

## **BIOETICA GIUDIZIARIA IN ITALIA: NOTE CRITICHE SU UNA SENTENZA RECENTE IN TEMA DI PROTEZIONE DELLA VITA PRENATALE**

**JUDICIAL BIOETHICS IN ITALY: CRITICAL NOTES ON A RECENT JUDGMENT  
CONCERNING PROTECTION OF PRENATAL LIFE**

*Claudio Sarteá\**

---

**Riassunto:** Prendendo spunto da una sentenza della Corte di Cassazione italiana dell'autunno del 2012, di cui presenta sinteticamente gli essenziali riferimenti di fatto e di diritto, l'articolo propone alcune riflessioni sul tema, sempre molto discusso, della soggettività giuridica del concepito. Esse spingono il ragionamento verso il discorso più ampio e generale che riguarda la fondazione dei diritti soggettivi, oscillante tra prospettive libertarie (volontaristiche e soggettivistiche) e prospettive dignitarie (obiettivistiche e condizionate dal principio di precauzione). Ne dipende anche la concezione del ruolo del biodiritto nelle società tecnologicamente avanzate. Dopo l'iniziale esposizione del caso e dei principali punti di diritto della decisione (primo capitolo), l'articolo approfondisce sul piano giuridico e giusfilosofico la questione cruciale della soggettività giuridica del non nato, in particolare

---

\* Si è Laureato in Giurisprudenza presso l'Università degli Studi di Milano, ha conseguito il Dottorato di Ricerca in Filosofia del Diritto presso l'Università degli Studi di Padova, ed il Perfezionamento in Bioetica presso l'Università Cattolica del Sacro Cuore di Roma. È Ricercatore confermato presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Roma "Tor Vergata" e docente di Bioetica e Biogiuridica presso la Facoltà di Medicina dell'Università "Campus Bio-medico" di Roma nonché di Filosofia del Diritto presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università LUMSA, sede di Palermo (Italia). Autore di numerose pubblicazioni in materia di bioetica, biogiuridica e filosofia del diritto. [claudio.sarteá@gmail.com](mailto:claudio.sarteá@gmail.com)

giustificando l'equazione che identifica essere umano e persona (secondo capitolo). Successivamente, il terzo capitolo offre una riflessione sull'alternativa tra dignità e libertà per la fondazione dei diritti soggettivi, prendendo posizione a favore di una prospettiva dignitaria, più adatta a garantire le giuste esigenze di protezione dei soggetti deboli e quindi a salvaguardare davvero l'uguaglianza. L'ultimo capitolo prima delle conclusioni collega la discussione bioetica e giusfilosofica ai profili biogiuridici e sociali del compito del giurista nelle società contemporanee.

**Parole chiave:** aborto, diagnosi prenatale, diritti del concepito, fondazione dei diritti, dignità e libertà, biodiritto

---

***Abstract:** Inspired by a recent judgment of the Italian Court of Cassation, this paper presents a summary of the essential references of fact and law around the case, and offers some critical reflections on the topic, very conflictive, of the legal personality of the unborn. The reasoning inevitably turns toward the more general discourse concerning the foundation of individual rights, oscillating between liberty (voluntaristic and subjectivist outlook) and dignity (objectivist, and conditioned by the precautionary principle). On the basis of the preferred option, we will have a different conception of the role of biolaw in technologically advanced societies. After the presentation of the judicial case and the main legal arguments of the decision (first chapter), the article explores the crucial issue of legal personality of the unborn, from the dual perspective of law and philosophy of law, in particular justifying the equation that identifies human being and person (second chapter). Subsequently, the third chapter offers a reflection on the alternative between dignity and liberty in order to the foundation of individual rights, arguing the preference for a dignitary perspective: in fact, this defends better the vulnerable people and then really safeguards the equality. The last chapter before the conclusion connects the bioethical discussion with the consideration of task of biolaw and of the jurist in contemporary societies.*

**Key words:** Abortion, Prenatal Diagnosis, Rights of the Unborn, Foundation of Rights, Dignity and Freedom, Biolaw

---

**Sommario.** *I. Breve presentazione del caso. II. Il Capo Horn della bioetica prenatale: la soggettività del concepito. III. La fondazione dei diritti soggettivi: dignità vs. libertà. IV. Il compito dei giuristi e la funzione del biodiritto. V. Conclusioni. Bibliografia citata.*

## **I. BREVE PRESENTAZIONE DEL CASO**

Al 2 ottobre 2012 risale una decisione della Corte di Cassazione italiana, III sezione civile, n. 16.754, la cui massima è la seguente: “Il risarcimento del danno c.d. da nascita indesiderata, scaturente dall’errore del medico che, non rilevando malformazioni congenite del concepito, impedisca alla madre l’esercizio del diritto di interruzione della gravidanza, spetta non solo ai genitori del bimbo nato malformato, ma anche ai suoi fratelli. Nel caso in cui il medico ometta di segnalare alla gestante l’esistenza di più efficaci test diagnostici prenatali rispetto a quello in concreto prescelto, impedendole così di accertare l’esistenza d’una una malformazione congenita del concepito, quest’ultimo, ancorché privo di soggettività giuridica fino al momento della nascita, una volta venuto ad esistenza ha diritto, fondato sugli art. 2, 3, 29, 30 e 32 Cost., ad essere risarcito da parte del sanitario del danno consistente nell’essere nato non sano, rappresentato dall’interesse ad alleviare la propria condizione di vita impeditiva di una libera estrinsecazione della personalità”. La decisione – la cui motivazione occupa più di settanta pagine – riveste carattere di originalità e merita un’attenta ricognizione critica sotto almeno tre punti di vista, che considero di significativa rilevanza biogiuridica e filosofico-giuridica:

1) la legittimazione processuale del soggetto “nato non sano” e le connesse questioni circa la soggettività giuridica, i paradossi del “diritto a non nascere” e la tensione tra diritti soggettivi;

2) la dialettica tra fondazione *dignitaria* e fondazione *libertaria* dei diritti umani, e gli sviluppi e applicazioni che ne fornisce la sentenza in questione;

3) la risarcibilità dei danni che avrebbero subito i familiari del “nato non sano”, ed in particolare i suoi fratelli; e più in generale il ruolo e gli effetti della cosiddetta “biogiurisprudenza”<sup>1</sup>.

A ciascuno di questi profili – che non esauriscono l’interesse di questa decisione ma ne costituiscono a mio avviso gli aspetti più problematici – cercherò di dedicare apposita attenzione nella prospettiva a me più congeniale, che è quella di una filosofia giuridica al servizio di un biodiritto<sup>2</sup> pensato non principalmente come ricognizione delle norme vigenti ma come normativa metapositiva<sup>3</sup> la cui ragion d’essere consiste nella protezione della fragilità umana da cui dipende la preservazione di relazioni intersoggettive pacifiche.

