



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

Roberto Cippitani

**CORTE EDU E LEGGE FRANCESE SULLA RESPONSABILITA' MEDICA NELLA
DIAGNOSI PRENATALE. CONSEGUENZE SUL DIRITTO INTERNO E SUGLI ALTRI
ORDINAMENTI EUROPEI**

SOMMARIO: 1. La legislazione francese in tema di responsabilità medica da errore diagnostico prenatale. - 2. La questione dell'applicazione retroattiva della legislazione «Anti-Perruche» nelle sentenze della Corte EDU. - 3. La sentenza n° 2010-2-QPC del *Conseil Constitutionnel*. - 4. Le ulteriori conseguenze della giurisprudenza della Corte di Strasburgo sul diritto francese. - 5. Conseguenze delle sentenze della Corte EDU sugli altri ordinamenti giuridici.

1. *La legislazione francese in tema di responsabilità medica da errore diagnostico prenatale.*

Il tema della responsabilità medica, nel caso di errore nella diagnosi di malformazioni durante la gestazione, ha avuto un momento particolarmente significativo nella giurisprudenza della *Cour de cassation* nel caso Perruche.

Come noto la vicenda era stata originata da una controversia che aveva opposto la signora Perruche alla struttura sanitaria a cui si era rivolta per una indagine prenatale, tesa a verificare se il feto fosse affetto da rosolia, malattia potenzialmente teratogena durante la gestazione (in quanto causa la sindrome detta di Gregg).

I medici dopo le analisi del caso (attraverso il rubeotest) escludono che vi fosse pericolo per il feto. Ma nonostante la diagnosi, il piccolo Nicolàs successivamente nacque con una grave malformazione riconducibile appunto alla rosolia.

La madre ottenne il risarcimento per il danno prodotto dall'inadempimento dei medici. Si pose tuttavia la questione se anche il bambino avesse potuto chiedere il risarcimento del danno derivante dalla «vita ingiusta» (*wrongful life*)¹, conseguente alla mancata possibilità della madre di decidere se abortire.

Nei diversi gradi di giudizio, la questione era stata risolta in modo differente², fino al momento in cui l'*Assemblée plénière* della *Cour de Cassation*, con la sentenza del 17 novembre 2000³, riconobbe il diritto

¹ Si tratta dell'espressione ideata dai giudici americani nel caso *Zepeda v. Zepeda* deciso dall'Appellate Court of Illinois, 3 aprile 1963, in 190 NE 2ed 849; di cui un breve commento di V. MANGINI, *Un nuovo caso di «danno da procreazione»*, in *Riv. dir. civ.*, 1964, II, 609. In realtà i giudici dell'Illinois si occupavano del presunto danno prodotto al figlio per essere venuto al *mondo come «illegittimo»*.



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

del bambino disabile a richiedere il risarcimento per la nascita conseguente all'inadempimento dell'obbligo di informazione del medico⁴.

La giurisprudenza *Perruche* fu criticata soprattutto per aver considerato la nascita un danno risarcibile⁵. Inoltre si contestò che potesse invocarsi, nello schema della responsabilità civile, un legame causale tra il danno e la colpa medica, in quanto l'handicap non poteva dirsi prodotto dall'errore diagnostico⁶. Questa critica trovava riscontro soprattutto nella giurisprudenza del *Conseil d'État*⁷.

² In sequenza le sentenze che si sono occupate del caso furono: *Tribunal de grand instance d'Evry*, 13 gennaio 1992, inedita; *Cour d'Appel Paris*, 17 dicembre 1993, in *Dalloz*, 1995, Somm. p. 98, oss. J. PENNEAU; *Cour de Cassation*, 1^{re} civ., 26 marzo 1996, in *Bull. civ.*, I, n. 156; *Cour d'Appel Orléans*, 5 febbraio 1999, in *Rev. trim. dr. civ.*, 2000, p. 80, note J. HAUSER.

³ *Cour de Cassation, Ass.Plén.*, 17 novembre 2000, in *Gaz. Pal.*, 2001, p. 37 ss., in *Juris class. pér.*, 2000, II, p. 10438 ss., in *Nuova giur. civ. comm.*, 2001, I, p. 209, con nota di E. PALMERINI, *Il diritto a nascere sani e il rovescio della medaglia: esiste un diritto a non nascere affatto?* e con Postilla di F.D. BUSNELLI, in *Danno e resp.*, 2001, p. 475, con nota di M. GORGONI, *Nascere sani o non nascere affatto: verso un nuovo capitolo della storia della naissance d'enfants sains non désirés*, in *Resp. civ.*, 2001, p. 497, con nota di A. GUARNERI, *Wrongful life, bebe prejudice e il discusso diritto a nascere sano... o a non nascere*; v. anche V. CARBONE, *Un bambino che nasce minorato ha diritto al risarcimento per la nascita indesiderata?*, in *Fam. dir.*, 2001, 1, 97

Sull'affaire *Perruche* v. A. GUARNERI, *Nascita di un figlio malformato, errore diagnostico del medico e regola di responsabilità civile*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, II, p. 849 ss.; L. AYNÈS, *Préjudice de l'enfant né handicapé: la plainte de Job devant la Cour de cassation*, in *D.*, 2001, pp. 492-496.

