



ORDINES

Per un sapere interdisciplinare sulle istituzioni europee

ISSN 2421-0730

NUMERO 1 – GIUGNO 2024

GIUSEPPE ROCCHÉ

Il diritto a non nascere e il *Non-Identity Problem*

ABSTRACT - In wrongful life suits, a person born with certain forms of disability seeks compensation from those who determined his or her existence. These claims are very often rejected. In wrongful life cases, judges are entrusted with a philosophical task. The present work juxtaposes some judges' pronouncements with the ethical-philosophical reflections that have developed thanks to Derek Parfit's contributions. Most people believe that a couple has strong moral reasons for delaying conception if by doing so they may conceive a healthy child rather than one affected by a serious handicap. According to the *Non-Identity Problem*, however, it is difficult to establish what these reasons are, as far as we cannot say that the child has been harmed according to the ordinary comparative conception of harm. On closer inspection, however, the Parfitian system allows us to say that in some wrongful life case the person has been harmed. The article thus focuses on a profound difference between some examples of legal reflection on wrongful life cases and philosophical reflection on the *Non-Identity Problem*: the contrast between a "monolithic approach" and a "two tier approach" to the right not to be born, revolving around the idea of life worth living.

KEYWORDS - Wrongful life - *Non-Identity Problem* - Comparative harms - Population ethics

GIUSEPPE ROCCHÉ*

Il diritto a non nascere e il *Non-Identity Problem***

SOMMARIO: 1. *Wrongful life* – 2. *Il Non-Identity Problem* – 3. *Confronti* – 4. *La revisione della concezione comparativa del danno e i danni esistenziali non-comparativi* – 5. *Approccio monolitico e approccio diversificato*.

1. *Wrongful life*

Nelle cause per *wrongful life* una persona nata con una certa disabilità chiede a chi ha contribuito a determinarne la nascita un risarcimento per le inusuali difficoltà a cui la sua esistenza va incontro. Tipicamente questo genere di liti vede contrapporsi, da un lato, la persona disabile, che agisce rappresentata dai suoi genitori, e, dall'altro, il medico, che a vario titolo ha seguito il concepimento e la gestazione della persona disabile, il quale viene incolpato di non avere usato la diligenza richiesta dalla sua professione. Ciò che rende al contempo giuridicamente controverse e filosoficamente interessanti le pretese alla base del giudizio per *wrongful life* è che la parte che chiede il risarcimento è il bambino stesso, ma la negligenza medica non è la causa della sua disabilità, quanto la condizione necessaria della sua stessa esistenza¹.

Per mettere a fuoco da subito lo schema con un esempio: durante i primi mesi della gestazione la madre contrae il virus della rosolia; si rivolge al medico per accertarsi che il bambino che porta in grembo nascerà sano; la madre manifesta ferma volontà di interrompere la gravidanza nel momento in cui si scoprisse che suo figlio è affetto da una forma di rosolia congenita; il bambino sfortunatamente è effettivamente affetto da una forma di rosolia congenita, ma il medico effettua negligenzemente il test e non avverte la madre; la madre porta a termine la gravidanza e mette al mondo un bambino affetto da una grave forma di disabilità. La negligenza medica è condizione dell'esistenza della persona disabile, ma non è anche causa della disabilità: la sua efficacia causale consiste nel prevenire un fatto – la scelta di abortire – che avrebbe impedito la nascita della persona disabile. Nelle parole del Giudice italiano «la particolarità risiederebbe nel fatto che il medico sia, in ipotesi, l'autore mediato del danno, per aver privato la

* Assegnista di ricerca presso Università degli studi di Palermo.

** Contributo sottoposto a valutazione anonima.

¹ R. PERRY, *It's a Wonderful Life*, in *Cornell Law R.*, Vol. 93/2008, pp. 329 ss., pp. 331-332.

madre di una facoltà riconosciuta dalla legge, tramite una condotta omissiva che si ponga in rapporto diretto di causalità con la nascita indesiderata»².

Diverse condotte negligenti possono causare la nascita di una persona affetta da gravi forme di disabilità, senza causare direttamente la disabilità. Può darsi il caso che nella fase precedente il concepimento il medico non accerti o non comunichi la sussistenza del rischio di disabilità congenita, facendo sì che la madre non si astenga temporaneamente o definitivamente dal concepire, come avrebbe fatto se fosse stata informata – questa prima variante “pre-concepimento” sarà al centro delle nostre attenzioni. In alternativa, come nell’esempio precedente, il medico potrebbe non aver accertato o comunicato il rischio di una disabilità dovuta all’esposizione del feto a fattori nocivi, in presenza della volontà della donna di abortire e del riconoscimento di questo diritto da parte dell’ordinamento giuridico. Infine, può darsi il caso che, rappresentato e comunicato il rischio, il medico svolga inefficacemente le procedure abortive o contraccettive³.

Le cause per *wrongful life* vengono ordinariamente contrapposte ad altre cause in cui emerge un danno da nascita indesiderata: le cause per *wrongful birth* e quelle per *wrongful conception*. Nelle prime i genitori agiscono contro il medico che negligenzemente non avrebbe accertato o comunicato la disabilità congenita (versione pre-concepimento) o sopraggiunta (versione pre-natale); mentre nelle seconde i genitori agiscono contro il medico per non avere predisposto efficacemente le misure contraccettive, azione questa che ha come presupposto la semplice nascita indesiderata ed è indipendente dalla presenza di un handicap. In entrambi i casi i genitori agiscono *iure proprio* per il risarcimento dei danni economici e psicologici derivanti dalla nascita di un figlio affetto da gravi forme di disabilità o semplicemente non voluto; dove, nel caso delle cause per *wrongful life*, il soggetto leso che reclama il risarcimento è lo stesso bambino nato a seguito della negligenza medica⁴.

Il presupposto del risarcimento nelle cause per *wrongful life* sembra essere rappresentato da un diritto della persona a non nascere se non sana. Dato che si tratta di un diritto di natura controversa, è legittimo chiedersi se gli interessi delle parti non potrebbero essere appagati attraverso il ricorso alle azioni per *wrongful birth*, che presuppongono solo il riconoscimento di

² Corte di Cassazione, sez. un., 22 dicembre 2015 n. 25767.

³ R. PERRY, *op.cit.*, p. 332.

⁴ J. FEINBERG, *Wrongful Life and the Counterfactual Element in Harming*, in *Soc.Phil.& Pol’y*, IV/1986, pp. 145 ss., pp. 155-156.

un diritto al risarcimento del danno dei genitori. Diverse sono però le ragioni che spingono a non risolvere le pretese risarcitorie del bambino in quelle dei genitori. I genitori spesso non sono responsabili per il mantenimento dei figli per tutta la vita di questi ultimi, e dunque non possono chiedere il risarcimento integrale delle spese necessarie al mantenimento del figlio disabile; i termini di prescrizione del diritto al risarcimento del figlio possono essere successivi a quelli inerenti al diritto dei genitori; il figlio potrebbe voler rivolgere le pretese risarcitorie contro i suoi stessi genitori, per condotte spregiudicate prima o dopo il concepimento che si sono riverberate sul suo benessere; nei processi per *wrongful birth* i genitori devono dare prova che loro sono stati danneggiati dalla nascita, e questa posizione può rivelarsi particolarmente penosa sotto il profilo psicologico tanto per il figlio quanto per gli stessi genitori che hanno intentato la causa⁵.

La tendenza di gran lunga maggioritaria è di negare il risarcimento nelle cause per *wrongful life*⁶. Negli Stati Uniti a fare scuola è la sentenza *Gleitman v. Cosgrove*, in cui la Corte Suprema del New Jersey – pur con varie opinioni dissenzienti – ha negato il risarcimento del danno al figlio per le disabilità consustanziali alla sua esistenza. Emblematiche alcune affermazioni che si rinvengono nella sentenza per cui «It is basic to the human condition to seek life and hold on to it however heavily burdened», e « Ultimately, the infant's complaint is that he would be better off not to have been born. Man, who knows nothing of death or nothingness, cannot possibly know whether that is so».

L'esistenza è sempre preferibile alla non-esistenza; l'esistenza non è sensatamente paragonabile alla non-esistenza, perché della non-esistenza gli esseri umani non fanno nulla. Si tratta di due posizioni in realtà incoerenti – sulle quali ritorneremo –, ma entrambe in linea con il rigetto della richiesta di risarcimento del danno. Va detto che la giurisprudenza statunitense non è del tutto unanime. Un'eccezione significativa è rappresentata dalla Corte Suprema della California che nel giudizio *Curlender v. Bio-Science Laboratories* ha riconsociuto il diritto al risarcimento per un bambino nato con la malattia di Tay Sachs. Altre pronunce a favore del diritto a non nascere se non sani si sono registrate nell'ordinamento israeliano e olandese⁷.