## **II. IL CAPO HORN DELLA BIOETICA PRENATALE: LA SOGGETTIVITÀ DEL CONCEPITO**

È davvero arduo, per quanto ci si armi di buona volontà, contestare che il principale punto critico di tutto il dibattito bioetico e biogiuridico sulla fase iniziale della vita sia costituito dal riconoscimento del concepito. Non occorre qui riferire dell’amplessissima messe di argomentazioni utilizzate per difendere le due prospettive che fundamentalmente si contendono il campo: quella *pro life*, orientata alla tutela del concepito trattato alla stregua di qualunque altro essere umano, e quella *pro choice*, che di solito non nega radicalmente ogni riconoscimento a questo

---

<sup>1</sup> Per questo termine m’ispiro al titolo di un interessante saggio di Amato, 2006.

<sup>2</sup> Sia consentito per miglior comprensione dell’orientamento sotteso a queste pagine il rinvio a Sartea, 2012.

<sup>3</sup> Per questa distinzione si vedano Palazzani, 2002; D’Agostino, 2011a, nonché D’Agostino, 2004 (spec. pagg. 9 e ss.); per le questioni giusfilosofiche sottese il riferimento è al pensiero di Cotta, 1991.

individuo, ma ne subordina la protezione al volere dei soggetti adulti che su di lui hanno potere fattuale (in ultima analisi, la gestante<sup>4</sup>). Basta ai nostri scopi osservare che il modo tipico di procedere del diritto è quello della *qualificazione*, e che le diverse realtà presenti nel mondo sono qualificate dal diritto secondo una dicotomia difficilmente superabile (anche in virtù della sua chiarezza, semplicità, efficacia pratica): quella, risalente all'antico diritto romano, di *persona et res*, di soggetto ed oggetto. Ogni ente giuridicamente consistente rientra in ogni caso nell'uno o nell'altro gruppo di "beni giuridici": o è un soggetto, o è un oggetto di diritto. Per di più, se appartiene al primo gruppo *non può* appartenere al secondo, e viceversa: questa ulteriore caratteristica è condizione di chiarezza logica ma anche origine della peculiare tutela che assiste i soggetti di diritto. Evidentemente, le motivazioni dell'ascrizione al primo gruppo, quello dei soggetti, devono essere importanti, se le conseguenze sono di tanto momento: e così in effetti è, giacché lungo lo spartiacque tra soggetti ed oggetti di diritto corre tutta la rilevanza giuridica della dignità e della libertà umane, e quindi, tra l'altro, dell'imputabilità e della responsabilità (a tutti i livelli, non solo quello penale).

Invero, è intuitivo che la distinzione tra soggetti ed oggetti giuridici muove a partire dall'empirica osservazione delle caratteristiche dei primi, che impongono di differenziarli dai secondi: esse ruotano attorno alla razionalità, cioè a superiori manifestazioni di autonomia degli esseri umani rispetto ad ogni altro essere del mondo, animato e a maggior ragione inanimato. Allo stesso modo, è evidente che tali caratteristiche sono

---

<sup>4</sup> Come osserva Boltanski, non vi è infatti alcun dubbio che da sempre il problema dell'aborto si lega a doppio nodo con la necessaria "conferma nella parola" del figlio "concepito nella carne": siccome di fatto (ma appunto *non* di diritto o di principio) alla madre rimane l'ultima parola in ordine a questa conferma, la questione etica e giuridica dovrà concentrarsi sulla dialettica tra diritti del nascituro e poteri della gestante (L. Boltanski, 2007).

predicabili in pienezza soltanto di esseri umani adulti ed indipendenti (cioè sani e tendenzialmente completi ed autosufficienti sul piano mentale e fisico). Nonostante tutto ciò, occorre osservare che in ossequio all'efficace e garantistica semplificazione del reale che il diritto ordinariamente effettua, non risulta possibile né, in ultima istanza, legittimo ammettere discriminazioni tra individui umani. A partire dal sesso e dal colore della pelle, è chiaro che non è più possibile fermarsi: e che di conseguenza la massima garanzia di rispetto del principio di uguaglianza<sup>5</sup> è data e consiste tutta nell'equazione secondo la quale "ogni essere umano è persona" (Spaemann, 2005).

Sia consentito in proposito un breve *excursus* di antropologia filosofica alimentato dal pensiero del filosofo tedesco Robert Spaemann, secondo il quale "il riconoscimento delle persone è il riconoscimento del diritto a un posto nella comunità già esistente delle persone, non la cooptazione secondo criteri definiti da quanti sono stati già riconosciuti" (2005, pag. 231). Di conseguenza, "i diritti delle persone sono in generale diritti incondizionati solo quando essi non vengono fatti dipendere dall'adempimento di qualche condizione qualitativa, della cui esistenza decidono coloro che sono già membri della comunità giuridica. In quanto *closed shop* l'umanità non potrebbe essere una comunità giuridica. Poiché allora il principio *pacta sunt servanda* varrebbe soltanto per coloro che vengono riconosciuti dalla maggioranza come soggetti di diritto. Può e deve aversi un unico criterio per la personalità: l'appartenenza biologica al genere umano" (Spaemann, 2005, pag. 241). Come si vede, l'approccio iniziale di tipo filosofico trova uno sviluppo giuridico

---

<sup>5</sup> Esso, ancor più che un valore, costituisce, specie in questa prospettiva, un elemento strutturale della maniera giuridica di ragionare e schematizzare la realtà: cfr. D'Agostino, 2011b, p. 74: "La pensabilità della giustizia esige come suo presupposto fondamentale la *parità ontologica*". E poco oltre, nella stessa pagina: "Passando dal piano ontologico a quello morale e sociale, la parità si manifesta come istanza di eguaglianza e sotto questo profilo *eguaglianza e giustizia* appaiono strettamente connesse tra loro".

e viene declinato nel riconoscimento della personalità (che altrimenti ben poco rilievo avrebbe sia nel contesto morale che in quello politico). Da tale riconoscimento, universale ed obbligante per tutti per non dar luogo ad intollerabili discriminazioni, deriva l'attribuzione di soggettività giuridica e di inalienabili diritti fondamentali. Questo argomento, mi sembra, è immune dall'obiezione tipica contro la protezione della vita prenatale, la quale fa leva sulla difficoltà o persino l'impossibilità di dimostrare scientificamente e filosoficamente la cosiddetta "animazione razionale" prima di alcune sue caratteristiche manifestazioni: e vincola in ogni caso, per ragioni di prudenza riassumibili nel principio di precauzione, al rispetto ed alla tutela di queste forme aurorali di vita umana.