Sul dibattito accessosi in Francia a seguito della decisione dell'affaire *Perruche*, v. *Code civil Dalloz*, 2008, bibl., p. 1594, e in particolare O. CAYLA, Y. THOMAS, *Du droit de ne pas naître. A propos de l'affaire Perruche*, collection Le Débat, Gallimard, Paris, 2002. Nella dottrina italiana, v. A. GUARNERI, *Nascita di figlio malformato, errore diagnostico del medico e regola di responsabilità civile*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, pp. 849-868; V. CARBONE, *Un bambino che nasce minorato ha diritto al risarcimento per la nascita indesiderata?*, in *Fam. dir.*, 2001, p. 97 ss.

⁴ Come affermò la Corte: « *dès lors que les fautes commises par le médecin et le laboratoire dans l'exécution des contrats formés avec Mme P... avaient empêché celle-ci d'exercer son choix d'interrompre sa grossesse afin d'éviter la naissance d'un enfant atteint d'un handicap, ce dernier peut demander la réparation du préjudice résultant de ce handicap et causé par les fautes retenues* ».

⁵ G. MEMETEAU, *L'action de vie dommageable*, in *Sem. Jur.*, 2000, I, 2275 ss.

⁶ Tra tutti A. SERIAUX, « *Perruche* » et autres. *La Cour de cassation entre mystère et mystification*, in *Recueil Dalloz* 2002, p. 1996, nega l'esistenza del danno e appunto del rapporto di causalità: « *Si l'on admet que tout préjudice se définit comme la privation d'un bien dû, il est à notre sens des raisons décisives d'en douter. Pour le dire crûment, l'enfant né handicapé ne peut alléguer en sa faveur ni privation, ni bien qui lui soit dû en stricte justice. Personne, d'abord, ne l'a privé de quoi que ce soit. Avant de venir au monde, il ne possédait rien; qu'a-t-il donc perdu? La chimère d'une vie heureuse?* ». E più avanti « *Au lieu de la respecter, la Cour de cassation a choisi d'enfoncer le clou. Elle accorde une réparation. Soit. Mais la somme qu'elle autorise ainsi à allouer au handicapé ne répare au sens strict absolument rien. Elle n'opère aucun retour à un statu quo ante qu'aurait connu le handicapé et dont il aurait été injustement privé* ».



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

La *Cour de Cassation* ha poi ribadito le conclusioni dell'*affaire Perruche* in altre sentenze, in particolare quelle del 13 luglio 2001 e del 28 novembre 2001⁸.

Il legislatore francese, con la l. 4 marzo 2002 (che per l'appunto è conosciuta anche come legge «anti-Perruche»)⁹, accogliendo nella sostanza le critiche della dottrina e tenendo conto dei malumori della classe medica, intervenne per stabilire che il disabile non può richiedere il risarcimento del danno per il solo fatto della nascita («*Nul ne peut se prévaloir d'un préjudice du seul fait de sa naissance*», ora art. L114-5, 1° al. *Code act.soc.*), ma solo quando l'errore medico ha provocato, aggravato l'handicap oppure non lo ha evitato («*La personne née avec un handicap dû à une faute médicale peut obtenir la réparation de son préjudice lorsque l'acte fautif a provoqué directement le handicap ou l'a aggravé, ou n'a pas permis de prendre les mesures susceptibles de l'atténuer*», L114-5, 2° al., *Code act.soc.*).

Ai genitori, invece, la legge francese riconobbe la possibilità di chiedere il risarcimento del danno per l'errore nella diagnosi prenatale (*wrongful birth*), ma con due importanti limiti.

Sotto il profilo soggettivo la legge del 2002 richiese la dimostrazione che la colpa medica fosse stata *caractérisée*.

Inoltre il risarcimento venne limitato al ristoro del « *préjudice de type moral* »¹⁰. Esso non poteva così comprendere le spese derivanti dall'handicap per tutta la durata della vita, in particolare quelle riguardanti il mantenimento («*Ce préjudice ne saurait inclure les charges particulières découlant, tout au long de la vie de l'enfant, de ce handicap*», ora art. L114-5, 3° all., *Code act.soc.*).

