima evenienza, fa sorgere l’obbligazione, a carico del medico e a favore del concepito, di adottare ogni misura idonea a salvaguardare la vita del feto, ben legittima una qualifica della condizione del concepito in termini di soggettività giuridica>>³¹.

Quindi, se si accoglie la lettura programmatica dell’art. 1 c.c., il riferimento al corpo vivente non nato conduce a valutare giuridicamente la realtà biologica prenatale, a considerarlo, cioè, portatore d’interessi protetti; in particolare, diversi sono gli interessi da presidiare, poiché il processo che porta alla vita ha diverse fasi (trattandosi di una fattispecie a formazione progressiva³²) e, quindi, differenti saranno gli interessi che verranno reclamati.

²⁹ Nonostante la lacunosità normativa, la dottrina ritiene che avrebbe scarso senso modificare l’art. 1 c.c. stabilendo che la capacità giuridica si acquista dal momento del concepimento; e ciò al fine di allineare la disciplina codicistica ai principi costituzionali. Una simile modifica – che pure è stata oggetto di un’apposita proposta di legge (si tratta della proposta di legge di iniziativa popolare, facente capo al “Movimento per la vita”, depositata in Parlamento per la prima volta il 20 luglio 1995, e successivamente recepita in varie iniziative parlamentari) – finirebbe con l’attribuire una dimensione di (mero) diritto positivo (e per di più a carattere essenzialmente patrimoniale) a chi, come si è detto, viene riconosciuto esistente <<prima del diritto (positivo)>>, e indipendentemente da questo (F. D. BUSNELLI, *L’inizio della vita umana*, cit., p. 563).

³⁰ E. GIACOBBE, *Il concepito*, cit., p. 62.

³¹ E. GIACOBBE, *Il concepito*, cit., p. 69.

³² Cfr., C. M. MAZZONI (*La vita nascente*, cit., p. 216), il quale, nel riferirsi al corpo nascente come a una fattispecie procedimentalizzata, ricorda che <<la separazione concettuale e biologica tra vita e nascita risale alla prima metà del ‘700, quando si incomincia a parlare di formazione progressiva. Sono le teorie preformazioniste di Malebranche e Spallanzani e poi soprattutto le ricerche di biologo tedesco Carpar-Friederich Wolff e la teoria epigenetica di Pierre-Louis de Maupertuis. Esse rendono palese (cioè scientificamente dimostrato) ciò che oggi pare un’ovvietà. E cioè la scoperta che l’ovulo fecondato è l’inizio di un processo biologico che si conclude con la nascita. E’ da questo momento che le nozioni di vita e di nascita si separano>>. Ovvero, la corporeità, secondo l’A., va osservata in tutte le sue fasi, dalla percezione dell’embrione e del feto al <<corpo che diviene, che si forma gradualmente e che, raggiunto un determinato stadio, nasce. Ma con la nascita – paradossalmente – questa corporeità viene di colpo perduta>>. Si deve osservare, cioè, << il feto come elemento corporale, come entità ed identità corporea, come materiale umano



Perciò, si rivela necessario puntualizzare il momento in cui, nel corso della vita intrauterina, il concepito acquista la personalità giuridica.

E' pur vero che, se si attribuisse tale rilevanza al feto, contrasterebbe col principio di uguaglianza, *ex art. 3 Cost.*, ogni tentativo di interruzione nel caso di regolare gravidanza, anche la legge stessa dovrebbe essere dichiarata incostituzionale³³.

Cioè, la tutela giuridica del *corpo vivente non nato* inizia dal punto di vista della sua *rilevanza giuridica* e non della sua efficacia, giacché ancora la situazione giuridica non è completa, ma è *in fieri*; si tratta di un'aspettativa; quindi, viene "rafforzata" la posizione della madre allorché si paventi un serio pericolo per la sua salute anche psichica, considerate, altresì, le sue "condizioni economiche o sociali o familiari?" (art. 4, comma I, l. n. 194/78)³⁴.

Perciò, nell'ipotesi di conflitto, tra il diritto alla vita del concepito e i bisogni (costituzionalmente protetti) della madre, gli interessi del concepito sono suscettibili di sacrificio per salvaguardare gli interessi di un altro soggetto già venuto ad esistenza, cioè la madre, ma, decorsi i 90 giorni, l'ordinamento tutela la situazione giuridica del concepito che assume, non (ancora) efficacia, ma rilevanza giuridica.

Forse per questa ragione la disciplina dell'art. 1 c.c. è rimasta invariata, considerato che la posizione del concepito si caratterizza per l'assenza di autonomia, poiché la madre entro i primi 90 giorni (*ex art. 4 legge n. 194/1978*) può ostacolare l'affermazione della capacità giuridica del concepito attraverso l'interruzione volontaria della gravidanza, così creando un conflitto di interessi tra due diritti autonomi, ma la cui tutela è in capo alla autodeterminazione della donna.

Ai fini della comparazione tra i due rilevanti interessi, è necessario rammentare che la capacità giuridica è "la *posizione generale del soggetto in quanto destinatario degli effetti giuridici*"³⁵; anzi è bene sottolineare che "la *capacità giuridica è una qualità astratta e a priori di carattere generale, che coincide con la soggettività, perché il soggetto, qualunque soggetto, in virtù del principio di eguaglianza (art. 3 Cost.), è potenzialmente destinatario di tutte le norme dell'ordinamento giuridico, in quanto norme di condotta che presuppongono un comportamento, che solo il soggetto persona fisica può tenere*"³⁶.

vivente. Compito del diritto è quello di provvedere alla salvaguardia della vita materiale dell'uomo. Ed è proprio trattando il nascituro come corpo che si esce dall'equivoco di farne con la sua personificazione un archetipo di soggetto e dunque di entità astratta e immateriale>> (op. cit., p. 218).

³³ Con riguardo alla personalità del concepito e alle esigenze di tutela si rinvia a ZENO ZENCOVICH, *Il danno al nascituro*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1994, I, p. 697.

³⁴ Sul punto si veda G. CIAN, *Osservazioni alla legge 22 maggio 1978, n. 194*, in *NLCC*, 1978, p. 908 ss.

³⁵ A. FALZEA, voce *Capacità (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, VI, Milano, 1960, p. 10.