⁵ R. PERRY, *op.cit.*, p. 333, S. Shiffrin, *Wrongful Life, Procreative Responsibility, and the Significance of Harm*, in *Legal Theory*, V/1999, n. 2, pp. 117 ss., pp. 117-118.

⁶ R. PERRY, *op.cit.*, p. 335.

⁷ R. PERRY, *op.cit.*, pp. 340-344.

A suscitare scalpore tra il pubblico dei giuristi e la società civile sarà poi il caso *Perruche*. Si tratta, ancora una volta, del caso di una donna che contrae la rosolia durante i primi mesi della gravidanza. La donna abortirebbe nel caso in cui venissero presentati dei rischi per il feto, ma viene rassicurata dai medici in merito all'assenza di rischi, e porta così a termine la gravidanza, mettendo però al mondo un bambino affetto da gravi forme di disabilità. In questo caso la *Assemblée plénière* della Corte di cassazione francese stabilì il principio secondo il quale, dal momento che l'errore del medico aveva spinto la madre a non abortire, il figlio aveva il diritto di chiedere il risarcimento per i pregiudizi derivanti dalle gravi disabilità dalle quali era affetto. Il riconoscimento del diritto a non nascere nell'ordinamento francese non avrà però lungo seguito. Appena due anni dopo la sentenza *Perruche* – nel 2002 – sull'onda di un'opinione pubblica sdegnata e del timore che l'indirizzo giurisprudenziale avrebbe portato i medici a consigliare più spesso l'aborto o far lievitare i costi delle prestazioni di consulenza pre-parto, il legislatore è intervenuto affermando l'opposto principio per cui nessuno può rivendicare un pregiudizio per il solo fatto di essere nato⁸.

E arriviamo infine alla vicenda italiana del 2015 con la quale le Sezioni Unite della Corte di Cassazione hanno negato l'esistenza di un diritto a non nascere se non sani, nel caso di una causa intentata dai genitori di una bambina affetta da sindrome di Down, i quali durante la gestazione erano stati rassicurati intorno allo stato di salute della figlia sulla base delle risultanze di esami ematochimici. Nelle parole della Corte «[L]a non vita non può essere un bene della vita; per la contraddizione che nol consente. Tanto meno può esserlo, per il nato, retrospettivamente, l'omessa distruzione della propria vita (in fieri), che è il bene per eccellenza, al vertice della scala assiologica dell'ordinamento»⁹.

Scopo di questo articolo è di avviare un confronto tra, da un lato, la giurisprudenza e la riflessione teorico-giuridica sui casi di *wrongful life*, e, dall'altro, la riflessione filosofico-morale che si è sviluppata a partire, soprattutto, dall'opera di Derek Parfit. Il libro IV di *Reasons and Persons*¹⁰ – l'opera che ha reso Parfit agli occhi di molti come uno dei principali filosofi

⁸ R. PERRY, *op.cit.*, pp. 342-343; O. CAYLA, Y. THOMAS, *Il diritto di non nascere. A proposito del caso Perruche*, Giuffrè, Milano, 2004.

⁹ Corte di Cassazione, sez. un., 22 dicembre 2015 n. 25767. Si veda MENONI (a cura di), *Esiste il diritto di non nascere se non sani? Riflessioni sulla sentenza Cass. Sez. Un. 22 dicembre 2015 n. 25767 e dintorni*, Pacini, Pisa, 2016.

¹⁰ D. PARFIT, *Reasons and Persons*, Oxford University Press, Oxford – New York, 1984.

morali della seconda metà del '900 – ha creato una nuova provincia dell'etica, *l'etica della popolazione*, dedita alla valutazione delle azioni a mezzo delle quali è possibile determinare l'identità e il numero delle persone che potrebbero esistere. Chi esisterà nel futuro? Quante persone esisteranno nel futuro? Il groviglio di problemi che Parfit ha consegnato alla riflessione morale cresce a partire da un problema che riprende il problema fronteggiato dalla giurisprudenza nei casi di *wrongful life*, e viene chiamato "*Non-Identity Problem*".

2. *Il Non-Identity Problem*

La ragazza di quattordici anni. Una ragazza di quattordici anni decide che vuole avere un figlio. Per via della giovane età della madre, nel corso della sua vita il figlio andrà incontro a serie difficoltà, che però, per quanto possiamo prevedere, non gli impediranno di vivere una vita nel complesso degna di essere vissuta. Se la ragazza avesse aspettato diversi anni prima di avere un figlio, suo figlio sarebbe andato incontro a molte meno difficoltà.¹¹

Parfit ritiene che la ragazza sbaglia nel momento in cui ha un figlio a quattordici anni. Il problema non è limitato al fatto che la ragazza potrebbe compromettere la propria felicità. Dal punto di vista morale si potrebbe dire che la ragazza ha il diritto di fare ciò che vuole anche se ciò sarà peggio per lei. Il problema, secondo Parfit, riguarda gli effetti della scelta della ragazza sul figlio. Ma su queste basi diventa arduo dare un fondamento al giudizio di condanna. "La condotta della ragazza sarebbe sbagliata" – così sembra spontaneo ragionare – "perché aspettare sarebbe stato meglio per suo figlio". Tuttavia, se la ragazza aspetta, metterà al mondo una persona che sarà diversa da quella che avrebbe messo al mondo ove non avesse aspettato. Quale ragione abbiamo per criticare la condotta della ragazza? Parfit chiama il problema inerente all'individuazione del fondamento della nostra critica "*Non-Identity Problem*".

Il *Non-Identity Problem* nasce perché, a seconda di quale scelta compiamo, saranno diverse le persone che esisteranno. Parfit distingue tra *same people choices* e *different people choices*. Nelle prime esisteranno le stesse persone qualsiasi cosa facciamo. Ad esempio, decidere se salvare o non salvare una persona che sta annegando; decidere se salvare una persona che sta annegando o un'altra persona che sta annegando; decidere se salvare una persona o cinque. Le seconde invece determinano l'identità delle

¹¹ *Ivi*, p. 358.

persone che esisteranno. A loro volta le *different people choices* si distinguono in *same number choices* e *different number choices*¹². La scelta della ragazza di quattordici anni è una *same number choices* nella misura in cui si tratta della scelta tra creare una persona, la cui vita conterrà una certa quantità di benessere, oppure un'altra persona, la cui vita conterrà una quantità di benessere maggiore. La scelta riguarda chi esisterà, ma non anche il numero delle persone che esisteranno. Le *different people choices* sono invece scelte che non solo determinano l'identità delle persone che esisteranno ma anche il loro numero. Ad esempio, decidere se avere un figlio o non avere alcun figlio. Le *different people choices* sono le scelte più complicate. In questo lavoro tuttavia ce ne interesseremo solo marginalmente, quando serviranno per delineare una critica a una proposta risolutiva del *Non-Identity Problem*.

Il problema delle ragazze madri potrebbe non essere giudicato particolarmente attuale. Tuttavia, lo schema del *Non-Identity Problem* si presta a essere replicato in varie forme. Ad esempio, Parfit lo trasla all'ambito delle politiche pubbliche.

La politica rischiosa. Come collettività dobbiamo decidere tra due politiche energetiche: la politica prudente e la politica rischiosa. Entrambe non presentano rischi per le persone che esistono nel presente, ma una presenta rischi per le persone che esisteranno tra centinaia di anni. La politica rischiosa prevede l'interramento di scorie nucleari nel sottosuolo, in una zona in cui non si prevedono terremoti nei prossimi secoli. Siccome le scorie resteranno radioattive per migliaia di anni c'è il rischio che tra centinaia di anni possa verificarsi un terremoto che causerebbe una catastrofe. Se scegliamo la politica rischiosa, il tenore di vita delle persone che esistono o esisteranno in questo secolo verrà leggermente incrementato. Viene scelta la politica rischiosa, ma sfortunatamente si verifica un terremoto che causa il rilascio di radiazioni che uccideranno migliaia di persone. Possiamo assumere che le persone che saranno uccise sono nate dopo il rilascio delle radiazioni, e che la malattia letale è tale da ucciderli attorno ai quarant'anni senza dare effetti negativi negli anni successivi, di modo che nel complesso la vita di queste persone resterà degna di essere vissuta¹³

Ancora una volta intuitivamente l'adozione della politica rischiosa sembra una scelta sbagliata. Tuttavia, se ci chiediamo perché sarebbe sbagliata, la risposta intuitiva, ossia la considerazione verso le vittime della politica – il fatto che la politica le faccia stare peggio di come sarebbero state

¹² *Ivi*, pp. 355-356.

¹³ *Ivi*, p. 372.