⁷ *Conseil d'Etat*, 14 febbraio 1997, in *Juris Class. Per.*, 1997, II, n. 22828, nota di J. MOREAU. Occupandosi di un caso analogo, il *Conseil d'Etat* ha annullato la decisione della Corte amministrativa d'appello di Lyon per quanto riguarda il danno del bambino *iure proprio*. Si trattava di un esame prenatale di amniocentesi e della conseguente informazione erronea alla madre quarantaduenne di assoluta assenza di malattia cromosomica, della nascita di figlio afflitto da mongolismo, dell'azione di danno contro la struttura sanitaria per ottenere il risarcimento del pregiudizio proprio e di quello subito dal bambino. Il *Conseil d'Etat* ha negato l'esistenza di un nesso di causalità fra la colpa diagnostica dei medici ed il mongolismo del bambino, in quanto non conseguente all'amniocentesi ma appartenente al suo patrimonio genetico.

⁸ Le tre decisioni del 13 luglio 2001, nn. 478, 479 e 480 possono leggersi in *Jur. Class. Per.*, 2001, II, p. 10601 ss. Le due sentenze del 28 novembre 2001 possono leggersi in *Jur. Class. Per.*, 2002, II, p. 10018 ss.

⁹ S. CACACE, *Loi Kouchner: problemi di underdeterrence e undercompensation*, in *Danno e Resp.*, 2003, 4, 435.

¹⁰ S. PORCHY-SIMON, *Refus d'application du dispositif «anti-Perruche» aux dommages survenus antérieurement à la loi du 4 mars 2002*, in *Recueil Dalloz* 2008 p. 2765.



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

La copertura di tali oneri venne quindi a totale carico dello Stato, in quanto essa «*relève de la solidarité nationale*».

La legge, pertanto, non solo privò di effetti la giurisprudenza nel caso Perruche, ma anche quella nel caso Quarez¹¹, che individuò i criteri per il risarcimento dei genitori del disabile per quanto riguardava le maggiori spese per le cure e l'educazione¹².

Si stabilì che la nuova legge doveva applicarsi a cominciare dalle controversie («*instances*») già sorte alla data di entrata in vigore e che non erano passate in giudicato (art. 2, n. 2, par. II, dell'art. 2, legge 2005-102).

Successivamente le disposizioni della legge 2002-203 vennero inserite nell'art. L. 114-5, 1° e 3° co., del *code de l'action sociale et des familles* (di seguito *code act. soc.*) per effetto legge n. 2005-102 dell'11 febbraio 2005.

2. *La questione dell'applicazione retroattiva della legislazione «Anti-Perruche» nelle sentenze della Corte EDU.*

La legge 2002-203 non ha risolto tutte le questioni riguardanti la responsabilità medica, alimentando un dibattito in Francia e negli altri ordinamenti europei¹³, che per lo più non hanno una disciplina specifica sul tema.

Come è ovvio, la legge modificò l'approccio interpretativo della giurisprudenza seguito fino a quel momento, impedendo l'ulteriore applicazione della giurisprudenza Perruche e Quarez.

Tuttavia una questione è rimasta aperta ed è quella riguardante l'applicazione della legge del 2002 alle controversie in corso alla data della sua entrata in vigore.

¹¹ Si tratta della sentenza *Conseil d'Etat* 14 febbraio 1997, in *AJDA* 1997, p. 480. V. sulla questione S. BOUSSARD, *La faute caractérisée, l'absence de diagnostic prénatal et le défaut d'information*, in *AJDA* 2005 p. 1691.

¹² La sentenza stabiliva, oltre alla riparazione per il pregiudizio morale «*L'indemnisation des troubles dans leurs conditions d'existence et des préjudices matériels relatifs aux charges particulières découlant, tout au long de la vie de leur enfant, de son handicap*», e ancora «*229 000 euros pour la période allant de la naissance de l'enfant au 9 juin 1998 [data della sentenza]*» e, «*à compter de cette date et pendant toute la durée de la vie de l'enfant*», «*une rente mensuelle de 5 800 euros correspondant aux charges particulières, notamment en matière de soins, d'assistance d'une tierce personne et d'éducation spécialisée, non remboursées par la sécurité sociale, rente qui sera majorée par application des coefficients de revalorisation prévus à l'article L. 434-1 du code de la sécurité sociale*».

¹³ Nella dottrina italiana per tutti A. PALAZZO, *La filiazione*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da Cicu, Mengoni, Messineo, Schlesinger, Giuffrè, Milano, 2007, p. 109 ss.