³⁶ F. GAZZONI (*Osservazioni non solo giuridiche sulla tutela del concepito*, cit., p. 184-185) osserva, altresì: <<la scissione tra capacità e soggettività non può dunque essere postulata quasi si trattasse di due qualità diverse. Tracciare un parallelo con gli enti, là dove alla soggettività può non accompagnarsi la personalità giuridica, e quindi affermare che il concepito si trova nella stessa condizione giuridica delle società di persone non è possibile. In tal modo non si considera infatti che negli enti la soggettività deriva dal vincolo del



Sappiamo bene che l'effetto giuridico determina il sorgere delle situazioni giuridiche soggettive, le quali rappresentano “*le posizioni ideali del soggetto giuridicamente rilevanti*”³⁷: difatti, la situazione giuridica è attribuita ad un soggetto determinato e si realizza mediante l'effetto giuridico, che rappresenta la proposizione condizionante della norma giuridica.

L'effetto giuridico è ogni valore giuridico condizionato³⁸, specificatamente “*l'effetto della norma non è nè il semplice valore nè il semplice fatto, ma il valore attribuito al fatto*”, inoltre “*l'attributo di valore è generico ed è sempre lo stesso: esso rappresenta in ogni caso l'interesse fondamentale della comunità giuridica, il punto di confluenza unitario di tutti i valori del sistema*”³⁹.

Nel caso di specie, una volta considerato l'indice di valore della fattispecie, all'evento caratterizzato come infortunio stradale che ha causato il decesso del genitore, corrisponderà come “componente di fatto dell'effetto giuridico” il risarcimento dei danni, da parte dello stesso soggetto che ha posto in essere il fatto illecito.

Il nascituro può essere portatore di autonoma situazione giuridica e, quindi, essere titolare di richiesta risarcitoria?

Per poter rispondere alla domanda bisogna precisare i parametri della soggettività (*ergo*, il grado di soggettività) del corpo vivente non nato.

Nell'ipotesi di nascituro, la posizione della madre ha primariamente una efficacia di tipo rafforzativo (fino ai 90 giorni), essendo la sua una completa situazione giuridica⁴⁰; perciò, è il diritto soggettivo della madre che viene rinvigorito, rafforzato, (anche) a scapito del nascituro, che rappresenta una fattispecie parziale, una situazione giuridica in divenire, ma ancora non attuale.

Difatti, giuridicamente la posizione del nascituro, specie entro i primi tre mesi, ha “rilevanza giuridica” e non efficacia giuridica, giacché non si tratta di una fattispecie totale (*ergo*, situazione giuridica soggettiva), ma parziale e, quindi, “fino a quando non viene completata e reintegrata nella totalità dell'ordinamento giuridico, non è in grado di esprimere pienamente l'interesse tutelato dal diritto e non può produrre i suoi effetti tipici e fondamentali. Essa tuttavia, se è incapace di portare con sé l'interesse dell'intero sistema

patrimonio allo scopo e dalla conseguente struttura organizzativa distinta dai soci, mentre la personalità giuridica è solo una formula linguistica per indicare le posizioni di privilegio accordate ad un gruppo, a date condizioni, specie sul piano della responsabilità patrimoniale, con deroga al diritto comune>>.

³⁷ C. M. BIANCA, *Diritto civile, VI, La proprietà*, Milano, 1999, p. 1.

³⁸ A. FALZEA, *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica, II. dogmatica giuridica*, Milano, 1997, p. 101.

³⁹ A. FALZEA, op. ult. cit., p. 103-104. Invece – prosegue l'A. – i fatti a cui il valore è attribuito sono fatti specifici, fatti diversi secondo i diversi effetti (adempimento spontaneo, esecuzione civile, esecuzione penale, e via dicendo). In una rappresentazione logico-formale dell'effetto giuridico, il valore generico deve figurare logicamente come una costante, i fatti specifici non potranno essere espressi logicamente se non come variabili.

⁴⁰ L'interesse del concepito viene sacrificato se è in gioco la salute della madre (Corte Cost., 18 febbraio 1975, n. 27, in *Foro it.*, 1975, I, p. 515 ss.).



giuridico, *indica già un nucleo centrale di interessi* che, qualora nel processo di reintegrazione giunga a completarsi o non incontri altri e prevalenti interessi, *è tale da meritare od esigere la tutela del diritto*. In ciò sta il fondamento della rilevanza giuridica della fattispecie parziale e la ragione degli effetti minori e atipici che essa produce⁴¹.

E' pur vero che, essendo il nascituro "*non ancora nato*", non ha efficacia giuridica, ma – trascorso un determinato arco temporale – la sua situazione, pur essendo una fattispecie non completa, subisce un rafforzamento (difatti l'art. 6 della legge n. 194/1978 prevede che l'interruzione volontaria di gravidanza, dopo i primi novanta giorni, può essere praticata solo in determinati casi, ovverosia quando la donna incorra in gravi pericoli per la sua vita o per la sua salute).

Quindi lo *status* del concepito rappresenta una condizione di *potenziale rilevanza, un'aspettativa di diritto* che si sostanzia in poteri conservativi e che può, sia portare allo sviluppo degli interessi *in fieri*, sia al loro triste naufragio.

Inoltre, alla luce di ciò, anche il concetto di capacità va adattato, non potendosi ritenere la stessa come qualità generale ed astratta, bensì deve trattarsi di una capacità dinamica, di partecipazione all'esistenza e non di esclusione.

Come autorevole dottrina ha efficacemente sostenuto <<*ogni fattispecie risulta composta da una situazione di fatto (elemento materiale) e dalla qualificazione normativa (elemento formale), momenti che soltanto nella loro sintesi possono dar vita ai fenomeni giuridici. E' necessario, quindi, anche per il caso della fattispecie soggettiva, ricercare questa duplicità di elementi, perché se il soggetto può considerarsi, per la funzione stessa del diritto, come il centro dell'ordinamento giuridico, d'altra parte però è esso stesso un fenomeno appartenente al mondo del diritto, e come tale deve essere studiato, poichè esiste in relazione ad un ordinamento giuridico e reagisce in un sistema di fattispecie giuridiche*>>⁴²: cioè, l'uomo è costituito dalla sintesi dell'elemento materiale della esistenza della persona umana e dell'elemento formale del riconoscimento positivo della personalità⁴³.