– sembra essere priva di fondamento. Dati gli effetti su larga scala della politica prudente, dopo qualche centinaio di anni dalla sua adozione non esisterà nessuna persona che sarebbe esistita se fosse stata scelta la politica rischiosa. Le persone uccise dalle radiazioni devono la loro esistenza a quella politica, e dunque quando vengono uccise dalle radiazioni non possono dirsi stare peggio di come sarebbero state se fosse stata adottata la politica prudente. Inoltre, se consideriamo che avranno una vita degna di essere vissuta – anche se verranno uccisi prematuramente da una malattia –, sarebbe stato meglio per queste persone non essere mai esistite? La risposta sembra essere “no”¹⁴. Ma allora non possiamo condannare la politica per far stare peggio di come sarebbero state le persone che moriranno per via delle radiazioni.

E ovviamente il problema emerge in ambito bio-medico.

Problema pre-concepimento. Una donna vorrebbe avere un figlio, ma prima di concepire effettua un check-up. Il medico comunica alla donna che se concepirà suo figlio presto questi sarà affetto da una forma di disabilità, che avrà un impatto negativo grave sul suo benessere. Tuttavia, la gravità non sarà tale da rendere la vita del figlio degna di non essere vissuta. C'è però una buona notizia. Se la donna si sottopone a una cura farmacologica non invasiva e priva di effetti collaterali per due mesi sarà in grado di mettere al mondo un figlio perfettamente sano. La donna comprende i fatti che le sono stati rappresentati. Tuttavia giudica che sia un incomodo eccessivo prendere delle pillole per due mesi e così concepisce senza prima sottoporsi alla cura. Come previsto suo figlio è affetto da una forma di disabilità abbastanza grave – come la cecità – che sarebbe stata risparmiata al figlio che la donna avrebbe avuto laddove si fosse sottoposta alla cura¹⁵.

David Boonin analizza la struttura del *Non-Identity Problem* enumerando un insieme di premesse – a volte, giudizi particolari, a volte principi generali – che singolarmente sono in linea con le nostre intuizioni, ma messi insieme conducono a un risultato contro-intuitivo: (i) la scelta di non prendere una pillola al giorno per due mesi non fa stare il figlio della donna *peggio* di come sarebbe stato se la donna avesse preso la pillola; (ii) perché un atto possa *danneggiare* qualcuno, l'atto deve far stare quel qualcuno peggio; (iii) la scelta della donna non danneggia terzi; (iv) perché un atto possa fare *torto* a qualcuno, l'atto deve avere danneggiato quel

¹⁴ *Ibidem.*

¹⁵ D. BOONIN, *The Non-identity Problem & the Ethics of Future People*, Oxford University Press, Oxford – New York, 2014, p. 2; ma si veda già D. PARFIT, *Future Generations: Further Problems*, in *Philos. Public Aff.*, XI/1982, 2, pp. 113 ss., p. 118.

qualcuno; (v) perché un atto sia moralmente sbagliato, l'atto deve aver fatto torto a qualcuno¹⁶. Se accettiamo tutte queste premesse, allora dobbiamo accettare la conclusione per cui la scelta della donna nell'esempio non può essere censurata sotto il profilo morale. Qualcosa deve andare via, ma cosa? In questa domanda risiede la soluzione del *Non-Identity Problem*.

Prima di passare avanti è opportuno delineare brevemente il senso che per Parfit ha il *Non-Identity Problem* e la direzione che prende la ricerca filosofico-morale a seguito della sua enucleazione. Contrariamente a quello che potrebbe pensarsi, Parfit non sta argomentando a favore di un ridimensionamento delle nostre responsabilità verso le generazioni future¹⁷, e non crede nemmeno che in sé i casi che generano il *Non-Identity Problem* siano dei dilemmi pratici. Per Parfit infatti è chiaro che le azioni descritte sopra nei tre esperimenti mentali riportati siano moralmente condannabili, anche se vi è incertezza su quale possa essere il fondamento della condanna.

Per mostrare che il *Non-Identity Problem* non sia un problema morale, basta mostrare come la condanna di certe azioni prescindano ragionevolmente dal se queste azioni determinino o meno l'identità delle persone sulle quali esplicheranno i loro effetti. A questo scopo è opportuno considerare l'esperimento mentale dei Due programmi medici.

Due programmi medici. Esistono due diversi disturbi. Il primo disturbo J è tale per cui, se una donna incinta presenta J, suo figlio nascerà con un grave handicap. Il disturbo J può essere curato qualora venga accertato durante la gravidanza e si intervenga tempestivamente. Pure il secondo disturbo K è tale per cui, se una donna presenta K e resta incinta, suo figlio nascerà con un grave handicap. K non può essere curato, però scompare autonomamente dopo qualche mese. Dunque se, *prima* che la donna resti incinta, si accerta che questa è affetta da K, la donna può posporre di qualche mese la gravidanza e generare un figlio sano. La misura dell'handicap è uguale per J e K, ed è tale per cui la vita del nascituro sarà comunque degna di essere vissuta. J e K hanno la stessa incidenza – il numero delle donne affette da J e quello delle donne affette da K è lo stesso. Possiamo immaginare due programmi medici. Il primo tratta J, offrendo un esame ospedaliero alle donne incinte e curando quelle che presentano J. Il secondo tratta K, offrendo un esame ospedaliero alle donne che vogliono restare incinte. Abbiamo le risorse economiche per finanziare solo uno dei

¹⁶ D. BOONIN, *op. cit.*, pp. 3-5.

¹⁷ Il punto è opportunamente colto da F. MENGA, *Etica intergenerazionale*, Morcelliana, Brescia, 2021, pp. 103-104.

due programmi che potranno partire l'anno prossimo. Quale sarebbe giusto finanziare?¹⁸

La differenza tra i due programmi è che se J venisse cancellato allora ci sarà nel futuro un certo numero di persone disabili che sarebbero state curate qualora avessimo finanziato J; invece, se venisse cancellato K, delle persone disabili che esisteranno non si potrà dire che sarebbero state curate qualora avessimo finanziato K. Se infatti finanziamo K i genitori che avrebbero avuto i figli affetti da disabilità avrebbero aspettato concependo dei figli sani, ma diversi. A Parfit sembra che da un punto di vista morale non vi sia ragione di preferire il finanziamento di J sul finanziamento di K. Ma allora, sebbene tra le due scelte vi sia una profonda differenza sul piano dell'identità personale, questa differenza non segnala alcuna differenza sul piano morale. Esteriormente possiamo comportarci come se il *Non-Identity Problem* non esistesse.

Se il *Non-Identity Problem* non è in sé un problema morale, ciò non toglie che sia – secondo Parfit – uno spinoso problema teorico, non essendo chiaro quale sia il fondamento della condanna morale¹⁹. Se non ci possiamo appellare agli effetti della scelta sulla persona che viene creata, la soluzione che almeno a prima vista sembra preferibile consiste nel rivolgere l'attenzione dalla persona creata a quella che si sarebbe potuta creare, ritenendo che sia sbagliato, nel momento in cui scegliamo tra due scenari in cui esiste lo stesso numero di persone, scegliere lo scenario in cui le persone esistenti avranno una qualità della vita inferiore a quelle *diverse* persone che sarebbero esistite laddove avessimo scelto lo scenario alternativo²⁰. Questo principio che Parfit chiama "Q" si presta a essere supportato da diverse teorie generali, una delle quali è l'Utilitarismo – l'idea secondo la quale la scelta migliore è quella che conduce alla maggiore quantità di benessere (piacere, desideri soddisfatti, ecc.). Ed effettivamente almeno in un primo momento Parfit ritiene che la strada per risolvere il *Non-Identity Problem* passi per l'adozione di una morale *impersonale*, ossia una morale che come l'Utilitarismo non richiede che un'azione per essere sbagliata debba essere dannosa per qualcuno: un'azione può essere sbagliata per il solo fatto di non condurre alla creazione di un maggior quantitativo di benessere²¹.

¹⁸ D. PARFIT, *Reasons and Persons*, cit., pp. 367 ss.; si veda anche J. MCMAHAN, *Causing People to Exist and Saving People's Lives*, in *J. Ethics*, XVII (2013), n. 1/2, special issue, pp. 5-35, pp. 10-11.

¹⁹ D. PARFIT, *Comments*, in *Ethics*, XCVI/1986, n.4, pp. 832 ss., pp. 855-856.

²⁰ D. PARFIT, *Reasons and Persons*, cit., p. 360.

²¹ D. PARFIT, *Future People, the Non-Identity Problem, and Person-Affecting Principles*, in *Philos. Public Aff.*, XLV/2017, n.2, pp. 118-157, pp. 123-124.

Ma si tratta sempre di una soluzione limitata e pertanto, alla fine, provvisoria. Per essere pienamente giustificata Q dovrebbe infatti essere inserita in una teoria della giustizia che risolva non solo casi come quello della ragazza-madre, ma anche i problemi generati dalle *different number choices* – le scelte che determinano non solo l'identità delle persone che esisteranno ma anche il numero²². E questa giustificazione più profonda per Parfit si rivelerà sfuggente²³. Il caso della Ragazza di quattordici anni e in generale il *Non-Identity Problem* nelle *same number choices* non è il pantano in sé, ma è comunque la strada che conduce a un pantano.

