

l'ordinanza

Soggettività del nascituro, cortocircuito in Cassazione

VITA E BIOETICA

24_01_2026



**Tommaso
Scandroglio**



Un'ordinanza della Cassazione risalente ad ottobre scorso riconosce la soggettività al nascituro e mostra che il re è nudo.

Siamo nel 2008 e una donna, giunta alla 41° settimana di gravidanza, arriva ad un

pronto soccorso alle 20.40. Vengono fatti accertamenti e si riscontra un grave sofferenza fetale. Nonostante questo i medici temporeggiano e si arriva al parto cesareo solo alle 10.00 del mattino seguente. Dopo trenta minuti dalla nascita la piccola morì. Uno dei medici venne condannato per omicidio colposo.

I genitori, insieme ai nonni e ai figli nati dopo la morte della sorellina, chiesero il risarcimento dei danni all'Azienda ospedaliera. Il Tribunale di Benevento accolse la domanda risarcitoria, ma in misura minima. Infatti la liquidazione del danno da perdita del rapporto parentale doveva essere commisurata al tempo brevissimo di sopravvivenza della neonata. In Appello il risarcimento fu addirittura dimezzato perché, secondo i giudici, la piccola era nata morta e dunque «in questa ipotesi, viene ad essere pregiudicata una relazione affettiva non già concreta, bensì potenziale», scrissero i giudici di secondo grado rifacendosi soprattutto a due sentenze della Cassazione: la n. 12717/2015 e la n. 22859/2020.

I genitori allora ricorsero in Cassazione la quale, nell'ottobre scorso con l'**ordinanza n. 26826**, diede a loro ragione, chiedendo alla Corte di Appello di Napoli, in diversa composizione, il ricalcolo del risarcimento del danno secondo parametri più equi. Vediamo in sintesi le argomentazioni degli ermellini. *In primis* non sta alla Corte decidere se la piccola fosse nata viva o morta, deciderà la Corte di Appello la quale dovrà tener conto che la bambina fu registrata all'anagrafe (e si registrano solo i viventi) e che ci fu una condanna per omicidio colposo e non per aborto colposo.

Per la Cassazione il fatto che la piccola fosse nata viva o morta è alla fine irrilevante in merito al risarcimento del danno. Per quale motivo? Perché i giudici equiparano il feto al neonato: infatti è scriminante il «fatto che anche con il feto si instaura una relazione parentale vera e propria, e che dunque la sua perdita è fonte di pregiudizi non patrimoniali al pari della perdita di un neonato o di un congiunto, come affermato da questa stessa Corte con la ordinanza n. 26301/2021». Concetto ribadito anche in quest'altro passaggio: «Tutti gli aspetti, comportamentali e sofferenziali, di due genitori cui la vita infligge l'ardua prova rappresentata dalla morte di una neonata, ovvero del frutto del concepimento appena estratto dal corpo della madre, non possono, pertanto, considerarsi "danno potenziale"».

Quindi la relazione affettiva che lega genitori e nascituro non è potenziale, come avevano sostenuto i giudici di Appello, bensì concreta, effettiva. Fosse anche nata morta, la piccola nel ventre materno era già stata amata, voluta, desiderata e dunque la sua perdita deve essere risarcita al pari della perdita di una neonata: «Il rapporto genitoriale viene ad esistere già durante la vita prenatale, per consolidarsi

progressivamente nel corso della stessa, a prescindere dal fatto che il feto sia successivamente venuto alla luce. Ed è constatazione diffusa [...] che già durante la gravidanza il genitore comincia a viverci come tale, instaurando una relazione affettiva [...] con il concepito [...]. Ove l'illecito abbia causato la morte del feto, quella che si produce – in capo ai genitori – è, dunque, lesione di un rapporto familiare (non solo potenziale, bensì) già in essere». E dunque i genitori «si trovano al cospetto di un vero e proprio danno da perdita del rapporto parentale».