La persona può essere definita, dal punto di vista del diritto, come *presupposto soggettivo di qualificazione delle fattispecie (oggettive)*; e la legittimazione soggettiva come *l'investitura del soggetto nelle situazioni giuridiche*, alle quali danno luogo le conseguenze disposte dalle norme: quest'ultima, ha quindi, come poli terminali, l'effetto giuridico ed il presupposto soggettivo della fattispecie primaria. E la "*fattispecie primaria*" sorge automaticamente, non appena sono posti in essere tutti gli elementi di fatto richiesti perché intervenga il riconoscimento formale: questa fattispecie si perfeziona in virtù di una forza genetica extragiuridica, la cui risultante (situazione di fatto) viene riconosciuta ed assunta nella sfera del diritto⁴⁴.

Ciò comprova che il nascituro è una entità *in fieri*, in formazione progressiva; quindi, la stessa capacità è *in fieri*, non può essere astratta ed ipotetica, uguale per tutti e per ogni

⁴¹ A. FALZEA, op. ult. cit., p. 125.

⁴² A. FALZEA, *Il soggetto nel sistema dei fenomeni giuridici*, Milano, 1939, p. 43.

⁴³ S. PUGLIATTI, *Gli istituti del diritto civile*, I, Milano, 1943, p. 107.

⁴⁴ A. FALZEA, *Il soggetto*, cit., pp. 70-71.



momento della vita umana; è necessaria una *visione gradualistica del soggetto nelle varie fasi della sua esistenza*.

Quindi, dal concepimento alla nascita, all'importanza del ruolo di entrambi i genitori nella vita del fanciullo, alla rilevanza della persistenza del fattore affettivo, elemento questo che pone la situazione a confronto con l'adozione, che viene posta in essere una volta accertato lo "*stato di abbandono*" del minore che accomuna la situazione della figlia nascita che concretamente ha subito un abbandono involontario da parte del padre, a causa del sinistro stradale.

Non versa anch'ella in uno stato di abbandono?

Com'è possibile in questo caso ricomporre un modello familiare che, oramai, si presenta incompleto, non potendosi in questo caso, a differenza dell'adozione legittimante, porre le basi per una "*famiglia degli affetti*"⁴⁵?

Per lo meno risulta impossibile ricreare quello schema bigenitoriale della famiglia⁴⁶, esistente al momento dell'evento.

Quindi, la problematica ulteriore attiene all'interesse del nascituro ad avere la sua famiglia biologica, allo stesso modo per cui si procede all'adozione solo quando il minore non può crescere ed essere educato nell'ambito della propria famiglia d'origine (difatti è previsto l'obbligo dello Stato di sostenere *con idonei interventi i nuclei familiari a rischio, al fine di prevenire l'abbandono e di consentire al minore di essere educato nell'ambito della propria famiglia*⁴⁷): cioè, l'ipotesi dell'allontanamento del minore dal suo nucleo familiare è residuale.

⁴⁵ Così definisce il fenomeno C. MAZZÙ, *La famiglia degli affetti*, in *Diritto privato 2, Studi in onore di Antonio Palazzo*, p. 527 ss., spec. pp. 545-546, ove l'A. asserisce che <<nel caso del bambino abbandonato, non sembra trattarsi di *derelictio animo derelinquendi*, ma di un fenomeno, da valutare sempre oggettivamente ed a prescindere dall'intento dei genitori, che appare più vicino all'abbandono liberatorio: fenomeno che definisce il percorso da compiere, per sottrarsi all'adempimento di obblighi, fino al punto di privarsi della proprietà, la cui titolarità è, al contempo, fonte dell'obbligo. Questa ricostruzione, che consente di comprendere la frattura della continuità logico-giuridica della situazione della cosa, agevola l'applicazione dello schema estintivo-costitutivo alla vicenda giuridica soggettiva del minore, che si sostanzia nella rottura di ogni legame con la precedente famiglia e la nascita di una soggettività giuridica nuova. La solidarietà, intesa nel senso più nobile, quale donazione di sé senza alcuna aspettativa, diventa il substrato dell'affettività ed assume il ruolo di fattore fondante della coesione morale: essa diventa "il cemento, l'idea unificatrice" di vite senza radici biologiche comuni. Si gettano in momenti diversi le basi della "famiglia degli affetti", che dobbiamo abituarci a considerare un fenomeno sempre meno spurio e atipico, ma espressione di bisogni sociali ed individuali profondamente avvertiti, per i quali l'ordinamento deve trovare forme adeguate di protezione>>.

⁴⁶ Tuttavia è stato rilevato che lo schema della famiglia bigenitoriale non costituisce un presupposto indefettibile, giacché l'art. 25, comma V, della legge 184 del 1983, al fine di evitare al minore già validamente inserito in un nucleo familiare il trauma del distacco, consente l'adozione anche in caso di separazione dei coniugi affidatari (C. MAZZÙ, *La famiglia degli affetti*, cit., p. 549, spec. nt. 59).

⁴⁷ V. art. 1, L. 4 maggio 1983, n. 184.



Tutto questo dimostra che l'essenza del valore della persona umana (intesa nella completezza dei suoi valori e dei suoi bisogni) viene prima del diritto; difatti si tratta di valori extragiuridici, essenziali, indefettibili per la vita dell'uomo e il nascituro, facendo parte di una fattispecie a formazione progressiva, rappresenta il primo (ma indefettibile) stadio dell'esistenza umana, poiché può evolvere solo ciò che ha in sé il coefficiente dell'esistenza.

Difatti, è stato detto che “*il diritto positivo può negare il soggetto o limitare la soggettività, non può negare l'uomo*”⁴⁸; a tal fine, considerati i principi positivi del nostro ordinamento, dai quali è possibile ritenere sussistente, in capo al concepito, un'autonoma soggettività giuridica, è necessario tener conto dell'interpretazione evolutiva ed adeguatrice dell'art. 1 c.c.