3. Confronti

I due filoni di riflessione presentano punti di contatto e differenze profonde.

La giurisprudenza si è ritrovata a fronteggiare casi di responsabilità medica precedenti e successivi al concepimento. Dal canto suo Parfit e molti teorici che hanno raccolto la sua sfida preferiscono considerare casi in cui la condotta moralmente discutibile si situa prima del concepimento. Nelle versioni del problema pre-concepimento il dubbio attiene a quali ragioni l'agente abbia per non concepire in un certo momento una persona; nelle versioni post-concepimento il dubbio attiene a quali siano le ragioni morali – diverse dalla volontà o dal benessere della madre o dei genitori – per effettuare l'aborto²⁴. Presumibilmente la ragione di questa differenza è che considerando casi di responsabilità pre-concepimento si evita di dovere far incorporare i problemi morali inerenti alla permissibilità dell'aborto in un dibattito che già di suo è mostruosamente intricato. Non è un caso che tra le motivazioni del diniego di risarcimento nella sentenza *Gleitman v. Cosgrove* – precedente alla celebre *Roe v. Wade* – vi fosse anche la titubanza dei giudici a riconoscere nel caso in esame il diritto della madre ad abortire²⁵.

²² D. PARFIT, *Reasons and Persons*, cit., p. 361.

²³ *Ivi*, p. 443.

²⁴ Le ragioni, ulteriori rispetto a quelle inerenti ai propri interessi strettamente personali, che la madre – ed eventualmente anche l'altra compagna o compagno – deve prendere in considerazione per decidere cosa fare.

²⁵ Si veda in proposito anche la sentenza *Curlender*, sentenza successiva a *Roe*, e che ha accolto il risarcimento «Of some significance with respect to this question is the fact that in 1973, *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113, 93 S.Ct. 705, 35 L.Ed.2d 147, was decided by the United States Supreme Court. The nation's high court determined that parents have a

Entrambi i filoni convergono sull'idea per cui a essere problematica non è la generale ascrizione di diritti o interessi alle persone future, quanto la circostanza che certe azioni intuitivamente condannabili determinano l'identità delle persone su cui si riversano gli effetti di queste azioni: il fatto della precarietà dell'identità individuale.

Per delimitare il campo di applicazione del *Non-Identity Problem*, Parfit elabora il seguente esempio. Immagina di lasciare un bicchiere rotto nel bosco. Molti anni dopo un bambino di sei anni giocando nel bosco si taglia con il vetro. In un caso del genere non fa nessuna differenza sul piano morale che la persona colpita dalla nostra azione non fosse ancora nata al momento del compimento. Quando lasciamo il bicchiere nel bosco il bambino è una persona futura, non una persona presente, tuttavia la nostra

constitutionally protected right to obtain an abortion during the first trimester of pregnancy, free of state interference. We deem this decision to be of considerable importance in defining the parameters of "wrongful-life" litigation». Incidentalmente va segnalato come le riflessioni di Parfit si prestano a essere impiegate anche nell'ambito del dibattito sulla permissibilità dell'aborto. *Reasons and Persons* è un'opera complessa, composta da quattro libri, che sebbene siano collegati tra loro introducono e trattano problemi autonomi. Il *Non-Identity Problem* e i problemi dell'etica della popolazione vengono discussi nel libro IV. Nel libro III Parfit ha però già offerto la sua trattazione del problema filosofico di cosa sia l'identità personale. In quel contesto ha sostenuto una posizione riduzionistica, in base alla quale l'identità personale è una questione di grado. Da questa impostazione possono essere fatte discendere posizioni in favore dell'aborto – D. PARFIT, *Reasons and Persons*, cit., p. 322; ma si veda anche recentemente G. MANIACI, *La teoria dell'identità personale di Parfit e le ragioni degli abortisti*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-São Paulo, 2024, pp. 15 ss. – e anche una reinterpretazione della negligenza medica nella fase post-concepimento. A questo proposito Jeff McMahan ci invita a considerare il caso di un medico che prescriva un farmaco a una donna ai primi mesi della gravidanza che rende disabile il figlio della donna. Apparentemente in un caso del genere saremmo davanti a una condotta che danneggia in modo chiaro il bambino della donna, la cui identità è già determinata in quanto è stato già concepito. Tuttavia, McMahan nota come l'errore del medico abbia contribuito a determinare l'identità del bambino, e dunque il caso presenti tratti simili ai casi di responsabilità medica pre-concepimento. Va notato, a scando di equivoci, come il caso di negligenza medica considerato da McMahan sia diverso da quello affrontato dalla giurisprudenza in *Gleitman* o nella sentenza della Cassazione italiana. Nel caso di McMahan la negligenza è causa della disabilità, mentre nei casi di *wrongful life* discussi la disabilità è naturale e la negligenza attiene solo alla mancata diagnosi o comunicazione della disabilità. Ma si tratta comunque di un caso interessante perché mostra come l'adozione di una concezione riduzionistica dell'identità personale può ampliare notevolmente il numero di casi in cui emergerebbe lo schema del *Non-Identity Problem* (J. MCMAHAN, *Wrongful Life: Paradoxes in the Morality of Causing People to Exist*, in J. L. Coleman e C. W. Morris (a cura di), *Rational Commitment and Social Justice: Essays for Gregory Kavka*, Cambridge University Press, Cambridge –New York, 1998, pp. 208-247. pp. 209 ss.).

azione la fa stare peggio, la danneggia, le fa un torto come avrebbe fatto qualora fosse stato una persona già esistente. Non tutte le azioni che riguardano persone future sono pertanto delle *different people choices* idonee a generare il *Non-Identity Problem*²⁶. Per questo Jeff McMahan distingue tra persone future e persone possibili, riservando quest'ultima espressione alle persone la cui identità è determinata dalle nostre azioni e la prima alle persone non ancora nate la cui identità però non sarà determinata dalle nostre azioni²⁷.

E del resto pure Joel Feinberg, nella sua mastodontica trattazione sul principio del danno e i limiti morali del diritto penale, in modo del tutto simile a Parfit, non trova alcun enigma concettuale o morale nel riconoscere che una persona possa essere danneggiata da un'azione posta in essere prima della sua nascita o del suo concepimento, osservando come la stessa giurisprudenza abbracci questa soluzione. Feinberg ci porta a immaginare un malvagio che ha nascosto in un asilo una bomba a orologeria. La bomba è programmata per esplodere tra sei anni. Quando dopo sei anni la bomba esplose uccidendo dozzine di bambini non vi è alcuna difficoltà ad ammettere che il gesto del malvagio ha danneggiato i bambini, e questo anche se al momento in cui la condotta si è realizzata nessuna delle vittime esisteva ancora²⁸.

La giurisprudenza che si è misurata con i processi per *wrongful life* ha spesso adottato una posizione identica a quella sostenuta da Parfit e Feinberg su questo punto. Si potrebbe pensare che il soggetto danneggiato, per vantare una pretesa risarcitoria contro il danneggiante, debba già avere capacità giuridica al momento in cui il fatto colposo (la negligenza medica) si sia verificato. Questa tesi viene tuttavia scartata da recenti sviluppi della giurisprudenza²⁹. Così anche la Cassazione italiana, la quale nel contemplare il problema eventualmente posto dall'art 1 del Codice Civile, secondo il quale "la capacità giuridica si acquista dal momento della nascita", osserva

«L'argomento, apparentemente preclusivo *in limine*, non si palesa, peraltro, insuperabile; e di fatto è stato superato da quella giurisprudenza di legittimità che ha opposto che il diritto al risarcimento, originato da fatto anteriore alla nascita, diventa attuale ed azionabile dopo la nascita del soggetto (...) Ma in realtà non è

²⁶ D. PARFIT, *Reasons and Persons*, cit., pp. 358-359.

²⁷ J. MCMAHAN, *Causing People to Exist*, cit.

²⁸ J. FEINBERG, *Harm to Others. The Moral Limits of the Criminal Law. Vol.1*, Oxford University Press, New York – Oxford, 1984, p. 97.

