

ESAME AVVOCATO 2017

PARERE IN DIRITTO CIVILE

CASO 2

12 DICEMBRE 2017

In data 9 febbraio 2016 Tizio, marito di Caia, al settimo mese di gravidanza, viene travolto e ucciso mentre attraversa la strada sulle strisce pedonali da un'auto condotta da Sempronio.

In data 15 aprile 16 nasce Caietta, figlia di Caia e del defunto Tizio. Caia si rivolge al proprio legale di fiducia dolendosi del fatto che Caietta, a causa del fatto illecito di Sempronio sia nata senza il padre, accusando così un danno permanente e significativo che la segnerà per tutta la vita.

In tale occasione Caia riferisce di aver già sottoposto la questione alla società assicuratrice dell'autovettura di Sempronio, che sta curando la pratica di ristoro del danno in suo favore sentendosi tuttavia opporre l'insussistenza di un danno risarcibile in favore di Caietta, in quanto questa al momento del decesso del padre non era ancora nata.

Il candidato assume le vesti del legale di Caia, premessi i cenni sullo stato giuridico del concepito rediga motivato parere esaminando le questioni sottese al caso in esame.

SCHEMA CASO

LE QUESTIONI IN ORDINE LOGICO

- 1) **STATO GIURIDICO DEL SOGGETTO CONCEPITO E AMMISSIBILITA' DEL RISARCIMENTO DEI DANNI SUBITI DURANTE IL PERIODO DELLA GESTAZIONE:** delineare lo stato giuridico del concepito al fine di trarne i precipitati logici in punto di ammissibilità del risarcimento dei danni patiti durante il periodo di gestazione. In particolare, dare atto del susseguirsi degli orientamenti giurisprudenziali sul tema, analizzando l'impostazione risalente che nega il risarcimento di tali danni sul presupposto dell'assenza della capacità giuridica del concepito, per poi esaminare il successivo orientamento che, per contro, ne afferma una limitata soggettività giuridica alla stregua del tessuto normativo di stampo nazionale e internazionale di riferimento e concludere infine riportando

l'orientamento prevalente che concepisce il nascituro come oggetto speciale di tutela (Cass. 16754/2012 che richiama Corte cost. 27/75 e Cass. Sez. Un. 2015/25767) e su tale presupposto ne afferma la risarcibilità dei danni patiti durante il periodo di gestazione seppur subordinati alla verifica dell'evento-nascita sub specie di *condicio iuris* del risarcimento.

- 2) **DANNO DA PERDITA DEL RAPPORTO PARENTALE:** perimetrare la natura giuridica di tale danno, il fondamento normativo, nonché i relativi profili probatori onde poi verificarne la precipua risarcibilità con particolare riguardo al soggetto nascituro. In particolare, precisare che il danno da perdita del rapporto parentale si configura quale interesse di natura non patrimoniale all'intangibilità della sfera degli affetti e della reciproca solidarietà nell'ambito del contesto familiare, nonché all'invulnerabilità della pieno svolgimento delle attività realizzatrici della persona umana oggetto di protezione alla luce del combinato disposto degli artt. 2059 c.c. e 2, 29, 30 Cost. Con riguardo ai profili probatori, precisare che tale tipologia di danno va allegato e provato ad opera dell'attore mediante l'ausilio di valutazioni prognostiche, nonché tramite il ricorso a presunzioni, stante la peculiarità del danno in questione che si qualifica per una proiezione sul futuro esplicarsi della propria personalità alla luce della perdita del rapporto con il prossimo congiunto e che rinvia a specifica riparazione in via equitativa.
- 3) **RISARCIBILITÀ DEL DANNO DA PERDITA DEL RAPPORTO PARENTALE IN FAVORE DEL SOGGETTO CONCEPITO, MA NON NATO AL MOMENTO DELLA MORTE DEL PROSSIMO CONGIUNTO: AMMISSIBILITÀ E PROFILI PROBATORI.** Evidenziare che nel senso della risarcibilità del danno da perdita del rapporto parentale in favore del soggetto concepito al tempo del verificarsi dell'evento lesivo occorso al prossimo congiunto si è pronunciata la recente sentenza della Corte di Cassazione (Cass. Civ., Sez. III, sent. 3/5/2011 n. 9700, confermata da Cass. Civ., Sez. III, sent. 10/3/2014 n. 5509), la quale ha affermato che *"anche il soggetto nato dopo la morte del padre naturale, verificatasi durante la gestazione per fatto illecito del 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?". Trasporre le sopra esposte coordinate ermeneutiche nel caso di specie concludendo nei seguenti termini: Caia, madre di Caietta, potrà agire in qualità di rappresentante legale della figlia nei confronti della compagnia assicurativa di Sempronio, cui è ascrivibile l'evento lesivo, e ciò tanto sotto il profilo del danno patrimoniale ai sensi dell'art. 2043 c.c., nella duplice voce di danno emergente e lucro cessante, quanto sotto il profilo del danno non patrimoniale ex art. 2059 c.c. consistente nella perdita del rapporto parentale, entrambi oggetto di asseverazione mediante il ricorso a valutazioni prognostiche e presuntive.