Anche se l'equazione "ogni essere umano è persona", almeno secondo l'autore citato, che è un filosofo e non un giurista, significa molto più di quel che qui ci occorre, essa canonizza un elemento, lo ripeto, strutturale: impone di prescindere dalle specifiche manifestazioni concrete di umanità<sup>6</sup>, riflettendo sulle quali ci troviamo di continuo dinnanzi a differenze empiriche; ed orienta verso un pieno riconoscimento e rispetto dell'umanità in qualunque sua espressione, impedendo discriminazioni di qualsiasi sorte. Per coerenza, vanno escluse in ambito biogiuridico non solo le discriminazioni fondate sullo stato di salute (e questo basterebbe per incriminare la selezione eugenetica, l'aborto selettivo di qualunque tipo e la riduzione embrionale nelle procedure di fecondazione artificiale; per non parlare del

---

<sup>6</sup> Si tratta dell'atteggiamento usuale in coloro (bioeticisti e biogiuristi) che optano per una subordinazione del riconoscimento dei diritti alla verifica di alcuni *standards* o addirittura di determinate *performances* (si pensi alle teorie di Peter Singer e dei suoi seguaci: valga per tutti il riferimento ad uno dei discorsi in tal senso più estremi, quello affacciato – senza troppa decisione ma certo con troppa disinvoltura teoretica – da Giubilini e Minerva, 2012). Nemmeno le teorie basate sulle "capacità" (si pensi in particolare alle proposte di Martha Nussbaum) sembrano in proposito soccorrere efficacemente allo scopo di evitare processi o atteggiamenti sostanzialmente discriminatori.

neonaticidio e dell'infanticidio, di cui pure si comincia da parte di alcune fazioni politiche a proporre provocatorie legalizzazioni<sup>7</sup>), ma anche quelle basate sullo stadio di sviluppo, specie dal lato iniziale (in base alla dubbia proporzione diretta tra evoluzione biologica individuale e meritevolezza di tutela giuridica inaugurata ufficialmente dal *Warnock Report* inglese del 1984, e poi ampiamente abbracciata da numerose legislazioni in tutto il mondo).

A conclusioni simili a quelle di Spaemann, pur sulla base di premesse e metodo molto diversi, era peraltro già pervenuto Romano Guardini, che all'indomani della fine della seconda guerra mondiale pubblicò un discorso intitolato al "Diritto alla vita prima della nascita". Molti anni prima che i vari ordinamenti nazionali ed internazionali cominciassero a prendere in considerazione la possibilità di legalizzare l'aborto procurato, egli osservava che non se ne sarebbe in ogni caso potuta dare giustificazione rigorosa in termini giuridici:

- Né per un'asserita meritevolezza di morte da parte dei rei di colpe proporzionatamente gravi, giacché per definizione il concepito non può commettere alcun crimine;
- Né per un criterio di danno (arrecato alla vita o alla salute di altre persone, e certamente non intenzionale), giacché "se si comincia a considerare il danno come una ragione sufficiente per violare la vita umana, non si può più tener fermo nessun

---

<sup>7</sup> Si pensi al dibattito parlamentare sull'eutanasia infantile in Belgio, dove un'apposita proposta di legge ha ottenuto il primo voto favorevole nelle commissioni Affari sociali e Giustizia del Senato: in essa, non si accenna a limiti minimi di età ma si stabilisce la necessità della richiesta del minore, reiterata e competente, nonché del consenso dei genitori, limitando come sempre il ricorso al rimedio estremo ai casi in cui il minore sia affetto da malattia incurabile, vittima di "sofferenze fisiche insopportabili e non lenibili, in fase terminale", e "capace di giudizio". La vicenda belga ha dei precedenti analoghi in Olanda nell'eutanasia minorile (dai 12 anni in su), e nel "Protocollo di Groningen" che riguarda la soppressione di neonati gravemente malformati, su richiesta dei genitori.



limite in maniera convincente” (Guardini, 2005, pag. 11; gli esempi potrebbero essere in effetti innumerevoli);

- Né per una ragione legata in qualche modo alla libera disponibilità del proprio corpo, giacché “non è vero che la donna abbia in modo puro e semplice il ‘diritto di disporre del proprio corpo’ – ne ha così poco come l’uomo. La donna e l’uomo hanno certo un tale diritto di fronte alle pretese degli altri, a quelle dello Stato, ma non ne godono in modo assoluto, poiché il corpo non è un corpo animale, ma un corpo umano sottoposto, anche rispetto alla volontà di chi lo possiede, alla tutela di quelle norme che determinano l’esistenza personale” (Guardini, 2005, pag. 20); e,
- Né infine per motivi dipendenti dal grado di sviluppo o dall’epoca gestazionale (ed è invece questo, come sappiamo, il criterio prevalentemente utilizzato in ambito europeo continentale per legiferare in senso permissivo): “Sostenere che l’essere da noi considerato incominci ad essere se stesso solamente quando ha già percorso un certo numero di forme evolutive, sarebbe piatto meccanicismo, essendo posta in tal caso una somma di particelle in luogo di una totalità vivente” (Guardini, 2005, pag. 28).

Fatte queste premesse filosofiche, possiamo ora tornare alla nostra sentenza. La quale assume e mantiene in argomento una posizione netta ma assai discutibile: “È tanto necessario quanto sufficiente – si afferma per esempio a pag. 42 – considerare il nascituro *oggetto di tutela*, se la qualità di soggetto di diritto (evidente astrazione rispetto all’essere vivente) è attribuzione normativa funzionale all’imputazione di situazioni giuridiche e non tecnica di tutela di entità protette”. E poco oltre, contrapponendo “giurisprudenza degli interessi” e “giurisprudenza dei concetti”<sup>8</sup>, la Suprema Corte italiana prosegue: “Una corretta e

---

<sup>8</sup> Intese per la verità in maniera piuttosto arbitraria, secondo un’ermeneutica diversa da quella affermatasi nella storiografia del pensiero giuridico: per una

coerente attuazione dei principi cardine della giurisprudenza degli interessi [...] sembra condurre alla conclusione che tutte le norme, costituzionali e ordinarie, volte a disciplinare il delicato territorio del concepimento, considerino il concepito come un *oggetto di tutela necessaria*, essendo la soggettività – come s'è detto – un'astrazione normativa funzionale alla titolarità di rapporti giuridici”.

A me pare che questa impostazione, che ha dalla sua un'evidente aderenza alla concretezza delle relazioni intersoggettive a cui il diritto dedica tutta la propria attenzione, essendo funzionalmente consacrato alla salvaguardia della loro attitudine pacificante e costruttiva e quindi della loro stessa sopravvivenza<sup>9</sup>, si scontri con un'obiezione fondamentale e non aggirabile, che potremmo riassumere sotto forma di domanda come segue: *i diritti riguardano allora solo chi può effettivamente esercitarli e farli valere?*

Si tratta, come credo evidente, di una petizione di principio, che rimanda a due universi inconciliabili di riflessione teorica sul diritto: da una parte, l'impostazione di chi ritiene pragmaticamente che tra diritto e forza non vi sia soluzione di continuità, e che pertanto la dimensione soggettiva della giuridicità coincida pienamente, senza alternative né mitigazioni possibili, con l'effettività del suo esercizio<sup>10</sup>; dall'altra parte, un

---

sintetica presentazione dei due orientamenti si veda per esempio Macioce, 2011.

<sup>9</sup> Rimando ancora a Cotta, 1991, spec. pagg. 65 e ss., nonché alle riflessioni limitrofe sviluppate in Cotta, 1978 (spec. pag. 89 e ss. per il cruciale rapporto tra diritto, forza e violenza).