Ma se la relazione affettiva è concreta, reale, effettiva e non potenziale ciò presuppone che nel ventre materno non ci sia un bambino potenziale, bensì un bambino vero e proprio, ugualmente concreto e reale. Ecco dunque che la Cassazione è, forse, obbligata a riconoscere la soggettività giuridica del nascituro richiamando in ordinanza il comma 2 dell'art. 31 della Costituzione che tutela la maternità e soprattutto l'art. 2 della Costituzione, il quale articolo – scrive la Cassazione citando la Consulta – «"riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, fra i quali non può non collocarsi, sia pure con le particolari caratteristiche sue proprie, la situazione giuridica del concepito" (Corte costituzionale n. 27 del 1975)». Citazione corretta, ma curiosa dato che quella famigerata e contraddittoria sentenza spalancò le porte all'aborto procurato, tre anni prima della sua legalizzazione.

Dunque abbiamo un'ordinanza che riconosce soggettività al nascituro non solo perché cita specificatamente articoli costituzionali a supporto di questo riconoscimento, ma anche perché espressamente parla, nel caso di morte inflitta colposamente al nascituro, di «danno da perdita del rapporto parentale». E un parente può essere solo una persona, non un grumo di cellule. Forse è per questo motivo che tale ordinanza, emessa nell'ottobre dell'anno scorso, non ha avuto eco mediatica: diffondere la notizia secondo la quale la Cassazione – e non è la prima volta – a farlo come abbiamo visto – riconosce che il feto è un soggetto di diritto sarebbe stato urticante per molti, perlomeno di cattivo gusto in un ambiente culturale come il nostro dove la 194 è intoccabile. Meglio quindi silenziare la notizia (notizia che per puro caso la nostra redazione è andata ad intercettare).

La nudità del Re che questa ordinanza mette allo scoperto riguarda proprio il seguente cortocircuito: se il nascituro è soggetto di diritto, tanto che la sua morte merita un risarcimento a favore dei genitori, non si può ucciderlo con l'aborto. Il cortocircuito è ancora più evidente se andiamo a leggere alcune norme che qualificano il concepito come soggetto di diritto: l'art. 254 cc (possibilità che il figlio naturale sia riconosciuto prima della nascita); l'art. 320 cc (rappresentanza giuridica del nascituro da

parte dei genitori); l'art. 687 cc. (revoca delle disposizioni a favore del nascituro); l'art. 462 cc (successione del nascituro); l'art. 784 cc (donazioni in favore del concepito); l'art. 1 della l. 40/2004 il quale qualifica il concepito come soggetto di diritto. Di contro abbiamo l'art. 1 cc che espressamente riconosce soggettività giuridica solo al nato, non al nascituro; la legge 194 che permette l'uccisione del nascituro e la legge 40 che permette l'esposizione del nascituro a rischi altissimi di morte: in questi ultimi due casi se il concepito fosse soggetto di diritto la legge non potrebbe permettere l'aborto e la fecondazione artificiale.

Come ne esce il nostro ordinamento giuridico? Non ne esce e conserva questa evidente antinomia. Se invece ci riferiamo al caso giurisprudenziale appena esaminato, la soluzione giuridica che concilia risarcimento danno per feto morto e aborto è la seguente: se il nascituro è voluto è soggetto di diritto, se non è voluto non lo è. Se è voluto allora la sua morte è meritoria di risarcimento, se non è voluto si può anche abortire. Questo è l'implicito sotteso all'ordinanza. D'altronde si risarcisce il dolore per la perdita, ma se il figlio non è stato voluto non c'è dolore da risarcire (anche se la donna poi non potrà sfuggire comunque alla sofferenza postabortiva). Dunque anche questa ordinanza mette al centro i già nati, i genitori, non il nascituro. La sua esistenza giuridica dipende da loro. Anzi, dalla sola madre.