²⁹ Si veda per una ricostruzione R. PERRY, *op.cit.*, pp. 345-348.

punto indispensabile elevare il nascituro a soggetto di diritto, dotato di capacità giuridica - contro il chiaro dettato dell'art. 1 c.c. - per confermare l'astratta legittimazione del figlio disabile ad agire per il risarcimento di un danno le cui premesse fattuali siano collocabile [sic] in epoca anteriore alla sua stessa nascita. Al fondo di tale ricostruzione dogmatica vi è, infatti, il convincimento tradizionale, da tempo sottoposto a revisione critica, che per proteggere una certa entità occorra necessariamente qualificarla come soggetto di diritto. Questa Corte ha già da tempo negato, pur se in ipotesi di danno provocato al feto durante il parto, che l'esclusione del diritto al risarcimento possa affermarsi su solo presupposto che il fatto colposo si sia verificato anteriormente alla nascita: definendo erronea la concezione che, a tal fine, ritiene necessaria la sussistenza di un rapporto intersoggettivo *ab origine* tra danneggiante e danneggiato. Ed ha concluso che, una volta accertata l'esistenza di un rapporto di causalità tra un comportamento colposo, anche se anteriore alla nascita, ed il danno che ne 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 (Cass., sez. 3, 22 novembre 1993, n. 11503) 11503)³⁰»

Sebbene possano darsi casi pacifici in cui le nostre azioni danneggiano una persona che ancora non è nata, tutti – Parfit, Feinberg e la Cassazione italiana – sono concordi nel riconoscere che i casi che danno origine alle cause per *wrongful life* sono invece problematici, pongono effettivamente un dilemma. Non è infatti chiaro in che modo una persona possa essere danneggiata dall'azione che la mette al mondo.

Per comprendere il problema dobbiamo fare un passo indietro e analizzare il concetto di danno. In base alla Concezione controfattuale del danno un'azione danneggia qualcuno se la persona sta peggio di come sarebbe stato qualora l'azione non fosse stata compiuta. Per la Concezione cronologica del danno, invece, un'azione danneggia qualcuno se la persona sta peggio di come stava prima che l'azione venisse compiuta³¹.

Secondo un'idea condivisa da molti autori, l'esistenza *non* può essere *migliore* o *peggiore* della non-esistenza. Perché la situazione che risulta dalle nostre azioni possa essere peggiore o migliore *per* una persona, sembra doversi dare il caso che quella persona esista in entrambi gli scenari

³⁰ Corte di Cassazione, sez. un., 22 dicembre 2015 n. 25767.

³¹ Concezione controfattuale: «B's personal interest is in a worse condition (usually but not always lower on the interest graph) than it would be had A not acted as he did»; concezione cronologica: «B's personal interest is in a worse condition (lower on the interest graph) than it was before A acted» (J. FEINBERG, *Wrongful Life and the Counterfactual Element in Harming*, cit., p. 149.

³¹ D. BOONIN, *op. cit.*, p. 71.

considerati. Parafrasando John Broome e Jeff McMahan – che hanno espresso in modo lapidario questa idea – non è possibile che per una persona sia meglio esistere che non essere mai esistita, perché se fosse meglio per lei esistere che non essere mai esistita, allora questo vorrebbe dire che sarebbe peggio per lei non essere mai esistita. Ma questo è assurdo: se non fosse mai esistita, non ci sarebbe mai stato qualcuno per cui la non-esistenza sarebbe stata peggio³².

Su questa premessa sembra doversi negare che l'atto con il quale si dà la vita a una persona possa danneggiare quella persona. Se infatti adottiamo la concezione controfattuale del danno, per stabilire se una certa azione sia dannosa, dobbiamo chiederci se quell'azione fa stare la persona peggio di come sarebbe stata laddove l'azione non fosse stata posta in essere. Stessa cosa, ma con un termine di paragone diverso, secondo la concezione cronologica. In tal caso dovremmo chiederci non come sarebbe stata la persona se l'azione non fosse stata posta in essere, bensì come stava la persona prima che l'azione venisse compiuta. In quanto dipendenti dalle relazioni assiologiche "essere migliori di" e "essere peggiore di" la concezione controfattuale del danno e la concezione cronologica sono concezioni del danno *comparative*³³, e come tali non permettono di segnalare un disvalore nelle *different people choices*.

Perché dunque nelle cause per *wrongful life* non sarebbe possibile dire che la condotta del medico abbia danneggiato il bambino? Perché condizione necessaria per rendere dannosa un'azione è che quell'azione faccia stare peggio – peggio di come sarebbe stata, peggio di come stava prima – la persona su cui l'azione si riversa, ma è bizzarro, assurdo, dire che una persona esistendo stia peggio di come sarebbe stata non esistendo.

Quest'ordine di idee è ripreso dalla giurisprudenza che si è occupata del tema. Nella sentenza *Gleitman*, ad esempio, si ribadisce come la misura dei danni in un giudizio di responsabilità civile ha natura compensatoria, da ciò derivando che i danni devono essere calcolati comparando la condizione in cui si sarebbe trovato l'attore qualora il convenuto avesse usato la diligenza dovuta. Ciò equivale a sottoscrivere una concezione controfattuale del danno. La negazione delle pretese dell'attore riposerebbe sull'idea per cui sia *logicamente impossibile* quantificare i danni perché sarebbe impossibile paragonare l'esistenza con la non-esistenza: il

³² J. BROOME, *Ethics out of Economics*, Cambridge University Press, Cambridge, 1999, p. 168; J. MCMAHAN, *Causing People to Exist*, cit., p. 6.

³³ D. BOONIN, *op. cit.*, pp. 54, 56, 60.

riconoscere un diritto a non nascere significa avventurarsi in un'arena in cui ciascuno non può fare a meno di perdersi³⁴.

Il medesimo approccio che parte dalla concezione comparativa del danno e motiva il rigetto della domanda risarcitoria in considerazione di una "contraddittorietà logica" si rinviene nella sentenza della Cassazione italiana

«si deve partire dal concetto di danno-conseguenza, consacrato all'art. 1223 c.c. e riassumibile, con espressione empirica, *nell' avere di meno, a seguito dell' illecito*. In siffatta ricostruzione dogmatica, il danno riuscirebbe pertanto legato alla stessa vita del bambino; e l'assenza di danno alla sua morte. Ed è qui che la tesi ammissiva, in subiecta materia, incorre in una *contraddizione insuperabile*: dal momento che il secondo termine di paragone, nella comparazione tra le due situazioni alternative, prima e dopo l'illecito, è la non vita, da interruzione della gravidanza. E la non vita non può essere un bene della vita; *per la contraddizione che nol consente*.» (corsivi miei)

4. *La revisione della concezione comparativa del danno e i danni esistenziali non-comparativi*

Un primo modo per accogliere la richiesta risarcitoria consiste nel modificare i termini della comparazione rilevante al fine dell'emersione di un danno ingiusto, comparando la vita attuale del bambino, una vita affetta da disabilità, con una vita non affetta da alcuna disabilità. Non più la comparazione tra situazione attuale e situazione controfattuale, o tra situazione attuale e situazione passata, che porterebbero alla comparazione per alcuni incresciosa tra esistenza e non-esistenza, ma la comparazione tra vita attuale e vita ideale, la vita di una persona non affetta da disabilità.

³⁴ Nell'opinione di maggioranza «The normal measure of damages in tort actions is compensatory. Damages are measured by comparing the condition plaintiff would have been in, had the defendants not been negligent, with plaintiff's impaired condition as a result of the negligence. The infant plaintiff would have us measure the difference between his life with defects against the utter void of nonexistence, but it is impossible to make such a determination. This Court cannot weigh the value of life with impairments against the nonexistence of life itself. By asserting that he should not have been born, the infant plaintiff makes it logically impossible for a court to measure his alleged damages because of the impossibility of making the comparison required by compensatory remedies». E molto dopo nell'opinione di altro giudice «To recognize a right not to be born is to enter an area in which no one could find his way».

Questo indirizzo è stato seguito da certa giurisprudenza israeliana che ha accolto la domanda risarcitoria in una lite per *wrongful life*³⁵. Sebbene si tratti di una soluzione che è stata invocata pure nel dibattito sull'etica della popolazione³⁶, non è chiaro quale sia il suo fondamento e come non si risolva in una petizione di principio volta a negare il *Non-Identity Problem*³⁷. Inoltre, se si vuole usare questa comparazione nell'ambito delle nascite di persone affette da handicap, si producono conclusioni contro-intuitive, sulle quali torneremo brevemente in chiusura di questo paragrafo³⁸.

Ma ciò non vuol dire che l'appello alla dannosità delle azioni non possa trovare posto nell'ambito delle *different people choices*. Vi è infatti un'altra strada, che è stata percorsa dai filosofi morali. Secondo McMahan, sebbene non abbia senso dire che l'esistenza sia migliore o peggiore della non-esistenza, ha senso dire che l'esistenza possa essere un *bene* per la persona creata, evitando così l'implicazione assurda per cui la non-esistenza sia uno stato peggiore, o comunque un male, per una persona che non esisterà mai. A questa tesi se ne aggiunge un'altra, per cui come l'esistenza può essere un bene, così in certi casi essere un *male*. Dovremmo allora ammettere accanto agli ordinari danni e benefici comparativi, danni e benefici di natura non-comparativa, che, essendo realizzati da azioni che danno la vita alle persone, potranno perciò essere chiamati "danni e benefici esistenziali"³⁹.