La tutela della vita nascente mostra di essere una delle esigenze primarie che l'ordinamento è chiamato a proteggere e a promuovere, sia perché l'art. 2 Cost. prevede implicitamente questo diritto, sia perché la salute del nascituro è direttamente ricondotta al principio costituzionale di cui all'art. 32⁴⁹; ed infine, perché il concepito rappresenta la potenzialità della vita umana, è un orizzonte della vita, e non un soggetto irrealizzabile!

Tutto ciò porta alla conclusione che il nascituro ha già, in quanto tale, piena soggettività giuridica (ma non ancora capacità giuridica), considerata la sua attitudine *a priori* di essere destinatario degli effetti giuridici che l'ordinamento gli attribuirà quando nascerà e diventerà quell“*uomo*” di cui la Repubblica, *ex art. 2 Cost.*, “*riconosce e garantisce i diritti inviolabili*”.

2. Il diritto alla vita costituisce un diritto personalissimo ed intrasmissibile, che sorge con la nascita e si estingue con la morte.

Se il concepito non viene alla luce, a causa di comportamenti colposi di terzi, si trasmetterà ai genitori il diritto al risarcimento, conseguente alla lesione del diritto personalissimo.

Ma, in caso di perdita del padre, il concepito potrà ottenere il risarcimento?

La sentenza qui annotata riguarda proprio una vicenda in cui il conducente di un'automobile, non rispettando le comuni regole della viabilità, provoca la morte di un uomo che viaggiava sulla propria motocicletta, il quale, se non si fosse verificato quel sinistro stradale, causato dalla condotta negligente ed imprudente del conducente dell'autovettura, a breve sarebbe diventato padre.

⁴⁸ G. OPPO, *Declino del soggetto e ascesa della persona*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, p. 830.

⁴⁹ In tal senso si sono espresse diverse pronunce, tra cui Corte Cost., 29 gennaio 1998, n. 3 (in *Foro it.*, 1998, I, p. 666 ss.), ove la Corte dichiara di tutelare il diritto alla maternità, non considerando esclusivamente le condizioni della donna, ma anche del bambino, poiché l'ordinamento protegge “*i diritti di entrambi – madre e bambino – e di entrambi tutela la personalità e la salute*”.



A seguito di questo incidente i parenti della vittima, considerata la perdita del rapporto parentale subito, hanno chiesto il risarcimento dei danni non patrimoniali derivanti dall'evento.

La moglie della vittima chiedeva non solo la refusione del danno *jure proprio*, ma, altresì, domandava anche, in nome e per conto della figlia nascitura, adeguato ristoro delle perdite da essa subite a seguito della condotta del danneggiante che aveva provocato non un danno qualunque, ma un danno che avrebbe per sempre influenzato la vita della nascitura.

Invero, i giudici di merito, sia in primo che in secondo grado, hanno ritenuto che non avendo la figlia nascitura, al momento dell'evento produttivo dell'illecito, capacità giuridica, la stessa non poteva, perciò, avere nessun diritto al risarcimento, giacché (come si legge nella sentenza della corte d'appello di Brescia) *“al riconoscimento di un autonomo diritto al risarcimento per la morte di un genitore, avvenuta nel periodo intercorrente tra il concepimento e la nascita, è di ostacolo insormontabile la duplice circostanza dell'inesistenza al momento del sinistro del soggetto danneggiato e della mancanza di una norma specifica che gli attribuisca siffatto diritto, pur subordinato nel suo concreto esercizio all'evento della nascita”*.

Viceversa, la Cassazione con la pronuncia del 2011, la n. 9700, ponendosi in sintonia con altre precedenti pronunce di legittimità⁵⁰, asserisce che, pur considerando inseparabili ed indivisibili i concetti di *“soggettività”* e *“capacità giuridica”* che il concepito in quanto tale non può avere, il danno che la figlia nascitura ha subito durante la gravidanza della madre, in realtà, inizia a manifestare i suoi effetti pregiudizievoli dopo la nascita della figlia⁵¹, poiché solo da quel momento la stessa viene privata del rapporto con il proprio genitore a causa dell'evento posto in essere al momento della sua gestazione.

La Cassazione, quindi, ritiene che non sussista alcun problema relativo alla *soggettività giuridica* del concepito, *“non essendo necessario configurarla per affermare il diritto del nato al risarcimento e non potendo, d'altro canto, quella soggettività evincersi dal fatto che il feto è fatto oggetto di protezione da parte dell'ordinamento. Il diritto di credito è, infatti, vantato dalla figlia in quanto nata orfana del padre, come tale destinata a vivere senza la figura paterna”*.

L'art. 2043 c.c., c.d. clausola generale, pone un rapporto di condizionalità, un rapporto logico tra un *“fatto”* ed un *“valore”*.

Il termine *“fatto”*, utilizzato nella norma, va inteso come *comportamento materiale o immateriale attuosio*; e l'attuosità è determinata dal fatto che questo comportamento incide direttamente sull'evento.

⁵⁰ Cass. civ., 9 maggio 2000, n. 5881, in *Danno e responsabilità*, 2001, p. 170; Cass. civ., 28 dicembre 1973, n. 3647, in *Foro it.*, 1974, I, p. 668.

⁵¹ Si sostiene, infatti, che chi sia nato successivamente alla morte del padre può ottenere il risarcimento dei danni patrimoniali e non patrimoniali *“verificatisi in contemporanea alla nascita o posteriormente a questa”*, essendo irrilevante la non contemporaneità fra la condotta dell'autore dell'illecito ed il danno, che ben può verificarsi successivamente (Cass. pen., 13 novembre 2000, n. 11625, in *Giust. civ.*, 2001, I, p. 711 ss.).



Il danno ingiusto, perciò, dev'essere ricondotto al comportamento, posto in essere dal danneggiante, attraverso la sua condotta illecita.

Il danneggiante (in questo caso, l'automobilista) è colui che con il proprio comportamento ha leso una sfera giuridica altrui, così determinando un conflitto aquiliano, poiché sono coinvolte due sfere di interessi, quella del danneggiante e quella del danneggiato (il nascituro).

La nascita di una obbligazione risarcitoria è, cioè, subordinata alla prevalenza della sfera giuridica del danneggiato; viceversa, se a prevalere sarà l'interesse del danneggiante, che può porre in essere quella condotta, allora il danno non sarà risarcibile, poiché difetta l'elemento indefettibile (per aversi illecito aquiliano) della ingiustizia.