<sup>10</sup> Si tratta di una tradizione molto antica: a parte i remoti riferimenti che qui si potrebbero fare alla Sofistica ed all'atteggiamento di Trasimaco nella *Repubblica* platonica, in epoca moderna gli autori che muovono da queste premesse sono tutti, in qualche modo, debitori di Thomas Hobbes (a partire dal quale si può arrivare fino a Kelsen e, per le prospettive sociologiche, a Weber). Anche il cosiddetto “giusrealismo” adotta lo schema dell'effettualità, che è sempre in qualche modo connesso con la forza (ma si pensi anche al pensiero giuridico-politico di Carl Schmitt).

assetto in cui al diritto – ed alle istituzioni deputate a farlo vivere: da quelle legislative a quelle giurisdizionali, passando attraverso l'amministrazione comune di beni di portata pubblica – spetta il compito essenziale di una protezione adeguata delle situazioni umane di fragilità, in cui alla debolezza di determinati individui deve fare da necessario *pendant* il supporto di norme ed organi capaci di proteggerne e promuoverne l'umanità<sup>11</sup>. Anche se è ipotizzabile che buona parte di quest'opera di salvaguardia e garanzia vada attribuita come responsabilità specifica ad organismi pubblici o privati di tipo sociale, è altrettanto prevedibile che essi saranno pur sempre attivati in conformità a norme giuridiche e spesso assumendo veste istituzionale: con il che il diritto – e segnatamente il biodiritto – si palesa come l'ordinamento competente, o almeno uno degli ordinamenti competenti.

Non si tratta, si badi bene, di qualcosa di insolito o innovativo: l'istituto della rappresentanza, molto antico, implica questa franca assunzione o attribuzione di responsabilità vicaria, con i suoi onori ma anche i suoi oneri (si pensi al romanistico diritto di famiglia ed ai poteri e doveri del *paterfamilias*<sup>12</sup>); ma si potrebbero aggiungere anche altri istituti più o meno risalenti, come quelli che fanno riferimento al principio (di rango costituzionale nell'ordinamento italiano) di solidarietà (dalla gestione di affari altrui nel terreno civilistico, fino al reato di omissione di soccorso ed in genere ai doveri di solidarietà professionale, come tutti quelli assistiti da apposite posizioni di garanzia<sup>13</sup>), o a buona parte della normativa del diritto familiare,

---

<sup>11</sup> Diversi degli autori che citerò di seguito si identificano in questo modello: così Cotta, D'Agostino, Palazzani, in Italia; in lingua spagnola si veda anche Ballesteros, 2001.

<sup>12</sup> Gaio, *Institutiones*, II, 87.

<sup>13</sup> Si veda sull'argomento la meditata monografia di Anzilotti, 2012.

specie per quel che attiene ai rapporti intergenerazionali ed alle tutele speciali per i minori<sup>14</sup>.

Trovo che la dialettica tra le due impostazioni giuridiche prospettate rifletta abbastanza fedelmente il vetusto dilemma che contrappose, fin dalle prime battute della *Repubblica* di Platone, il giovane e superficiale Trasimaco al vecchio maestro di Atene: per il primo, “giustizia è semplicemente la ragione del più forte”; ma sappiamo bene che, sulla scorta delle indicazioni e riflessioni di Socrate, Trasimaco dovrà rivedere la sua avventata definizione e mediarla con il senso stesso di qualunque discorso propriamente giuridico.

### **III. LA FONDAZIONE DEI DIRITTI SOGGETTIVI: DIGNITÀ VS. LIBERTÀ**

Strettamente connesso con il problema qui in discussione, relativo alla soggettività giuridica ed ai criteri a cui (eventualmente) subordinarne il riconoscimento, mediante introduzione di un generale *discrimen* tra essere umano e persona, è quello di cui espressamente si occupa la sentenza *de qua* verso la fine. Leggiamo il brano in questione: “Estraneo al diritto positivo, se non nei limiti del suo altrettanto positivo recepimento in norme (ove esistenti), è una considerazione razionale della natura dell’uomo che ne implichi un obbligo di vivere, avendo di converso l’ordinamento positivo eletto ad essenza dei diritti dell’uomo, prima ancora della dignità (diversamente dall’ordinamento tedesco, in conseguenza della storia di quel popolo) la libertà dell’individuo, che si autolimita nel contratto sociale, ma resta intatta nei confronti di se stesso, in una

---

<sup>14</sup> In tema di diritti dei bambini rimane fondamentale la ricerca di A.-P. Garibo Peyró, 2004.

dimensione dell'essere che legittima alfine anche il non fare o il rifiutare"<sup>15</sup>.

Come si vede, i riferimenti della Corte sono accurati e teoreticamente impegnativi: meritano pertanto una specifica attenzione proprio sul piano in cui intendono collocarsi, che è quello filosofico-giuridico. Si ricorre al termine "essenza", che in realtà ha origine metafisica, per alludere al problema del fondamento: è cioè chiaro che di realtà delle quali si insiste a predicare l'artificialità – appunto reiterando l'utilizzo del termine "positivo" per evitare ogni "deriva" giusnaturalistica – non è possibile predicare un'essenza, una natura, un modo di essere proprio e specifico in termini trascendentali. Da ciò consegue che il redattore della sentenza, riferendosi all'essenza, intendeva quasi certamente parlare del problema del fondamento, esattamente nel senso in cui Norberto Bobbio ne parlò allorché disse che il problema dei diritti dell'uomo non sarebbe quello di giustificarli, ma di difenderli: un problema dunque politico e pratico, non filosofico<sup>16</sup>. I giudici qui vanno oltre la posizione pragmatica di Bobbio e s'impegnano nel reperimento di un fondamento, di un criterio di giustificazione teoretica dei diritti umani: individuandolo nella "libertà", da loro intesa in senso oppositivo rispetto a quello che presentano come un criterio alternativo, che sarebbe invalso nell'ordinamento tedesco e consisterebbe nella "dignità".

La natura peregrina di questo riferimento non toglie che esso assuma un'interessante valenza euristica, poiché rivela la premessa *relativistica* della sentenza in esame, che persino al momento di stabilire il fondamento dei diritti dell'uomo, distingue

---

<sup>15</sup> Cassazione Civile, Sezione III, sentenza del 2 ottobre 2012, n. 16754, pag. 65 (i vari problemi di concordanza di genere o numero aggettivi, pronomi e sostantivi sono tutti nell'originale e non mi sono permesso di correggerli).

<sup>16</sup> Bobbio, 1997, pag. 16 ("Il problema di fondo relativo ai diritti dell'uomo è oggi non tanto quello di *giustificarli*, quanto quello di *proteggerli*. È un problema non filosofico ma politico").

tra fondamento in Italia e fondamento in Germania: infatti, a sentire dei giudici scriventi, è il contesto ordinamentale a dare un senso e dei contenuti operativi ai diritti stessi. Addirittura, è l'ordinamento positivo nazionale ad "eleggere" (questo è il termine impiegato dai giudici supremi) il fondamento dei diritti dell'uomo: i quali, come tutti sanno, proprio in questo si caratterizzano ed a questo debbono la propria suggestiva denominazione, vale a dire nell'essere e valere al di là degli ordinamenti territoriali e di conseguenza fondarsi su istanze certamente superiori alle opzioni culturali, politiche o ideologiche dominanti nei Paesi in cui si pretende di riconoscerli o proteggerli.