In che termini l'introduzione della categoria dei danni e benefici esistenziali modifica la valutazione delle *different people choices* e la trattazione del *Non-Identity Problem*? Immaginiamo che una donna possa mettere al mondo un figlio che, per via di una serie di disabilità congenite, non si svilupperà mai, soffrirà dolori che non potranno essere leniti e la cui vita durerà solo pochi anni. Secondo Parfit è chiaro che in un caso del genere la donna ha delle ragioni morali per non mettere al mondo questa persona,

³⁵ Si tratta della sentenza *Zeitsov v. Katz*. Mi rifaccio qui all'analisi di R. PERRY, *op. cit.*, pp. 273 ss.

³⁶ Si veda J. WOODWARD, *The Non-Identity Problem*, in *Ethics*, XCVI/1986, n.4, pp. 804-831, p. 817.

³⁷ In senso critico D. PARFIT, *Comments*, cit., pp. 832-872., p. 856 (pur non attribuendo la petizione di principio a Woodward); si veda anche G. PONTARA, *Etica e generazioni future*, Mincione, Roma, 2021, pp. 147 ss.

³⁸ D. PARFIT, *Comments*, op.cit., p. 860. Si tratta delle stesse conclusioni controintuitive a cui va incontro "l'approccio della vittima".

³⁹ Seguo qua MCMAHAN, *Causing People to Exist*, cit., p. 6 ss. Come rileva McMahan non tutti i danni e i benefici esistenziali hanno natura non-comparativa. Ma possiamo tranquillamente ignorare questa complicazione.

che sono basate sulle condizioni terribili della vita che vivrebbe⁴⁰. Se accogliamo l'idea dei danni e dei benefici esistenziali possiamo dire che la ragione per cui è sbagliato mettere al mondo il bambino risiede nel fatto che, creandolo, gli andremmo a infliggere un danno esistenziale, dal momento che la sua vita sarà una vita degna di non essere vissuta, ossia una vita in cui le componenti negative del benessere superano le componenti positive del benessere⁴¹.

Può essere utile utilizzare l'espressione "danno esistenziale" non per riferirsi a una vita che nel complesso è degna di non essere vissuta, bensì ai singoli elementi negativi che quella vita conterrà in dipendenza – nesso articolabile in vario modo – del fatto della creazione. In base a questa impostazione tutte le vite, anche le vite degne di essere vissute, contengono dei danni esistenziali; tuttavia, mentre nelle vite degne di essere vissute i danni esistenziali sono compensati dai benefici esistenziali⁴², in certe vite, come la vita del bambino dell'esempio – vite degne di non essere vissute –, i benefici esistenziali non arrivano a compensare i danni esistenziali. Possiamo allora dire che se il bambino dell'esempio viene creato gli viene inflitto un danno esistenziale netto.

E arriviamo così alla differenza centrale tra, da un lato, la letteratura etico-filosofica sul *Non-Identity Problem* e, dall'altro, l'indirizzo della giurisprudenza manifestato in *Gleitman* e nella sentenza della Cassazione italiana. Per autori come Parfit non vi è niente di misterioso nel dire che *in certi casi* l'azione che dà la vita a una persona può dirsi danneggiare quella persona; che sia possibile, in altri termini, dare conto del disvalore di una certa azione che crea una persona nei termini dei danni che quell'azione infligge alla persona creata. Non vi è niente di misterioso nel caso in cui la vita creata sarà una vita degna di non essere vissuta, una vita cioè in cui le componenti del benessere negative superano le componenti del benessere positivo.

Per Parfit il fatto che le nostre azioni possano determinare l'identità delle persone su cui produrranno effetti rende misteriose le basi per valutare queste azioni *solo* quando le vite create sono degne di essere vissute. È per questo che nelle varie formulazioni del *Non-Identity Problem* si specifica sempre che le vite create saranno degne di essere vissute. Quando creiamo vite degne di non essere vissute, se non possiamo dire di far stare le persone create peggio di come sarebbero state, possiamo dire che

⁴⁰ D. PARFIT, *Reasons and Persons*, cit., p. 391.

⁴¹ MCMAHAN, *Causing People to Exist*, cit., pp. 6 ss.

⁴² *Ivi*, pp. 20 ss.

le facciamo stare male, ossia che gli infliggiamo un danno esistenziale netto. Ma quando creiamo vite degne di essere vissute non solo non possiamo dire che le facciamo stare peggio di come sarebbero state, ma nemmeno che le facciamo stare male e che stiamo infliggendo loro un danno esistenziale netto. Ebbene, la vita di una persona affetta da un grave handicap, come anche una vita che si concluderà prematuramente verso i quarant'anni per via dell'esposizione alle radiazioni (Politica rischiosa), per non parlare della vita del figlio della ragazza-madre, possono essere benissimo vite degne di essere vissute. Eppure la scelta o gli eventi che conducono alla creazione di alcune vite degne di essere vissute intuitivamente sembrano essere oggetto di critica morale, come quando una donna decide di mettere al mondo un figlio che sarà affetto da un grave handicap, invece di mettere al mondo un figlio sano; o come quando un medico negligenemente non avvisa una donna del rischio di mettere al mondo un figlio affetto da un grave handicap, laddove sottoponendosi a una cura la donna potrebbe mettere al mondo un figlio sano. Si parla a proposito di vite che sono degne di essere vissute, ma sono *manchevoli* in qualche aspetto importante (*restricted lives*)⁴³: è questo il "caso difficile".

Su questa differenza tra il dibattito filosofico e gli indirizzi della giurisprudenza torneremo nel prossimo paragrafo. Ma prima può essere interessante vedere quale sia la vicenda dell'introduzione della categoria dei danni e dei benefici esistenziali, quali le loro potenzialità ai fini della risoluzione del *Non-Identity Problem*, considerando a titolo di esempio due indirizzi diversi.

Secondo il primo, che possiamo chiamare "approccio della vittima", azioni che creano vite manchevoli ma comunque degne di essere vissute sono azioni che creano vittime; azioni che sebbene non si traducano in un danno esistenziale netto infliggono comunque dei danni esistenziali ingiusti – danni esistenziali che non vengono compiutamente compensati dai benefici esistenziali che pure sono provocati dalla medesima azione⁴⁴.

Questo indirizzo va incontro a un problema già messo bene in luce da Parfit. Immaginiamo i seguenti due casi

⁴³ G.S. KAVKA, *The Paradox of Future Individuals*, in *Philos. Public Aff.*, XI/1982, n. 2, pp. 93-112, p. 105.

⁴⁴ Questo è l'indirizzo difeso da Seana Shiffrin in un suo influente articolo S. SHIFFRIN, *Wrongful Life, Procreative Responsibility, and the Significance of Harm*, in *Legal Theory*, V/1999, n.2, pp. 117-148; per un esame di questo approccio alla soluzione del *Non-Identity Problem* si può anche vedere G. ROCCHÉ 2024, *I diritti delle persone possibili*, in via di pubblicazione, Cap. III.

Qualcuno/nessuno. Jane soffre di una malattia congenita che la ucciderà a quarant'anni in modo indolore. La malattia non ha altri effetti. Jane sa che se metterà al mondo un figlio questi erediterà la sua malattia. Assumiamo che, come per Jane, la vita del figlio sarà degna di essere vissuta e che Jane non possa adottare un bambino. Dati questi presupposti Jane decide di avere un figlio che avrà la sua stessa malattia congenita.

Qualcuno/qualcuno. Ruth è nella stessa situazione di Jane, eccetto per il fatto che la malattia di cui è affetta uccide solo i maschi. Ricorrendo alla fecondazione in vitro Ruth potrebbe assicurarsi di avere una figlia che come lei sarebbe perfettamente sana. Non volendo pagare le spese richieste dall'intervento, Ruth decide di correre il rischio. Sfortunatamente ha un maschio che sarà ucciso dalla malattia a quarant'anni.

La scelta di Jane è una *different number choices* dal momento che avrà ripercussioni non solo su chi esisterà ma anche su quante persone esisteranno (una o nessuna); mentre la scelta di Ruth è una *same number choice*, perché è una scelta tra concepire una persona e concepirne un'altra. Secondo Parfit se anche la scelta di Jane, che non può avere un figlio sano, fosse sbagliata, vi è un disvalore chiaramente maggiore nella scelta di Ruth, che potrebbe avere un figlio sano con poco incomodo per se stessa. Eppure se adottiamo l'approccio della vittima i due casi dovrebbero essere giudicati allo stesso modo. Se la ragione della condanna dell'azione di Ruth consiste nel danno ingiusto che sta infliggendo a suo figlio – una persona che avrà una vita degna di essere vissuta ma manchevole sotto un aspetto importante: la longevità – allora la condanna non dovrebbe mutare nel caso della scelta di Jane, che fa da questo punto di vista la stessa cosa. Ma la condanna cambia, e allora l'approccio della vittima deve essere respinto⁴⁵.