SOLUZIONE DEL CASO

Avv. Aurora Ricci (corsista FGLAW)

La risoluzione della traccia proposta richiede la puntuale disamina della questione attinente alla risarcibilità del danno da perdita del rapporto parentale in favore di un soggetto concepito, ma non ancora nato al momento della morte del prossimo congiunto.

Nel caso *de quo*, infatti, Tizio, marito di Caia, al settimo mese di gravidanza, perde la vita in seguito ad un sinistro stradale cagionato colposamente da Sempronio. Caietta, figlia di Tizio e Caia, nasce senza il padre.

In via preliminare, è d'uopo delineare lo stato giuridico del concepito al fine di trarne i precipitati logici in punto di ammissibilità del risarcimento dei danni patiti durante il periodo di gestazione, per poi affrontare in seconda battuta la questione specifica della perimetrazione e risarcibilità dei danni subiti dal nascituro in conseguenza della perdita del rapporto parentale.

Procedendo con ordine, si precisa che la concezione giuridica del concepito è stata al centro di un acceso dibattito con particolare riguardo al riconoscimento di una tutela risarcitoria in favore del nascituro.

In particolare, la giurisprudenza risalente era ferma nell'escludere la risarcibilità dei danni patiti dal concepito nel periodo della gestazione, poiché ai sensi dell'art. 1 c.c. la capacità

giuridica si acquista al momento della nascita. Pertanto, il nascituro sarebbe sprovvisto di autonoma soggettività e capacità giuridica, subordinandosi il sorgere dei diritti all'eventualità della nascita, ma limitatamente a taluni diritti di stampo patrimoniale, come la capacità di succedere *mortis causa* e ricevere per donazione ai sensi degli artt. 462 e 784 c.c.

Tuttavia, tale posizione restrittiva è stata successivamente superata dalla giurisprudenza che ha riconosciuto al concepito una seppur limitata soggettività giuridica, sul presupposto che la stessa configuri una nozione più ampia di quella di capacità giuridica, in quanto coincidente con la titolarità di interessi protetti dall'ordinamento. Pertanto, anche il concepito risulterebbe soggetto di diritto poiché titolare di taluni interessi personali protetti dall'ordinamento, rispetto ai quali la nascita è *condicio iuris* per la loro azionabilità in giudizio.

Quest'orientamento rinviene adeguato sostegno in una serie di disposizioni di legge di stampo nazionale e internazionale: l'art. 1, co.1, della l. 40/2004, in materia di procreazione medicalmente assistita, contempla fra i soggetti protetti anche il concepito, l'art. 1 della l. 194/1978, sull'interruzione volontaria della gravidanza, prevede la tutela della vita umana in epoca antecedente alla nascita, la l. 405/1975, in materia di consultori familiari, sancisce l'esigenza di tutelare la salute del nascituro, l'art. 254 c.c. prevede il riconoscimento del figlio concepito, anche se non ancora nato, l'art. 3 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1948 tutela la vita di ogni uomo, compreso il concepito, la Dichiarazione universale dei diritti del fanciullo del 1959 tutela la vita umana in epoca anteriore alla nascita, la Carta dei diritti dell'UE tutela la vita sin dal suo inizio.

