

## **IL DANNO DA PROCREAZIONE**

**di Andrea Sabatini, Funzionario Doganale**

Il problema principale che si pone nella trattazione della tematica del danno da procreazione è quello di individuare se possa sussistere o meno la configurabilità di un danno subito da chi nasce con una malattia genetica o comunque trasmessa dai genitori.

In secondo luogo, una volta ammessa tale configurabilità, si tratta di indagare se sussista dal punto di vista giuridico la possibilità di “trasferire” tale accertata responsabilità dai genitori ai figli nati malati.

Un danno eventualmente potrebbe essere configurato per lesione del diritto alla salute - che è un diritto costituzionalmente garantito ex articolo 32 e dunque un diritto della personalità la cui violazione comporterebbe un danno ex articolo 2059- del nascituro. Il risarcimento di tale danno potrebbe essere giustificato, oltre che da quanto sopra specificato, anche dalla tutela che il nostro ordinamento appresta nei confronti del nascituro.

In poche parole ci si sta chiedendo se sia configurabile o meno un diritto a nascere ed in particolare se sia configurabile un diritto a nascere sani e se sia eventualmente tutelabile il danno ricevuto per non essere nati sani.

La configurabilità di un tale diritto dovrebbe comportare o meno la estensione anche al feto della personalità giuridica ex articolo 1, comma 1 del codice civile, cioè della possibilità stessa di essere titolari di diritti?

In particolare il danno deriverebbe da causa non imputabile al nascituro o al neonato anche in relazione alla sua evitabilità atteso quanto prevede la contestatissima legge 194/78 che attribuisce la possibilità per la madre di interrompere volontariamente la gravidanza nel caso in cui sussista un pericolo per la sua salute non solo fisica ma anche psichica causato da previsioni di anomalie e malformazioni al feto.

In qualche modo ci si sta chiedendo se l'evitabilità del danno alla salute anche psichica attraverso l'esercizio del diritto di abortire sia estensibile o meno anche a quella del feto onde prevenire un eventuale danno da procreazione.

Ovviamente tale tutela presupporrebbe da una parte l'imprevedibilità della malattia ereditaria, dall'altra la cosciente volontà dei genitori di consentire la nascita pur essendo a conoscenza della malattia genetica del feto.

Quanto al primo aspetto della configurabilità del danno da procreazione la dottrina lo ha escluso in base all'assunto che per aversi un danno il bene protetto, che in questo caso è il bene della vita in salute, deve preesistere al momento in cui si verifica l'evento lesivo.

Poiché in questo caso l'eventum damni è costituito dal concepimento, è evidente che il bene leso non preesisteva ma seguiva tale atto.

Non sussistendo un danno non potrebbe nemmeno configurarsi una trasferibilità di responsabilità dai genitori al nascituro, né è configurabile un diritto a nascere sani che sarebbe un interesse adespota in quanto il nascituro non essendo titolare di capacità giuridica non può nemmeno essere intestatario di diritti che comunque, nella fattispecie di che trattasi, sarebbe inconfigurabile in quanto non potrebbe mai ipotizzarsi un diritto a non essere concepito da un certo genitore.

Il diritto a non nascere malformati non potrebbe nemmeno essere attribuito al neonato in quanto la nascita dell'individuo malato funzionerebbe come condizione risolutiva del diritto stesso.

Si tratterebbe in qualche modo di un diritto in attesa di espansione che però non potrebbe mai realizzarsi proprio perché prerogativa di chi non è ancora nato.

Con la nascita tale diritto scomparirebbe proprio perché essendo nato un essere malato sarebbe un diritto che trova la ratio della propria esistenza nella sua violazione e non nel suo esercizio.

Inoltre verrebbe a configurarsi un vero e proprio obbligo da parte della madre a procedere a una sorta di eutanasia prenatale -che violerebbe la legge-avente lo scopo di non lasciare che il danno da procreazione si produca.

Premesso che è indubbio che, pur non essendo configurabile dal punto di vista strettamente giuridico un diritto a nascere sano in capo al nascituro, non può comunque negarsi ogni possibile intervento proteso alla nascita sana del concepito nonché un vero e proprio obbligo giuridico degli operatori sanitari e dei genitori a evitare quanto più possibile che la patologia si trasmetta al concepito per esempio attraverso la prevenzione o la cura prenatale.

E' vero che in alcuni casi tale obbligo incontra limiti oggettivi che sono quelli della scienza e cioè quelli della ricerca scientifica che in alcuni settori come quello delle malattie genetiche ancora incontra limiti invalicabili nella cura e nella prevenzione di tali patologie.

Ma è altrettanto vero che non può comunque essere messo in discussione il diritto a procreare perché altrimenti si giungerebbe al paradosso di negarlo a quelle coppie che non possono evitare un danno da procreazione (per esempio nel caso delle malattie genetiche).

Si negherebbe loro la possibilità stessa di porre in essere un fatto – quello procreativo – che sarebbe al contempo da un lato attributivo della vita e dall'altro fonte del danno da procreazione.

Negare il diritto di procreare – che oggi è considerato come diritto inviolabile della persona improduttivo per ciò solo di fatti ingiusti - vorrebbe dire in qualche modo optare automaticamente per la non vita rispetto alla vita viziata.

Se è vero insomma che va salvaguardato tale diritto è anche vero che devono porsi in essere tutti gli strumenti possibili affinché – tanto nella fase prenatale quanto in quella postnatale - sia prevenuto o limitato il danno da procreazione attraverso la prevenzione e la cura laddove possibile.

Certamente va sottolineata, a parere di chi scrive, la gravità della responsabilità di non aver prevenuto o curato malattie – quali quelle veneree- che è possibile evitare o curare prima che siano trasmesse al feto, laddove tale responsabilità non è neppure ipotizzabile in altre ipotesi -quali quelle delle malattie genetiche - rispetto alla cui

trasmissibilità o prevenzione o cura non incide minimamente la volontà di chi ne è portatore.