Ma in questo caso il comportamento dell'automobilista è stato posto in essere senza rispettare le comuni regole stradali, perciò senza adempiere al dovere di corretta circolazione stradale che riguarda tutti i cittadini, affinché la guida risulti sicura non solo per il conducente ma anche per la collettività.

Con la sua condotta il danneggiante ha, quindi, provocato la lesione di un interesse altrui giuridicamente rilevante (il diritto della figlia nascitura ad avere un rapporto con il proprio padre), con la conseguenza che, essendo prevalente l'interesse del danneggiato, il danno si trasferirà dalla sfera giuridica del danneggiato a quella del danneggiante che, perciò, sarà obbligato a risarcirlo.

Dunque, il quesito è il seguente: qual è la posizione giuridica di chi *in utero est* e che, a seguito della condotta lesiva altrui, perde la possibilità di avere un rapporto parentale?

In questo caso si ha un “*danno futuro*”⁵² che coinvolge il concepito potenzialmente, poiché al momento della nascita, il danno si manifesterà nella sua sfera giuridica di soggetto danneggiato, mentre, fino a quel momento, rimarrà nella sfera del danneggiante senza poter essere trasferito in capo al concepito, se non a seguito della sua nascita.

Ciò si evince dalla sentenza in esame laddove si chiarisce che “*la circostanza che il padre fosse deceduto prima della sua nascita per fatto imputabile a responsabilità di un terzo significa solo che condotta ed evento materiale costituenti l'illecito si erano già verificati prima che ella nascesse, non anche che prima di nascere potesse avere acquistato il diritto di credito al risarcimento. Il quale presuppone la lesione di un diritto (...), che nel caso in scrutinio è da identificarsi con il diritto al godimento del rapporto parentale, certamente inconfigurabile prima della nascita?*”.

⁵² *Danni futuri* sono quei danni di cui si prevede con ragionevole certezza il verificarsi in un tempo successivo alla domanda di risarcimento o alla scadenza. Tipica ipotesi di danno futuro è il danno che i congiunti della persona uccisa risentiranno nel corso del tempo per il mancato apporto dei contributi assistenziali da parte della vittima. I danni futuri non sono generalmente accertabili nel loro preciso ammontare, e lo stesso loro accadimento, pur essendo ragionevolmente certo, è comunque basato su un calcolo di probabilità. La valutazione di tali danni procede quindi di regola in via equitativa (C.M. BIANCA, *Diritto civile, V, La responsabilità*, Milano, 1994, p. 160).



Parallelamente, si può osservare che <<il danno “esistenziale” risarcito ai genitori per la morte del figlio concepito, viene a porsi esattamente sullo stesso piano del danno risarcibile per l’ipotesi di morte di un congiunto – già nato – il che induce a ritenere che, qualora derivanti da fatto illecito, mancata nascita e morte vengano in toto equiparate. In sostanza, sia la mancata nascita che la morte rappresentano la lesione del diritto alla vita, lesione che, quantunque per l’orientamento giurisprudenziale prevalente, non rappresenti un danno per la vittima dell’illecito, può essere fonte di danno risarcibile per i sopravvissuti>>⁵³.

Tuttavia, alla presente pronuncia si può muovere l’obiezione che, attraverso queste argomentazioni, la Cassazione dimostra di distinguere tra “fatto” e “manifestazione del danno”, ammettendo che questi due momenti si possano verificare anche a notevole distanza fra loro. Ma, così ragionando, viene meno la contestualità esistente tra “fatto” e “danno” che, invece, l’art. 2043 prevede chiaramente.

Cioè, la circostanza che il diritto in capo al nascituro sorge nel momento in cui il fatto viene posto in essere non consente di soggettivare la titolarità del diritto, non essendo il nascituro soggetto *pleno iure*; infatti, il concepito non ha ancora capacità giuridica, essendo l’acquisto del diritto collegato all’evento della nascita, non potendo attribuirsi ad un soggetto “*in fieri*” un danno potenziale, che si realizzerà solo al momento della nascita.

L’effetto, quindi, è subordinato all’evento della nascita, perché solo da allora si manifesterà il danno; comunque, esso non deve essere assunto in modo presuntivo, ma va provato in concreto.

In altri termini, se è pur vero che l’uccisione del padre può cagionare alla figlia nascita un danno per il suo sviluppo, non è sempre vero che ciò si avvererà, senza eccezioni, come conseguenza di quel fatto ingiusto; ed inoltre, potrebbe accadere che il nascituro sia figlio di una persona diversa rispetto a quella considerata tale, giacché solo successivamente si scopre non essere figlio del presunto padre, ma ciò potrebbe anche non scoprirsi mai (poiché il padre – che poteva anche nutrire dubbi sulla paternità – essendo morto prima della nascita, non potrà più reagire ed esercitare l’azione di disconoscimento); o, ancora, può accadere che il genitore muoia per un diverso motivo.

La proiezione del danno non può essere prolungata oltremodo, e non può essere considerata a tal punto irrilevante la non contemporaneità fra la condotta dell’autore dell’illecito e il danno; perché, considerare il rapporto fra i due momenti in chiave probabilistica presenta il rischio di generalizzare la situazione, poiché in tutti i casi in cui

⁵³ E. GIACOBBE, *Il concepito*, cit., p. 168. Se, infatti, si esclude in capo alla vittima un “danno biologico da morte”, per l’ipotesi di decesso immediato, a diversa conclusione si perviene allorché il decesso segua dopo un apprezzabile lasso di tempo dal verificarsi dell’illecito. In tale evenienza, invero, unanimemente la giurisprudenza riconosce alla vittima un danno biologico, il diritto al risarcimento del quale potrà, eventualmente, essere fatto valere *iure successionis* dagli eredi (cit. p. 169). Cfr. Cass. 3 gennaio 2002, n. 24, in *Giur. it.*, 2002, p. 1361; Cass. 2 aprile 2001, n. 4783, in *Danno e resp.*, 2002, p. 147; Cass. 28 novembre 1995, n. 12299, in *Foro it.*, 1996, I, p. 3108; Cass. 27 dicembre 1994, n. 11169, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1997, I, p. 89.



viene leso il rapporto con uno o entrambi i genitori il risarcimento è dovuto, anche se si tratta di soggetto *in fieri*.