E andiamo al secondo indirizzo, quello adottato da Parfit. Come abbiamo visto secondo Parfit il *Non-Identity Problem* sembra doversi risolvere appellandosi a un principio "Q", per cui il fondamento del disvalore dell'azione della ragazza-madre o dei realizzatori della Politica rischiosa va rintracciato non nel male che viene inflitto alle persone create ma nel fatto che le persone create stiano peggio delle persone che si sarebbero potute creare al loro posto. Q ha una struttura comparativa: ci impone di comparare il benessere delle persone possibili con quello di altre persone possibili; possiamo comprendere il disvalore di certe azioni solo nel momento in cui rivolgiamo l'attenzione al benessere delle persone che potremmo creare in luogo delle vite manchevoli. Nel suo ultimo lavoro – inviato poco prima di morire – Parfit ritiene che le categorie dei danni e dei

⁴⁵ D. PARFIT, *Reasons and Persons*, cit., pp. 374 ss.

benefici esistenziali indichino la via più promettente per la soluzione dei problemi dell'etica della popolazione – permettendoci di rigettare l'ottica impersonalista di teorie come l'Utilitarismo⁴⁶. Ma per risolvere il *Non-Identity Problem* a essere cruciale non è tanto la categoria dei danni esistenziali quanto quella dei benefici esistenziali⁴⁷. La ragione per cui la ragazza-madre dovrebbe aspettare, la donna effettuare la cura pre-concepimento, e la scelta cadere sulla Politica prudente è che in questo modo verranno messe al mondo persone che riceveranno un beneficio esistenziale maggiore. Q perde in questo senso il suo ruvido carattere utilitarista: abbiamo ragioni per creare queste persone e non le altre non perché la vita delle prime conterrà una maggiore quantità di benessere, ma perché queste persone saranno beneficiate in misura maggiore.

Quale sia il valore di questa riformulazione di Q – se, in particolare, non si tratti di una mossa vuotamente retorica – non è questione che può essere approfondita ulteriormente. E nemmeno si può dare conto del fatto che, al pari della giustificazione utilitarista di Q, anche la giustificazione di Q basata sui danni e i benefici esistenziali può spingere verso conclusioni contro-intuitive una volta che transitiamo nel mondo delle *different number choices*⁴⁸. Quel che invece ci interessa è che – come si diceva – in questo intricato contesto la sussistenza di ragioni per non creare una persona che avrà una vita degna di non essere vissuta è cosa pacifica, uno dei pochi punti fermi.

Recentemente Johann Frick ha sintetizzato i termini del *Non-Identity Problem* nel modo seguente. Abbiamo contemporaneamente l'intuizione per cui (i) vi sono forti ragioni morali per non creare nessuno invece che creare una vita degna di non essere vissuta; (ii) non vi sono ragioni né per creare una persona dalla vita moderatamente felice invece che non creare nessuno, né per creare una persona dalla vita molto felice invece che non creare nessuno; (iii) abbiamo forti ragioni morali per creare una persona dalla vita molto felice rispetto a crearne una dalla vita moderatamente felice⁴⁹. Una delle intuizioni di partenza, uno degli scogli che sembrano delimitare e

⁴⁶ D. PARFIT, *Future People*, cit., pp. 123 ss., 129 ss.; ma va detto che già in *Reasons and Persons* Parfit aveva considerato e discusso l'idea di danni e benefici esistenziali nell'analizzare il *principio personalista ristretto* e il *principio personalista ampio*, D. PARFIT, *Reasons and Persons*, cit., pp. 395 ss.

⁴⁷ D. PARFIT, *Future People*, cit., pp. 129-135.

⁴⁸ D. PARFIT, *Future People*, cit., p. 153. Ma si veda per un accenno di soluzione *ivi*, p.154, 157.

⁴⁹ J. FRICK, *Conditional Reasons and the Procreation Asymmetry*, in *Philos. Perspect.*, XXXIV/2020, n.1, pp. 53-87, p. 58.

complicare la rotta è che abbiamo ragioni per non creare una persona dalla vita piena di tormenti. E una plausibile, quasi spontanea, ragione per non farlo è ritenere che creando questa persona la stiamo danneggiando⁵⁰.

5. *Approccio monolitico e approccio diversificato*

Come abbiamo visto dal punto di vista di un certo indirizzo di fondo dell'etica della popolazione è cruciale la distinzione tra vite degne di essere vissute e vite degne di non essere vissute. Se dovessimo misurarci con il problema posto dalle liti per *wrongful life* alla luce di questa impostazione, e silenziando varie questioni istituzionali⁵¹, emergerebbe un approccio che potremmo chiamare "diversificato": la dannosità della condotta sarebbe provata ed eventualmente il risarcimento accolto nel caso in cui la condotta avesse causato l'esistenza di una vita degna di non essere vissuta, mentre andrebbe esclusa e il risarcimento negato nel momento in cui la vita fosse degna di essere vissuta. Invece, la giurisprudenza *Gleitman* e la più recente Cassazione italiana sono esempi di un approccio monolitico nel senso che il diniego del risarcimento non è basato sulla constatazione che la vita del bambino sia comunque degna di essere vissuta. Sia nel caso in cui la vita è degna di essere vissuta, sia nel caso in cui è degna di non essere vissuta, per questo indirizzo giurisprudenziale il risarcimento non deve essere accordato.

Anche Joel Feinberg – commentatore delle cause per *wrongful life* che ha presente la riflessione parfitiana sull'etica della popolazione – si è mostrato favorevole all'adozione dell'approccio diversificato.

⁵⁰ Plausibile e spontanea ma nemmeno necessaria. Come abbiamo detto, originariamente Parfit non aveva riposto le sue speranze di risolvere i problemi dell'etica della popolazione in una teoria incentrata sull'idea dei danni e benefici esistenziali: sussistono ragioni per non creare una vita piena di soli tormenti anche senza bisogno di impegnarci a dire che la creazione di questa vita si traduca in un danno.

⁵¹ Il dibattito di etica della popolazione andrebbe a questo proposito integrato con un dibattito etico sul sistema del risarcimento del danno. Ad esempio dal punto di vista dell'Utilitarismo dalla distinzione tra vite degne di essere vissute e vite degne di non essere vissute potrebbe non derivare affatto che le prime meritino un risarcimento mentre le seconde no. Come debbano essere distribuite le risorse della società è una questione che va risolta in base al principio di utilità: nel modo da massimizzare il benessere complessivo. Quello che si sostiene adesso è l'emersione di un approccio diversificato "in linea di principio", ossia trascurando la riflessione morale sull'istituzione del risarcimento del danno.

Per Feinberg le cause per *wrongful life* ci impongono di modificare la nostra ordinaria concezione del danno. Se secondo la concezione comparativa e controfattuale del danno un'azione può dirsi dannosa solo se fa stare peggio l'interessato di come sarebbe stato qualora l'azione non fosse stata posta in essere, dovremmo ampliare il nostro concetto di danno ricomprendendovi quelle azioni che ci mettono in una condizione tale per cui sarebbe razionale preferire la non-esistenza a *quell'esistenza*⁵². Questa preferenza non avrebbe ad oggetto nulla che sia logicamente o metafisicamente contraddittorio e sarebbe sufficiente a fondare le pretese risarcitorie nelle cause per *wrongful life*.

La questione centrale diventa allora se sia in certi casi razionale preferire la non-esistenza all'esistenza. Per rispondere a questa domanda Feinberg volge l'attenzione a quello che potremmo chiamare un test introspettivo-fenomenologico. Questo test dà spesso esiti incerti: le persone che hanno forme di disabilità anche gravi spesso non manifestano un desiderio di non-esistere, e si "aggrappano alla vita con tutte le loro forze". Vi è il sospetto dunque che questo test sottodetermini i casi in cui la non-esistenza sia preferibile all'esistenza. E d'altra parte i casi in cui ci si potrebbe aspettare che si preferirebbe la non-esistenza all'esistenza sono casi in cui l'interessato è incapace di formulare ed esprimere le sue preferenze, o comunque carente della capacità di formulare ed esprimere un giudizio affidabile. Pur con queste incertezze, Feinberg ritiene che semplicemente vi siano dei casi chiari in cui si può dire che la non-esistenza sia preferibile all'esistenza: tutti quei casi in cui, ad esempio, una persona si ritrova cieca e sorda, affetta da gravissime forme di ritardo mentale, permanentemente incontinente, paralizzata e in preda a varie forme di dolore cronico. Esempi che Feinberg adduce sono costituiti dalla spina bifida e dalla malattia di Tay-Sachs⁵³.

Grazie alla riformulazione della concezione comparativa del danno attraverso il ricorso alle preferenze dell'agente razionale potremmo dunque riconoscere in capo al soggetto un diritto a non nascere dalla cui violazione deriverebbe un obbligo risarcitorio. Ma il diritto a non nascere è sempre il diritto a non nascere nel momento in cui la vita che si avrebbe sarà una vita degna di non essere vissuta. La riformulazione non può nulla per condannare le azioni che mettono al mondo delle persone che hanno una vita manchevole ma pur sempre degna di essere vissuta. Feinberg – che conosceva la riflessione sul *Non-Identity Problem* di Parfit – riconosce

⁵² J. FEINBERG, *Wrongful Life*, cit., pp. 158, 161.