Per il resto, la contrapposizione tra dignità e libertà nella fondazione dei diritti umani è scontata e al tempo stesso inadeguata: *scontata*, prova cioè da sola troppo poco, perché utilizzata frequentemente nel dibattito relativo al fondamento<sup>17</sup>; *inadeguata* (e quindi prova troppo) perché non riflette in modo sufficientemente persuasivo nemmeno l'assetto normativo positivo. Si pensi, per esempio, a norme che in Italia come in Germania e altrove impongono l'adozione di misure di sicurezza a tutela della vita e dell'incolumità personale in occasione dell'esercizio di attività pericolose (guida di autoveicoli o motoveicoli, lavoro in cantiere o visita a cantieri, e così via): giustificare queste regole in termini meramente libertari appare francamente arduo, a maggior ragione se si tiene conto della difficoltà di darne una spiegazione puramente economica (interessi, assicurazioni, etc.). Come d'altra parte, numerosi altri cosiddetti "diritti di libertà" non sono affatto libertari nel senso implicito al ragionamento della Cassazione: giacché per esempio nessuno considera compravendibile il diritto di voto (ed anzi ogni ordinamento predispone robuste misure, di solito penali, contro questa pratica, inaccettabile perché corrompe *in radice* il meccanismo di base di ogni democrazia), sebbene lo si consideri il

---

<sup>17</sup> Per una presentazione del tutto condivisibile di questa alternativa in biogiuridica si veda Ollero, 2006, pagg. 225 e ss.

contenuto di una delle più tipiche rivendicazioni di diritti politici connessi con la libertà di partecipazione. Più in generale, è persino possibile affermare che non tutti i diritti umani o fondamentali abbiano un significato di libertà, implicino cioè una dimensione attiva, il riconoscimento di spazi di autonoma determinazione nel mondo dei fatti esterni pubblicamente rilevanti. Esistono infatti diritti umani per così dire passivi, e non sono certo la parte meno importante: il diritto alla vita, ovviamente, ma anche in certa misura gli stessi diritti sociali alla salute, all'istruzione, al lavoro. Tali diritti per la loro effettività non necessitano primariamente di un'attivazione del titolare, bensì richiedono l'attivazione di singoli o gruppi che rendano possibile il loro effettivo godimento. Occorre dunque francamente riconoscere che, accanto allo schema liberale classico dei diritti di libertà (si pensi ai fondamentali diritti di riunione, manifestazione del pensiero, religione e culto, stampa, e così via), esistono altri schemi di declinazione dei diritti fondamentali<sup>18</sup>, che non solo non richiedono la necessaria attivazione del loro titolare, ma anzi talora ne presuppongono l'inerzia – o, con termine antropologicamente più pregnante, la fragilità<sup>19</sup>.

Conviene ora svolgere qualche osservazione più approfondita circa lo schema concettuale adottato dalla Corte di Cassazione per negare che esista un “obbligo di vivere” e per collegare il fondamento dei diritti umani al sistema delle libertà: così facendo, lo abbiamo appena messo in luce, si considera in ogni caso preminente il principio di autodeterminazione, con l'effetto di aprire alla libera disposizione dei diritti legati al corpo (se infatti il principale – diritto alla vita – risulta disponibile, non possono che risultare altrettanto – ed a maggior ragione – disponibili i diritti minori ad esso collegati e da esso dipendenti:

---

<sup>18</sup> Devo queste considerazioni alle riflessioni ispiratemi da Cotta, 1989, pagg. 95 e ss.; Villey, 2009, e Possenti, 2012.

<sup>19</sup> Per qualche considerazione sul termine, si veda ancora D'Agostino, 2012a, pagg. 119 e ss.

diritti sugli organi, sul sangue, sui gameti, sull'utero, e così via). Non è detto che il giudice supremo abbia colto tutte le implicazioni del proprio ragionamento e dell'assetto concettuale proposto in motivazione: non c'è dubbio che l'attività giurisdizionale verte per definizione sul caso specifico e non deve farsi carico dell'intera politica culturale di una certa epoca (compito che tutt'al più investe il legislatore, attraverso la sua attività tipica che sempre incide ed orienta i costumi sociali). In ogni caso, è difficile o almeno ingenuo negare che sentenze come quella che stiamo commentando impattino, e a volte molto profondamente, sulle mentalità e sui comportamenti, marcando nuovi confini, movimentando le idee, additando soluzioni normative che potrebbero poi, magari in un secondo tempo, generalizzarsi<sup>20</sup>.

Nel brano da ultimo citato mi sembra evidente che il fondamento del diritto alla vita viene connesso alla libertà individuale: in base a questo schema, fatalmente veniamo messi di fronte allo scivolamento di tale diritto in una cornice di tipo proprietario, a mio avviso la meno ospitale che si possa pensare per il diritto stesso in questione<sup>21</sup>. Se siamo tutti d'accordo circa il fatto che la mia vita non può essere proprietà di altri, a pena di reintrodurre il più odioso dei diritti proprietari, la schiavitù,

---

<sup>20</sup> Tendenzialmente favorevole a questo risultato, specie in temperie culturali e sociali instabili ("liquide", come le chiamerebbe Zygmunt Bauman), è senz'altro Zagrebelsky, 1992.

<sup>21</sup> Nonostante una certa problematizzazione, non mi pare riesca convincentemente ad evitare questo rischio Rodotà, 2012, spec. pagg. 250 e ss.: rivelative mi paiono per esempio, le espressioni che troviamo a pag. 271 di quest'opera, dove leggiamo che "è la biografia, e non la biologia, al centro dell'attenzione. Vita e corpo si definiscono nel continuo fluire della libera costruzione della personalità". E poco oltre: "La rilevanza della volontà appartiene a questo processo di individuazione, è la condizione perché il soggetto si allontani dalla sua astrattezza e perché alla persona sia restituita la sua unicità". Sono tutte petizioni di principio: esse sembrano scaturire da una visione preconcepita dell'uomo, in cui sono stati nettamente separati corpo e spirito, materia vivente e volontà.



dovremmo esserlo anche circa il connesso fatto che essa non possa essere nemmeno *proprietà mia*: e non in virtù di una questionabile evocazione di diritti divini sulla nostra esistenza di creature, bensì più tecnicamente in forza dell'inadeguatezza dello schema proprietario a qualificare il rapporto che ognuno di noi ha con la propria esistenza corporea. Il problema del corpo umano vivente sta tutto nel fatto che, quando intendiamo oggettivarlo ci scontriamo con la sua natura soggettiva: l'io che avrebbe le "libertà" che se ne predicano in ordine al corpo, è anche al tempo stesso, per così dire, *tutto concentrato in quel corpo*, non esiste in alcun modo a prescindere da esso, fuori di esso, prima o dopo di esso. Affermare dunque, con i giudici italiani, che "la libertà dell'individuo, che si autolimita nel contratto sociale [...], resta intatta nei confronti di se stesso"<sup>22</sup>, è incorrere in una petizione di principio, dando per scontato proprio lo snodo problematico centrale di tutto il dibattito biogiuridico attorno alla relazione io-corpo.