Altrimenti, diversamente argomentando, si anticiperebbe un diritto che ancora non si è manifestato in modo tangibile; finendo, così, per “abusare” del rimedio al fine di ottenere un risarcimento indipendentemente da un effettivo nesso causale verificatosi in concreto.

Una possibile chiave di lettura è quella che considera il danno arrecato al concepito come “esito di un fatto illecito che permane nel tempo fino alla nascita e oltre, potrà giustificarsi il risarcimento”⁵⁴.

Dunque, una volta affermata l’esistenza di interessi in capo al concepito, è giusto chiedersi se, a seguito della morte del padre dovuta da illecite interferenze di terzi, non sia possibile ricondurre al nascituro il danno dal mancato instauramento del rapporto parentale, poiché *“del rapporto col padre e di tutto quanto quel rapporto comporta la figlia è stata privata nascendo, non prima che nascesse. Prima, esistevano solo le condizioni ostative al suo insorgere per la già intervenuta morte del padre che la aveva concepita, ma la mancanza del rapporto intersoggettivo che connota la relazione tra padre e figlio è divenuta attuale quando la figlia è venuta alla luce”*.

Il ruolo del padre è indubbiamente rilevante per la crescita del figlio, in quanto inciderà sulla sua formazione, sulla sua vita; *“la relazione col proprio padre naturale integra, invero, un rapporto affettivo ed educativo che la legge protegge perché è di norma fattore di più equilibrata formazione della personalità. Il figlio cui sia impedito di svilupparsi in questo rapporto ne può riportare un pregiudizio che costituisce un danno ingiusto, indipendentemente dalla circostanza che egli fosse già nato al momento della morte del padre o che, essendo solo concepito, sia nato successivamente”*.

Il diritto non può non intervenire a difesa del valore della persona umana, anzi deve farlo ancora prima del momento della nascita, dal momento che la mancanza del soggetto, anteriormente alla nascita, non nega l’esistenza di interessi rilevanti che vanno tutelati; è necessario, cioè, difendere l’embrione sia dalle sfide che la scienza quotidianamente affronta (le tecniche delle inseminazioni artificiali e delle manipolazioni genetiche devono essere

⁵⁴ F. GAZZONI, *Osservazioni non solo giuridiche sulla tutela del concepito*, cit., p. 194. L’A. giunge a questa conclusione, dopo aver appurato la fallacità degli esempi normalmente addotti per giustificare la possibilità di scindere fatto illecito (riferito alla fase prenatale) e il danno. <<Così si dice che il soggetto di diritto sulla cui testa cade il mattone di una costruzione edificata quando egli era solo concepito o anche di là da venire al mondo, ha diritto al risarcimento del danno, senza però considerare che in tal caso non c’è scissione temporale tra fatto e evento dannoso, perché la costruzione mal edificata si configura alla stregua di un fatto illecito permanente>>. E, <<non diverse conclusioni possono trarsi, pertanto, per il caso di uccisione del padre, là dove la tutela in forma specifica comporterebbe che il padre dovrebbe restare recluso in casa per i nove, canonici mesi, ad evitare di poter essere ucciso da qualcuno, salvo rischiare un incidente domestico, comunque risarcibile. Anche in tal caso, poi, l’uccisione è fatto in realtà di per sé istantaneo, ma che qualcuno potrebbe sforzarsi di argomentare come permanente>>.



meritevoli di tutela, oltre che lecite⁵⁵), sia dai danni riflessi che possono colpire l'embrione e procurargli un danno ingiusto, un danno *contra ius e non iure*.

Del resto, la stessa struttura dell'illecito, ex art. 2043 c.c., conduce a ritenere il concepito soggetto legittimato a chiedere il risarcimento, poiché elementi costitutivi dell'illecito sono "la condotta", "il dolo o la colpa", "il danno ingiusto", "il nesso di causalità"; non viene, invece, annoverata come essenziale l'esistenza del soggetto passivo, ergo del concepito.

Quindi, data l'irrilevanza dell'esistenza attuale del soggetto passivo dell'illecito, si evince che il nascituro, concepito (in questo caso) all'epoca del fatto illecito, successivamente nato, è personalmente titolare del diritto di azione per ottenere il risarcimento del danno ingiusto infertogli a causa dell'uccisione del genitore; cioè, il diritto ad essere risarcito sussiste solo dal momento della nascita, poiché è solo da quel momento in poi che il soggetto è in grado di percepire lo stato di sofferenza.

E' pur vero che, se la mancanza della bigenitorialità fosse sufficiente, in modo presuntivo, a far sorgere l'obbligazione risarcitoria in capo al nascituro, allo stesso modo non si spiegherebbero le ipotesi d'inseminazione artificiale a favore della donna single⁵⁶, e le

⁵⁵ Cfr., P. PERLINGIERI, *La persona e i suoi diritti*, cit., p. 321, ove l'A. precisa il ruolo della scienza nella società e per l'evoluzione umana, osservando che <<l'intervento esterno nel processo di vita si giustifica per migliorare la salute, per evitare gravi danni, per migliorare e rendere possibile la nascita; del pari occorre ammettere che anche gli interventi sull'embrione, qualora possano evitare gravi malattie e disfunzioni alla persona, si giustificano moralmente, giuridicamente e dunque sono legittimi. A questo punto, si prospetta in tutta la sua centralità il ruolo della scienza, il rapporto tra scienza e diritto e, quindi, tra scienza e morale, tra scienza e filosofia, tra scienza e società. La scienza è tale se ha consapevolezza che ciò che ricerca sia comunque suscettibile di applicazioni pratiche; una scienza che indaga senza pensare che quello che indaga possa trovare applicazione, è una contraddizione in termini che trova smentita nella sua stessa storia>>. Ad esempio, il caso delle cellule staminali ancora oggi presenta svariati problemi, poiché (op. cit., p. 322) <<non ve ne è la consapevolezza e si continua a dibattere ancora sull'utilizzazione dell'embrione al fine di produrre organi per i trapianti>>.