⁵³ *Ivi*, 159.

esplicitamente che i casi più enigmatici per l'applicazione del concetto di danno sono quelli in cui una condotta fortemente negligente conduce alla nascita di una persona affetta da gravi forme di disabilità che comunque non ne frustrano gli interessi al punto da rendere preferibile per questa persona la non-esistenza⁵⁴. In questi casi non si può dire né che la madre abbia danneggiato il figlio né che gli abbia fatto un torto di altra natura; e se il soggetto sotto il nostro giudizio è da condannare moralmente o giuridicamente non sarà per il danno inflitto al figlio quanto per l'aver introdotto nel mondo una sofferenza e del un male senza ragione⁵⁵

È significativo che la stessa giurisprudenza nelle rare pronunce con cui sono stati accolti giudizi per *wrongful life* l'ha fatto abbandonando l'approccio monolitico e adottando l'approccio diversificato. Nella sentenza *Curlender*, ad esempio, la Corte Suprema della California distingue accuratamente il caso della richiesta di risarcimento da parte di un figlio sano illegittimo, il cui accoglimento sarebbe impensabile dal punto di vista della responsabilità extracontrattuale, da quello in cui il risarcimento viene chiesto dal figlio affetto da una grave forma di disabilità. È significativo che nella sentenza *Curlender* – un caso di negligenza medica nell'effettuazione di test diagnostici pre-concepimento – la malattia congenita di cui è affetto il ricorrente è la malattia di Tay-Sachs, descritta da Bonnie Steinbock nel seguente modo:

«The Tay-Sachs child is doomed to a short and increasingly handicapped existence. The child appears well at birth and develops normally for six to eight months, when progressive psychomotor degeneration slowly begins. By eighteen months the child is likely to be paralyzed and blind, unable to take food by mouth, and suffer from constipation and bed-sores. There are increasingly frequent convulsions that cannot be controlled by medication. The last few years of the child's life are usually spent in a vegetative state. Death typically occurs between the ages of three and five years, usually from infection»⁵⁶.

Nella sentenza la Corte californiana seguendo lo stesso ragionamento si sarebbe potuta spingere più in là, tematizzando un trattamento

⁵⁴ J. FEINBERG, *Harm to Others*, cit., p. 103.

⁵⁵ «There is no doubt that the mother did act wrongly, but it does not follow that her wrongdoing wronged any particular person, or had any particular victim. She must be blamed for wantonly introducing a certain evil into die world, not for harming, or for violating die rights of, a person» Feinberg, J. 1986, 169.

⁵⁶ B. STEINBOCK, *The Logical case for "Wrongful Life"*, in *Hasting Cent. Rep.*, XVI/1986, 2, pp. 15-20, p. 17; cfr. J. FEINBERG, *Wrongful Life*, cit., p. 156.

differenziato non solo tra figli sani e figli affetti da disabilità, ma anche all'interno della sfera delle vite con disabilità.

A proposito dell'approccio monolitico va detto che al suo interno possono isolarsi diversi fondamenti, alcuni dei quali incompatibili. L'approccio monolitico non è monolitico al suo interno. Un primo fondamento è quello di tipo logico-metafisico, legato alla asserita impossibilità di comparare l'esistenza alla non esistenza. *Gleitman*: «Man, who knows nothing of death or nothingness, cannot possibly know whether that is so (...) To recognize a right not to be born is to enter an area in which no one could find his way». Cassazione italiana: «E la non vita non può essere un bene della vita; per la contraddizione che nol consente». Un secondo fondamento può essere di tipo assiologico, e consiste nell'idea per cui qualsiasi vita è per definizione degna di essere vissuta. La nozione di vita degna di essere vissuta non sarebbe riconducibile alla nozione di vita in cui le componenti positive del benessere superano quelle negative, come invece viene assunto nel dibattito di etica della popolazione. Ancora una volta *Gleitman*: «It is basic to the human condition to seek life and hold on to it however heavily burdened». Ma è la sentenza *Berman v. Allan* della Corte Suprema del New Jersey che incarna in modo più netto l'indirizzo assiologico: «One of the most deeply held beliefs of our society is that life—whether experienced with or without a major physical handicap—is more precious than non-life»⁵⁷. Va notato in proposito come il fondamento assiologico non sia compatibile con il fondamento logico. Il fondamento logico infatti incarna l'idea per cui non possiamo comparare l'esistenza alla non-esistenza, oppure che da esseri umani non possiamo sapere come comparare l'esistenza alla non-esistenza – in una versione che forse sarebbe meglio chiamare “epistemica”. Invece, la tesi assiologica è che la comparazione può essere fatta – che gli esseri umani possono accedere a questi giudizi comparativi – e che l'esito della comparazione è sempre a favore della vita. Infine, possiamo immaginare un indirizzo pragmatico-consequenzialista. In base a questo terzo indirizzo vi sono ragioni sistemiche per negare il risarcimento a tutte le persone che sono state messe al mondo con una vita manchevole, indipendentemente dal se questa manchevolezza renda le vite degne di essere vissute o degne di non essere

⁵⁷ Nella sentenza si rinviene il prototipo dell'argomento della sacralità della vita secondo B. STEINBOCK, *op.cit.*, p. 17; si veda anche R. PERRY, *op.cit.*, pp. 367 ss. e A. CANDIAN, *Profili comparatistici*, in M. RENZO (a cura di) *Esiste il diritto di non nascere se non sani? Riflessioni sulla sentenza Cass. Sez. Un. 22 dicembre 2015 n. 25767 e dintorni*, Pacini, Pisa, pp. 83 ss., pp. 92, 94.

vissute. L'indirizzo pragmatico potrebbe basarsi sull'indirizzo scettico\epistemico, come anche essere del tutto autonomo e compatibile con l'accettazione della distinzione tra vite degne di essere vissute e vite degne di non essere vissute.

Quanto tratto qui dal dibattito di etica della popolazione non può mettere in crisi l'indirizzo assiologico e l'indirizzo pragmatico. Può però essere usato per sfidare l'indirizzo logico: nel dibattito filosofico-accademico contemporaneo (in una sua provincia almeno) il problema della comparabilità tra esistenza e non-esistenza non ostacola il riconoscimento di un danno esistenziale (netto) ingiusto nel caso in cui a venire creata sarà una persona la cui vita è degna di non essere vissuta. Peraltro va detto che la concettualizzazione della distinzione tra vite degne di essere vissute e vite degne di non essere vissute potrebbe anche rendere meno attraente l'indirizzo pragmatico. Se la preoccupazione pragmatologico-consequenzialista di fondo consiste nell'esigenza di scongiurare un'alluvione di cause per risarcimento danni provenienti da soggetti che per le ragioni più varie si ritrovano ad affrontare delle difficoltà particolari nel corso della loro vita per via delle circostanze del loro concepimento – handicap fisici, ma anche difficoltà economico-sociali –, la distinzione tra vite degne di essere vissute e vite degne di non essere vissute potrebbe costituire un'argine solido contro questa deriva. Per sostenere l'approccio monolitico nella sua versione pragmatica si dovrebbe dimostrare che l'adozione dell'approccio diversificato porterebbe in un numero intollerabile di casi a errori giudiziari, oppure intralocerebbe in modo inaccettabile l'attività medica.

In conclusione, un'impressione che può ricavarsi dalla discussione precedente è che in molti casi le corti, invece di trincerarsi dietro appelli alla sacralità della vita o all'impossibilità logica di comparare l'esistenza alla non-esistenza, per non parlare di quelli contro l'eventualità di politiche eugenetiche⁵⁸, potrebbero escludere il risarcimento in considerazione del tipo di disabilità provocata dalla negligenza medica. Entro questa soluzione sarebbe verosimilmente ricaduto proprio il caso della Cassazione italiana, che si era ritrovata a giudicare sulla condizione di una bambina affetta da sindrome di Down, ossia una forma di disabilità che viene annoverata nel dibattito di etica della popolazione tra quelle che fa emergere il *Non-Identity Problem*, nella misura in cui non impedisce affatto che la vita della persona

⁵⁸ O. CAYLA, Y. THOMAS, *op.cit.*, pp. 5, 16, 36.

possa essere degna di essere vissuta⁵⁹. Il senso del *Non-Identity Problem* per le cause di *wrongful life* potendo forse essere questo: che dove intuitivamente siamo portati a pensare che la nascita di una persona affetta da gravi disabilità la cui vita è degna di non essere vissuta sia solo un caso più grave della nascita di una persona affetta da gravi disabilità che però non impediscono alla sua vita di essere degna di essere vissuta, l'etica della popolazione ci mostra come i due casi siano invece profondamente diversi.

⁵⁹ Steinbock, p. 17; Roberts & Wasserman 2008, XV "Harming Future Persons: Introduction".