La problematicità della soluzione adottata dalla Cassazione italiana è ancora più manifesta se riflettiamo sulle conseguenze di questo assetto, a dir poco rivoluzionarie. Se davvero "la libertà dell'individuo resta intatta nei confronti di se stesso, in una dimensione dell'essere che legittima alfine anche il non fare o il rifiutare", come scrivono i giudici, allora non vi è più modo (ragionevole) di impedire numerosi fenomeni contro i quali compattamente gli ordinamenti positivi combattono da tempo: dalla prostituzione all'abuso di droghe, dal suicidio alla compravendita di organi, tessuti e cellule umani (di qualunque tipo, incluse quelle germinali). L'unica condizione che, in una prospettiva di tipo esclusivamente libertario, si richiede di onorare, è quella dell'autodeterminazione individuale in ordine all'azione da compiere, prescindendosi completamente da una valutazione in termini di dignità o indegnità di essa.

---

<sup>22</sup> Molto simili le parole cui ricorre Rodotà, 2012, pag. 257.

Che però la questione non sia pacifica nemmeno in giurisprudenza è facilmente dimostrabile con qualche esempio:

- La Corte di Giustizia dell'Unione Europea<sup>23</sup> nell'autunno del 2011 ha recisamente negato la brevettabilità di cellule umane di origine embrionale, proprio in considerazione dell'inoltrabile limite alla commerciabilità di siffatti beni dipendente dalla loro appartenenza al corpo umano, considerato in senso oggettivo (e quindi “dignitario”);
- Il Conseil d'Etat francese<sup>24</sup>, in una sentenza di qualche anno fa contro il “lancio del nano”, confermò il diniego a spettacoli circensi offensivi della dignità di esseri umani disabili, che pure liberamente vi si prestavano (magari traendone l'unica o principale fonte di legittimo sostentamento).

Soprattutto, difficilmente si può essere d'accordo con la Cassazione italiana se si adotta in generale l'impostazione dignitaria, che appare non solo più coerente con numerose opzioni del diritto positivo vigente nella più parte degli ordinamenti, ma anche maggiormente in linea con una visione obiettiva del diritto. Visione che anche da un altro punto di vista la sentenza *de qua* mette in discussione, e cioè nella prospettiva del danno risarcibile di cui ora ci occuperemo.

#### **IV. IL COMPITO DEI GIURISTI E LA FUNZIONE DEL BIODIRITTO**

Alla quantificazione del danno risarcibile a favore del nato malformato di cui, come abbiamo visto, la Cassazione riconosce l'autonoma legittimazione processuale, la sentenza dedica le ultime pagine. Con esso infatti viene identificato (ed è questa probabilmente, sul piano operativo, la principale novità della

---

<sup>23</sup> Sentenza nella causa C-34/10, Oliver Brüstle/Greenpeace.

<sup>24</sup> Conseil d'Etat, 27 octobre 1995, Commune de Morsang-sur-Orge.

decisione) “non il danno della sua esistenza, né quello della malformazione di sé sola considerata, ma la sua stessa esistenza diversamente abile, che discende a sua volta dalla possibilità legale dell’aborto riconosciuta alla madre in una relazione con il feto non di rappresentante-rappresentato, ma di includente-incluso”. Se con l’esclusione del danno da nascita o del danno da nascita malformata, la Suprema Corte si discosta dalla giurisprudenza italiana<sup>25</sup> e francese<sup>26</sup> che con discusse decisioni aveva in precedenza optato per la risarcibilità, mediante l’introduzione di questo nuovo parametro la Cassazione si avvolge in contraddizioni anche più gravi. In buona sostanza, si riconosce legittimità alle richieste risarcitorie del minore che non riguardano però la malattia in sé (essa non dipende certamente da responsabilità del medico, trattandosi di patologia di matrice genetica, in ogni caso non curabile né in epoca prenatale né dopo), bensì “lo stato funzionale di infermità, la condizione evolutiva della vita handicappata intese come proiezione dinamica dell’esistenza che non è semplice somma algebrica della vita e dell’handicap, ma sintesi di vita e handicap, sintesi generatrice di una vita handicappata”<sup>27</sup>. Occorrerebbe pertanto guardare “alla vita handicappata intesa nella sua più ampia accezione funzionale, la cui ‘diversità’ non è discriminata in un giudizio metagiuridico di disvalore tra nascita e non nascita, ma soltanto tutelata, rispettata ed alleviata per via risarcitoria”<sup>28</sup>.

Con queste non facili circonlocuzioni la Suprema Corte cerca di mettere al riparo la sua decisione dalla prevedibile obiezione sia di chi oppone a questo diritto al risarcimento la

---

<sup>25</sup> Per un attento commento alla giurisprudenza italiana in materia precedente alla sentenza che qui ci occupa si veda Reggio, 2009, pagg. 155 e ss.

<sup>26</sup> Mi riferisco al celebre *affaire Perruche*, sul quale v. anche Bauzon, 2005, pagg. 57 e ss.

<sup>27</sup> Cassazione Civile, Sezione III, sentenza del 2 ottobre 2012, n. 16754, pag. 60.

<sup>28</sup> Cassazione Civile, Sezione III, sentenza del 2 ottobre 2012, n. 16754, pag. 62.

contraddizione tra la sua sussistenza e l'esistenza stessa del soggetto da risarcire (schema del danno da nascita); sia di chi osserva che pensare in termini negativi la venuta al mondo di un essere umano è indegno di lui come in genere dell'umanità. Con un pragmatismo quasi spiazzante i giudici di Cassazione si spingono fino ad affermare in proposito che "tale concezione della dignità umana [sarebbe] dichiaratamente ostile al soggettivismo della modernità dei diritti dell'uomo, e funzionale ad un'idea che non di diritto dell'uomo in quanto individuo si discorra, bensì di diritti del genere umano come tali opponibili allo stesso individuo onde assoggettarlo ad obblighi verso questa generica qualità umana che lo trascende"<sup>29</sup>. Quindi, per concludere, "l'interesse giuridicamente protetto, del quale viene richiesta tutela da parte del minore ai sensi degli articoli della Carta fondamentale dianzi citati, è quello che gli consente di alleviare, sul piano risarcitorio, la propria condizione di vita, destinata a una non del tutto libera estrinsecazione secondo gli auspici del Costituente".

Non è semplice comprendere lo schema concettuale a cui si appoggia simile argomentazione. In buona sostanza, secondo la Corte Suprema il danno risarcibile consiste nei disagi fisici e psichici derivanti dalla condizione handicappata, che si estende dinamicamente e funzionalmente nel perdurare diacronico di una vita svantaggiata: la quale avrebbe a che vedere con le responsabilità giuridiche del ginecologo che, avendone la possibilità ed essendone per di più stato espressamente richiesto, non ha a suo tempo posto in essere tutte le attività diagnostiche che avrebbero potuto condurre alla conoscenza della patologia genetica del feto in tempo utile all'esercizio legale della decisione abortiva.