⁵⁶ Cfr., C. MAZZÙ, *La famiglia degli affetti*, cit., p. 550 ss.; v., altresì, P. PERLINGIERI, *L'inseminazione artificiale tra principi costituzionali e riforme legislative*, in *La persona e i suoi diritti, problemi del diritto civile*, Napoli, 2005, p. 186, ove l'A. osserva che <<il nostro ordinamento (...) conosce non una ma più nozioni di famiglia: dalla famiglia patriarcale (...) alla famiglia nucleare, sino a giungere alla famiglia composta da un'unica persona con un figlio. Già nella legge sull'affidamento e sull'adozione traspare la scelta legislativa di non ricostruire il gruppo familiare in maniera rigida, e questa è la ragione che induce a ritenere che anche la donna nubile ha la possibilità anzi il diritto di realizzare il fine della procreazione attraverso l'inseminazione artificiale>>.

Tuttavia, parte di dottrina esclude che la donna sola possa ricorrere all'uso delle tecniche fecondative artificiali, in virtù del primario interesse del minore ad essere allevato in una famiglia che presenti la doppia figura genitoriale: così, A. Trabucchi, *Procreazione artificiale e genetica umana*, in *Riv. dir. civ.*, 1986, p. 505, ove si legge che la coppia è la coppia legale "così come è richiesto per l'ordinaria adozione dei minori (...), sarebbe socialmente enorme riconoscere legale facoltà di filiare a chi rifiuta l'incontro genetico..."; vedi, altresì, G. B.



ipotesi di adozione da parte del single⁵⁷, giacché in questi casi verrebbe leso il diritto del minore ad avere entrambe le figure genitoriali.

Ma la conclusione potrebbe essere paradossale: il nascituro che avrebbe diritto alla bigenitorialità potrebbe dolersi con la madre *single* che procede all'inseminazione eterologa, per il fatto che non solo non conosce il genitore, ma non sarà mai in grado di sapere chi esso sia stato, in conseguenza dell'anonimato del donatore. Se ciò avviene al di fuori dell'esercizio del diritto a procreare, secondo le regole della legge vigente (n. 40 del 2004).

Cioè, la bigenitorialità non costituisce un principio immanente, coesistente al fatto della nascita, al punto tale da essere considerato determinante per il conferimento della titolarità del diritto al concepito *sic et simpliciter* per il solo fatto, in via presuntiva, di aver attentato alla costituzione di quel modello familiare, che viene generalizzato come l'unico possibile e legittimo.

La Cassazione, cioè, con un'evidente forzatura metodologica, dimostra di considerare, la bigenitorialità come un modello di riferimento certo, standardizzato; ma non è così, in quanto coloro che nascono da donna *single* o vengono adottati dal *single*, oppure nascono in inseminazione eterologa, non sanno e potranno (anche) non sapere mai chi è il loro genitore biologico, con evidente esclusione del principio in questione, che quindi non può e non deve

ASCONE e L. ROSSI CARLEO, *La procreazione artificiale*, Napoli, 1986, p. 42, secondo i quali, il ricorso all'inseminazione della donna sola "sembra trasgredire, piuttosto, il profilo dell'eccezionalità sotto l'aspetto della limitazione all'uso di tali tecniche solo in ipotesi di tutela della salute". Negli USA la maggior parte degli statuti esclude che l'inseminazione possa essere praticata su donne sole. Nella dottrina sembrerebbe invece prevalente la tesi che riconosce, sul fondamento del diritto alla *privacy*, il diritto della donna sola (P. PERLINGIERI, *L'inseminazione artificiale*, cit., p. 186, nt. 5).

Sebbene lo stesso Autore (P. PERLINGIERI, *Sull'inseminazione artificiale e sulla manipolazione genetica*, in *La persona e i suoi diritti*, cit., p. 178) dichiara che <<una donna sola che volesse un figlio mediante l'inseminazione artificiale, anziché attraverso un rapporto con un altro essere umano, potrebbe essere la dimostrazione più amara di una società in cui prevale la noia, l'isolamento anche nella folla di una città>>.

⁵⁷ Si rinvia a C. MAZZÙ (*La famiglia degli affetti*, cit., pp. 542 ss., spec. p. 548), il quale considera "l'adozione da parte del *single*" come "una breccia nel muro apparentemente compatto delle regole"; dove, però, "le ragioni dell'affettività solidale" finiscono per prevalere "su quelle dello schema bigenitoriale della famiglia", che, quindi, non costituisce più presupposto indefettibile per l'istituzione della famiglia.

Altresì, si rimanda alla pronuncia della Corte di Cassazione, Sez. I civile, 14 ottobre 2010 -14 febbraio 2011, n. 3572, che esclude il riconoscimento in Italia dell'adozione (legittimante) del minore pronunciata all'estero a favore di un *single*, giacché <<di tale facoltà il legislatore italiano si è avvalso, con la legge n. 184 del 1983, entro limiti ristretti, ammettendo tale adozione in particolari circostanze (art. 25, commi 4 e 5), ovvero "in casi particolari" (art. 44) senza effetto di adozione piena>> (in *Guida dir.*, 5 Marzo 2011, n. 10, p. 29).



essere generalizzato: è una forzatura operare questa interpretazione, giacché i modelli familiari sono diversi proprio perché rispondono ad interessi differenti e personali.

Inoltre, la circostanza che la Cassazione conferisce soggettività giuridica alla nascita, pur subordinando il diritto di credito all'evento della nascita, dimostra che i giudici hanno considerato la stessa “come se” fosse già nata, poiché, di fatto, viene anticipato un diritto che ancora non esiste, così discostandosi dalla concezione del danno extracontrattuale, che, ai fini del risarcimento, reputa necessaria sia la permanenza di un rapporto intersoggettivo tra danneggiante e danneggiato, sia la contestualità tra la condotta e il danno.

E questo ragionamento la Corte lo fa dando per certi tutta una serie di aspetti che, in verità, non è detto che lo siano realmente.

Difatti, la Corte ragiona “come se” il padre ucciso nell'incidente fosse per certo il padre biologico; “come se” venuto meno quel sinistro stradale certamente il genitore non sarebbe morto; “come se” i due genitori sarebbero rimasti uniti in matrimonio per sempre.