Infine, un orientamento più recente della Cassazione (**Cass. 16754/2012**) perviene al riconoscimento di tutela giuridica in favore del concepito prescindendo del tutto dal concetto di soggettività giuridica, ma qualificando il nascituro come oggetto speciale di tutela. Nel dettaglio, tale indirizzo rileva che tutte le norme sopra menzionate volte a disciplinare il concepimento prendono in esame il nascituro come oggetto di tutela necessaria, adducendo a conferma la sentenza della Corte costituzionale n. **27/75**, predicativa del principio di non equivalenza tra diritto alla vita e salute della madre e quello

dell'embrione che persona deve ancora diventare, e le disposizioni in tema di interruzione della gravidanza. Inoltre, secondo siffatto orientamento non è evocabile l'esistenza di interessi personali in capo al concepito, poiché i medesimi presuppongono una dimensione di relazioni sociali o una consapevolezza di sé che difettano nel nascituro.

Sulla scia di tale ultima interpretazione giurisprudenziale si pongono anche le Sezioni Unite della Cassazione **25767/2015** che, risolvendo l'annosa *querelle*, qualificano il concepito come destinatario di protezione ad opera dell'ordinamento giuridico nel suo complesso avente come primaria finalità la tutela della vita umana sin dal concepimento.

Da ciò ne consegue che il soggetto nato dopo la morte del genitore può azionare il diritto al risarcimento dei danni patiti durante il periodo di gestazione seppur subordinati alla verifica dell'evento-nascita sub specie di *condicio iuris* del risarcimento.

Ciò posto, stante la risoluzione in senso positivo della prima problematica, è d'uopo procedere alla compiuta disamina della questione centrale del presente parere, attinente all'ammissibilità del risarcimento del danno da perdita del rapporto parentale in favore del soggetto concepito, ma non ancora nato al tempo del verificarsi dell'evento morte del proprio congiunto.

Al riguardo, occorre perimetrare la natura giuridica di tale danno, il fondamento normativo, nonché i relativi profili probatori onde poi verificarne la precipua risarcibilità con particolare riguardo al soggetto nascituro.

In particolare, in caso di danno da uccisione di un congiunto viene in rilievo l'interesse di natura non patrimoniale all'intangibilità della sfera degli affetti e della reciproca solidarietà nell'ambito del contesto familiare, nonché all'inviolabilità della pieno svolgimento delle attività realizzatrici della persona umana oggetto di protezione alla luce del combinato disposto degli artt. 2059 c.c. e 2, 29, 30 Cost.

Ad ogni modo, la risarcibilità del danno da perdita del rapporto parentale postula la specifica sussistenza di tutti gli elementi costitutivi dell'illecito civile extracontrattuale ai sensi dell'art. 2043 c.c.

Il danno da perdita del prossimo congiunto non si configura, inoltre, come un danno-evento, bensì come danno-conseguenza e come tale deve essere allegato e provato ad opera dell'attore mediante l'ausilio di valutazioni prognostiche, nonché tramite il ricorso a presunzioni, stante la peculiarità del danno in questione che si qualifica per una proiezione sul futuro esplicarsi della propria personalità alla luce della perdita del rapporto con il prossimo congiunto e che rinvia specifica riparazione in via equitativa.

In tal senso si è posta, peraltro, anche una recente pronuncia della Suprema Corte di Cassazione (Cassazione Civile, Sez. III, sent. 3/5/2011 n. 9700, confermata da Cassazione Civile, Sez. III, sent. 10/3/2014 n. 5509), la quale ha affermato che *"anche il soggetto nato dopo la morte del padre naturale, verificatasi durante la gestazione per fatto illecito del 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?"*.

Orbene, trasponendo le suesposte coordinate ermeneutiche nel caso di specie, occorre rilevare che Caietta ha certamente subito un danno ingiusto in seguito alla condotta colposa di Sempronio consistente nella perdita del rapporto parentale con il genitore Tizio, essendo stata privata del legame affettivo e familiare con pregiudizio al pieno e libero esplicarsi della propria personalità ed al sereno e completo percorso di crescita di Caia stante l'assenza della figura genitoriale paterna.

Tale lesione si appalesa, pertanto, degna di essere ristorata in quanto afferente alla sfera di interessi della persona aventi specifico rilievo costituzionale.

In conclusione, Caia, madre di Caietta, potrà agire in qualità di rappresentante legale della figlia nei confronti della compagnia assicurativa di Sempronio, cui è ascrivibile l'evento lesivo, e ciò tanto sotto il profilo del danno patrimoniale ai sensi dell'art. 2043 c.c., nella duplice voce di danno emergente e lucro cessante, quanto sotto il profilo del danno non patrimoniale ex art. 2059 c.c. consistente nella perdita del rapporto parentale, entrambi oggetto di asseverazione mediante il ricorso a valutazioni prognostiche e presuntive.