La costruzione appare sofisticata e scarsamente persuasiva: sia per quel che riguarda l'esistenza e la specifica consistenza del danno (tra l'altro molto arduo da quantificare se lo si fa dipendere

---

<sup>29</sup> Cassazione Civile, Sezione III, sentenza del 2 ottobre 2012, n. 16754, pag. 63.

almeno in parte dalla percezione soggettiva dei detti disagi), sia per quel che si riferisce al necessario legame tra esercizio legale dell'interruzione volontaria di gravidanza e responsabilità dell'operatore sanitario. Come in fondo aveva osservato la Corte d'Appello di Venezia nella decisione cassata dalla sentenza *de qua*, l'attribuzione alla gestante del potere legale di abortire a determinate condizioni ed entro certi termini è effettuata dal legislatore italiano del 1978 in una stretta logica di tutela della salute della madre: l'estensione all'asserito "danno" del figlio delle responsabilità mediche è sotto questo profilo non solo problematica ma addirittura *praeter legem*. Ed è grave che giudici di questo rango non se ne siano resi conto o, peggio ancora, dati pensiero: ripetendo numerose volte un'affermazione di per sé tutt'altro che ovvia, in base al tenore della legge vigente, e cioè che l'aborto nell'ordinamento italiano sarebbe nientemeno che un "diritto" della gestante<sup>30</sup>.

Un ulteriore discorso critico va poi effettuato in relazione ad un altro elemento innovativo della sentenza in commento, che riguarda ancora la questione del danno risarcibile ma in questo caso a favore (non del minore o della madre/genitori, bensì) dei fratelli del nato malformato. "L'indagine sulla platea dei soggetti aventi diritto al risarcimento, difatti, già da tempo operata dalla giurisprudenza di questa corte con riferimento al padre [...], non può non essere estesa, per le stesse motivazioni predicative della legittimazione dell'altro genitore, anche ai fratelli e alle sorelle del neonato, dei quali non può non presumersi l'attitudine a subire un serio danno non patrimoniale, anche a prescindere dagli eventuali risvolti e dalle inevitabili esigenze assistenziali destinate ad insorgere, secondo l'*id quod plerumque accidit*, alla morte dei genitori. Danno intanto consistente [...] nella minore disponibilità dei genitori nei loro confronti, in ragione del maggior tempo

---

<sup>30</sup> L'inquadramento dell'aborto alla stregua di un diritto soggettivo è ripetuto alle pagine 12, 14, 37, 38, 64, 69. Per un approfondimento ed alcune riflessioni critiche in argomento sia consentito il rimando a Saratea, 2013, pagg. 767 e ss.

necessariamente dedicato al figlio affetto da handicap, nonché nella diminuita possibilità di godere di un rapporto parentale con i genitori stessi costantemente caratterizzato da serenità e distensione; le quali appaiono invece non sempre compatibili con lo stato d'animo che ne informerà il quotidiano per la condizione del figlio meno fortunato”<sup>31</sup>.

Prese alla lettera, simili espressioni implicano tra le altre conseguenze una disgregazione giudiziaria della famiglia, che resta esposta all'attacco delle più disparate richieste risarcitorie solo che esse possano in qualche modo farsi derivare da una “responsabilità” medica nella fase gestazionale. Ho cercato di mostrare la criticità della soluzione favorevole alla risarcibilità del danno derivante da una nascita non desiderata a favore del nato, della madre, dei genitori; ma l'estensione della fattispecie va molto al di là di questo, perché implica una minaccia all'intero senso della dimensione familiare nell'esistenza delle persone portatrici di handicap e dei loro fratelli.

Quando poi i giudici di Cassazione presentano in toni sommessi la propria funzione sociale, emerge quasi una tragica ironia: l'esistenza handicappata “consente e impone al diritto di intervenire in termini risarcitori (l'unico intervento consentito al diritto, amaramente chiamato, in tali vicende, a trasformare il dolore in denaro), affinché quella condizione umana ne risulti alleviata, assicurando al minore una vita meno disagiata”<sup>32</sup>. Non esiterei, al di là dell'ironia di cui si è detto, a considerare gravemente inopportune le considerazioni svolte su questo punto dai giudici di Cassazione, che sembrano attribuirsi ben più che un “amaro” compito di trasformazione monetaria: direi se mai il potere di giudicare la sofferenza sia in chi viene chiamato a

---

<sup>31</sup> Cassazione Civile, Sezione III, sentenza del 2 ottobre 2012, n. 16754, pag. 17.

<sup>32</sup> Cassazione Civile, Sezione III, sentenza del 2 ottobre 2012, n. 16754, pag. 67.

farsene carico nel modo più diretto (il bambino malato<sup>33</sup> ed i suoi genitori), sia di coloro che circondano – si direbbe più da estranei che da fratelli – questa scena, e ne esigono ristoro e sollievo.

Ma poi, ed in ultima analisi, è davvero questo il compito del diritto? È in senso proprio tutta qui la funzione sociale dei giuristi, che quel diritto fanno vivere concretamente nei tribunali? Si tratta in sostanza di un esorcismo, più o meno disperato, nei confronti della malasorte? Di un gioco di prestigio che trasforma la sofferenza in cartamoneta? Anche se i giudici italiani presentano questo ruolo come un ruolo modesto e persino appunto “amaro”, credo vada opposto alla loro autocomprensione funzionale un netto rifiuto: il diritto in genere, ed il biodiritto in particolare, sono piuttosto *al servizio della coesistenza*, la quale richiede una speciale protezione delle situazioni di vulnerabilità. La fragilità è caratteristica comune degli esseri umani, per la loro destinazione alla morte, per la loro appartenenza alla biologia, per mille altri motivi direttamente o indirettamente connessi alla loro natura corporea: le istituzioni giuridiche hanno anche ed essenzialmente il senso di garantire la tutela degli equilibri da cui dipende la sopravvivenza, a livello individuale e di specie, dell’umanità nel mondo<sup>34</sup>.

---

<sup>33</sup> Con le parole della Corte, “non è a discorrersi di non meritevolezza di una vita handicappata, ma una vita che merita di essere vissuta meno disagievolmente, attribuendo direttamente al soggetto che di tale condizione di disagio è personalmente portatore il dovuto importo risarcitorio, senza mediazione di terzi, quand’anche fossero i genitori, ipoteticamente liberi di utilizzare il risarcimento a loro riconosciuto ai più disparati fini” (pag. 62): ed anche queste notazioni generano sconforto.

<sup>34</sup> Anche da questo punto di vista, lungi dall’essere pura negatività la condizione del disabile alimenta l’autocomprensione del genere umano e sprigiona risorse ed iniziative nuove. Qualche spunto, tra gli altri, in Gensabella Furnari, 2008, e più recentemente in Zanichelli, 2012.

## V. CONCLUSIONI

La sentenza che ho presentato e criticato in queste pagine ha ricevuto presso la dottrina italiana un'accoglienza molto dialettica, con alcune prese di posizione favorevoli (v. gr. Rossi, 2012) ed altre vigorosamente oppositive (v. gr. Gambino, 2012). Non è ancora chiaro, a causa del poco tempo trascorso, se essa è destinata ad influenzare la giurisprudenza italiana in materia di risarcibilità del danno in contesto procreativo ed in costanza di una legislazione favorevole all'aborto, oppure rimarrà isolata ed una tra le tante decisioni altalenanti, ora nel senso del riconoscimento, ora nel senso della negazione di un'autonoma azione di risarcimento da parte del soggetto con disabilità contro i medici che hanno assistito la madre durante la gravidanza.