Inoltre, questa deduzione viene fatta in questo contesto che coinvolge due genitori legati fra loro in matrimonio, per cui il nascituro sarebbe stato un figlio legittimo. Ma la riflessione potrebbe essere estesa anche al caso in cui i genitori sono dei conviventi, con la conseguenza che il nascituro sarebbe stato un figlio naturale, sempre ammesso che lo avessero riconosciuto e che avessero continuato a convivere insieme.

Cioè, la sentenza così congegnata non fa altro che “tipizzare” uno stereotipo di famiglia perfetta, fa un *cliché*, ragiona in via ipotetica: ciò è pericoloso, poiché se questo principio viene assunto come parametro dalla giurisprudenza successiva, questa ben può espandere i casi di risarcimento a prescindere dalla casistica.

Il diritto a crescere con entrambi i genitori non è un modello *standard*, uguale per tutti, non può essere assunto in maniera ineccepibile come un dato *a priori*, ma va esaminato e provato.

Sarebbe, perciò, più opportuno valutare concretamente, *ex post*, l'eventuale verifica dei danni come conseguenza del fatto illecito, posto in essere precedentemente, attraverso un modello di responsabilità (non automatico ma) che possa essere più aderente al concreto; infatti, l'effetto ricadrà sul figlio (se e) solo quando egli lo potrà percepire ad una certa età, ma non è detto che egli avrà un danno a causa di quella situazione, ben potendo il fanciullo crescere senza la relativa figura genitoriale e comunque diventare un adulto maturo e responsabile, senza traumi e disturbi della personalità.

E', tuttavia, indiscusso che sia diritto inviolabile dell'uomo la sua tutela anche nel momento antecedente alla nascita. Si pensi alla legge sull'aborto che, a parer di alcuni, non dev'essere eliminata ma semmai migliorata, poiché è espressione di un “*pluralismo culturale*” e della “*laicità dello Stato*”; laicità che è fondata sulla tolleranza e sul rispetto delle opinioni anche della stessa <<*vita*>> che altri hanno⁵⁸.

Il diritto alla vita è, cioè, un diritto sussistente che non deve attendere la nascita del soggetto.

⁵⁸ P. PERLINGIERI, *La persona e i suoi diritti*, cit., p. 321.



Come l'ordinamento effettivamente realizza questo diritto?

In questo caso non si ha un diritto reale, ma un diritto della personalità. Quindi, esso non si realizza attribuendo al titolare del diritto un potere realizzativo dell'interesse (a tutela del quale, la collettività si deve semplicemente “astenerne” dall'impedire al titolare l'esercizio del proprio diritto); ma si realizza attraverso l'astensione dei consociati (gli *omnes*) dal tenere un comportamento lesivo del diritto alla vita inteso nella sua globalità, cioè tutelando anche il rapporto parentale, la bigenitorialità, di cui ciascun bambino ha bisogno e che la Costituzione prevede agli artt. 30 e 31.

Dunque, a salvaguardia del diritto alla vita del nascituro, il comportamento degli *omnes* deve essere di completa astensione da atti che possano “attentare” alla vita del nascituro e alla sua armoniosa crescita: questo comportamento è realizzativo dell'interesse della salute fisica e psichica del soggetto, dei suoi diritti inviolabili.

Se l'automobilista avesse eseguito correttamente le regole di condotta nella circolazione stradale (così non è stato, poiché l'incidente è avvenuto per colpa prevalente – 75 % – del conducente), non avrebbe causato la morte del motociclista, che conseguentemente ha pregiudicato l'esistenza della figlia nascitura, la sua infanzia, la sua crescita, essendo costretta a crescere in assenza della figura paterna.

La disamina porta alla conclusione che la dottrina maggioritaria tutela la futura soggettività del nascituro, sia perché diverse sarebbero le fonti normative (l'art. 1 della legge del 1978, n. 194; l'art. 1 della legge n. 40 del 2004) e giurisprudenziali (Corte cost. 18 febbraio 1975, n. 27; Cass. civ. 2009, n. 10741; la sentenza ora annotata) che confermano la sua rilevanza giuridica; sia perché è la stessa Costituzione che conferisce valore alla posizione del concepito in vista dei suoi futuri interessi giuridici e, in questo caso, la tutela del nascituro attiene al pregiudizio subito dal danno futuro arrecato alla figlia dall'omicida del padre.

Questo dimostra che non è pregiudiziale, ai fini del risarcimento, il problema della soggettività del concepito, che, dunque l'art. 1 c.c. deve essere contestualizzato all'interno del sistema, non dovendo necessariamente esso essere visto in chiave preclusiva.

Alla luce di quanto fin qui detto, appare ragionevole ammettere la risarcibilità del danno patito dal concepito a causa dell'uccisione del padre cagionata da altrui condotta illecita, giacché è nel momento della nascita che viene a prodursi l'effetto pregiudizievole dell'illecito.

In altri termini, il diritto al risarcimento è strettamente condizionato dall'evento nascita (parimenti a quanto previsto dal c.c. in tema di capacità a succedere e ricevere per donazione); poiché, dal momento dei primi vagiti, la vita del nascituro sarà sempre segnata da quel fatto illecito, che l'ha privato del rapporto più autentico che esista, quello con il proprio genitore biologico, e ciò, inevitabilmente, condizionerà per sempre la sua vita.

Ma tutto questo non deve basarsi su un calcolo probabilistico *a priori*, giacché nessuno può escludere che prescindendo da quel fatto illecito, il padre non sarebbe morto per diversa causa; essendo necessario, inoltre, provare concretamente tutti quegli elementi che non possono essere dati per certi in via presuntiva, poiché il rischio è di generalizzare un modello familiare che in realtà è tutto da verificare, non costituendo la bigenitorialità un requisito



coesistente alla nascita e alla crescita armoniosa del minore; infatti, il figlio per poter ottenere il risarcimento di quel danno, deve essere un soggetto che, nella fase evolutiva, mostra di essere stato compromesso da quel fatto dannoso altrui, con delle ripercussioni, psichiche e comportamentali, effettivamente provate *ex post*, tali da segnare il suo percorso esistenziale.