Nelle pagine che precedono ho tuttavia inteso allargare molto il discorso, cercando di mostrare almeno in parte verso quale tipo di regolazione della generazione umana e della famiglia orientano o addirittura spingono le considerazioni in punto di diritto sviluppate dalla sentenza: traendone abbondanti motivi non solo per nutrire meditate perplessità nei riguardi della sentenza stessa e dell'orientamento giurisprudenziale che essa innovativamente propone, ma soprattutto forti incentivi logici e giuridici ad una rimediazione complessiva dell'attuale assetto legislativo ed interpretativo relativo alla protezione della vita nascente.

È mia persuasione che la miglior assicurazione della democrazia e della pace richieda, oltre al ricorso ai numerosi e noti strumenti che consentono la conoscenza ed il controllo pacifico dell'agire di chi ha il potere, anche un fondamentale rispetto di tutti i soggetti. L'identificazione tra essere umano e persona è, a tal fine, necessaria: ancor prima che per motivi legati alla sua legittimazione filosofica, per elementari ragioni prudenziali, di carattere cautelare (in bioetica e biogiuridica da anni si propone, come criterio operativo nelle questioni dilemmatiche, il principio di precauzione, che pur con tutti i suoi



limiti mostra un'effettiva attitudine regolativa). Al tempo stesso, una visione esclusivamente negativa della disabilità e della malattia non solo non appare ragionevole e realistica, ma tende anche a negare profili certamente fecondi: sia il progresso tecnoscientifico che quello etico dipendono grandemente dalla capacità di far fronte alle sfide della patologia, delle avversità genetiche e degli svantaggi psicofisici, con tutte le loro ricadute sociali. Misconoscerne la portata e l'efficacia e limitarsi a negarli ed impedirne fattualmente i presupposti, oltre all'ingiustizia che implica, dipende anche da una rischiosa miopia.

## BIBLIOGRAFIA CITATA

- Amato, Salvatore (2006). *Biogiurisprudenza. Dal mercato genetico al self-service normativo*. Torino: Giappichelli.
- Anzilotti, Stefano (2012). *La posizione di garanzia del medico. Uno studio giuridico, bioetico e deontologico*. Milano: Giuffrè.
- Ballesteros, Jesús (2001). *Sobre el sentido del derecho. Introducción a la filosofía jurídica*. Madrid: Tecnos.
- Bauzon, Stéphane (2005). *La persona biogiuridica*. Torino: Giappichelli.
- Bobbio, Norberto (1997). *L'età dei diritti. Dodici saggi sul tema dei diritti dell'uomo*. Torino: Einaudi.
- Boltanski, Luc (2007). *La condizione fetale. Una sociologia della generazione e dell'aborto*. (2004). Trad. it. a cura di L. Cornalba. Milano: Feltrinelli.
- Cotta, Sergio (1978). *Perché la violenza? Una interpretazione filosofica*. L'Aquila: Japadre.
- Cotta, Sergio (1989). *Diritto Persona Mondo umano*. Torino: Giappichelli.
- Cotta, Sergio (1991). *Il diritto nell'esistenza. Linee di ontofenomenologia esistenziale*. Milano: Giuffrè.
- D'Agostino, Francesco (2004). *Parole di bioetica*. Torino: Giappichelli.
- D'Agostino, Francesco (2011a). *Bioetica e biopolitica. Ventuno voci fondamentali*. Torino: Giappichelli.
- D'Agostino, Francesco (2011b). *Corso breve di filosofia del diritto*. Torino: Giappichelli.
- Gambino, Alberto (2012). *Nascita con sindrome di down: quando il diritto si disallinea dall'essere*. Recuperato dal sito web [www.personaedanno.it/index.php?option=com\\_content&view=article&id=40543&catid=81&Itemid=328&mese=10&anno=2012](http://www.personaedanno.it/index.php?option=com_content&view=article&id=40543&catid=81&Itemid=328&mese=10&anno=2012) (in data 12 dicembre 2013).

- Garibo Peyró, Ana-Paz (2004). *Los derechos de los niños: una fundamentación*. Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.
- Gensabella Furnari, Marianna (2008). *Vulnerabilità e cura. Bioetica ed esperienza del limite*. Soveria Mannelli. Rubbettino.
- Giubilini, Andrea e Minerva, Francesca (2012). After-birth abortion: why should the baby live? *Journal of Medical Ethics*, March, 3.
- Guardini, Romano (2005). *Il diritto alla vita prima della nascita*. (1949) Trad. it. di O. Brino. Brescia: Morcelliana.
- Macioce, Fabio (2011). *Giurisprudenza dei concetti. Giurisprudenza degli interessi*. In D'Agostino F. e Amato Mangiameli A.C. (eds.), *Cento e una voce di teoria del diritto*. Torino: Giappichelli.
- Ollero, Andrés (2006). *Bioderecho. Entre la vida y la muerte*. Cizur Menor (Navarra): Thomson-Aranzadi.
- Palazzani, Laura (2002). *Introduzione alla biogiuridica*. Torino: Giappichelli.
- Possenti, Vittorio (2012). *Nichilismo giuridico: l'ultima parola?* Soveria Mannelli: Rubbettino.
- Reggio, Federico (2009). *La vita come danno. Alcune note in margine ad una recente sentenza sul 'diritto a non nascere'*. In F. Zanuso (ed.). *Il filo delle Parche. Opinioni comuni e valori condivisi nel dibattito biogiuridico*. Milano: FrancoAngeli.
- Rodotà, Stefano (2012). *Il diritto di avere diritti*. Roma-Bari: Laterza.
- Rossi, Stefano. (2012). Il nascituro quale oggetto di tutela. Brevi note su una sentenza-manifesto. [www.personaedanno.it/nascita-indesiderata/il-nascituro-quale-oggetto-di-tutela-brevi-note-su-una-sentenza-manifesto-stefano-rossi](http://www.personaedanno.it/nascita-indesiderata/il-nascituro-quale-oggetto-di-tutela-brevi-note-su-una-sentenza-manifesto-stefano-rossi) (consultato in data 12 dicembre 2013, ore 12.20).
- Sartea, Claudio (2012). *Biodiritto. Fragilità e giustizi*. Torino: Giappichelli.

- Sartea, Claudio (2013). Sulla problematica idea di un 'diritto di aborto'. *Medicina e Morale*, 4.
- Spaemann, Robert (2005). *Persone. Sulla differenza tra 'qualcosa' e 'qualcuno'*. (1998). Trad. it. a cura di L. Allodi. Roma-Bari: Laterza.
- Villey, Michel (2009). *Il diritto e i diritti dell'uomo*. Trad. it. a cura di L. Botteri. Siena: Cantagalli.
- Zagrebelsky, Gustavo (1992). *Il diritto mite*. Torino: Einaudi.
- Zanichelli, Maria (2012). *Persone, prima che disabili. Una riflessione sull'handicap tra giustizia ed etica*. Brescia: Queriniana.