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

La retroattività della legge del 2002-2003 è stata una questione ricorrente nella giurisprudenza degli anni successivi alla modifica legislativa, fino ad approdare alla Corte EDU, che se ne è occupata in almeno due sentenze: la n. 11810/03, caso Maurice contro Francia¹⁴, e la n. 1513/03, caso Draon contro Francia, ambedue del 6 ottobre 2005¹⁵.

Nelle due decisioni si mette in evidenza che, sebbene ci fosse un contrasto giurisprudenziale tra Cassazione e *Conseil d'État*, sul tema del nesso di causalità tra diagnosi errata e handicap, c'era invece un accordo sulle modalità di determinare il risarcimento.

La nuova legge modifica radicalmente la situazione precedente, riducendo fortemente le conseguenze negative per il medico nel caso di un errore nella diagnosi sul feto.

Di fronte a questa differenza tra la situazione prima e dopo l'entrata in vigore della legge, la Corte di Strasburgo osserva che in linea di principio il legislatore può intervenire in modo retroattivo nella legislazione civile¹⁶.

Ma nello specifico della legge del 2002, per la Corte tale intervento non sembra giustificato, in quanto il legislatore ha *«purement et simplement supprimé, avec effet rétroactif, une partie essentielle des créances en réparation, de montants très élevés, que les parents d'enfants dont le handicap n'avait pas été décelé avant la naissance en raison d'une faute, tels que les requérants, auraient pu faire valoir contre l'établissement hospitalier responsable. Le législateur français a ainsi privé les requérants d'une «valeur patrimoniale» préexistante et faisant partie de leurs «biens», à savoir une créance en réparation établie dont ils pouvaient légitimement espérer voir déterminer le montant conformément à la jurisprudence fixée par les plus hautes juridictions nationales»*. (par. 90, sentenza n° 11810/03).

In particolare la Corte EDU ritiene che la eliminazione del credito non è giustificato in quanto l'indennizzo non è adeguato: *«Certes, les requérants bénéficient de prestations, prévues par le dispositif en vigueur, mais leur montant est nettement inférieur à celui résultant du régime de responsabilité antérieur et il est clairement insuffisant»* (par. 91).

¹⁴ In *AJDA* 2005 p. 1924; 6 ottobre 2005, Maurice c/ France et Draon c/ France, in *RTD civ.* 2005, 743; in *Dr. fam.* 2005, comm. 258, oss. C. RADE ; in *JCP* 2006, II, 10061, nota A. ZOLLINGER

¹⁵ T. REVET, *Protection européenne des biens: une loi, déclarée applicable aux instances en cours, qui réduit les préjudices réparables en cas de faute médicale, constitue une privation injuste de la propriété des créances qui ont une base suffisante en droit interne et dont la constatation judiciaire était à l'oeuvre au moment de son entrée en vigueur (censure partielle de la loi « anti- Perruche » par la Cour EDH)*, in *RTD Civ.*, 2005 p. 798.

¹⁶ V. la sentenza della Corte EDU, *Zielinski et Pradal & Gonzalez e altri contro Francia* [GC], n. 24846/94 e 34165/96 a 34173/96, § 57, CEDU 1999-VII.



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

Inoltre *«les montants qui seront versés aux requérants en vertu de ce texte, tout comme la date d'entrée en vigueur de celui-ci pour les enfants handicapés, ne sont pas définitivement fixés... Cette situation laisse peser encore aujourd'hui une grande incertitude sur les requérants et, en tout état de cause, ne leur permet pas d'être indemnisés suffisamment du préjudice déjà subi depuis la naissance de leur enfant»*.

La Corte, pertanto, afferma che *«le caractère très limité de la compensation actuelle au titre de la solidarité nationale que l'incertitude régnant sur celle qui pourra résulter de l'application de la loi de 2005 ne peuvent faire regarder cet important chef de préjudice comme indemnisé de façon raisonnablement proportionnée depuis l'intervention de la loi du 4 mars 2002»*.

La Corte EDU conclude così che la legislazione francese contrasta con l'art. 1 del Protocollo addizionale alla CEDU che stabilisce che «Ogni persona fisica o giuridica ha diritto al rispetto dei suoi beni. Nessuno può essere privato della sua proprietà se non per causa di pubblica utilità e nelle condizioni previste dalla legge e dai principi generali del diritto internazionale. » Per bene, precisa la Corte, si intende anche la speranza legittima di poter vantare un diritto di credito in base ad principio di diritto, come quello individuato dalla giurisprudenza.

Negli anni scorsi la giurisprudenza superiore francese ha accolto il principio enunciato dalla Corte EDU¹⁷.

Soprattutto la *Cour de Cassation* ha stabilito che detto principio andava comunque applicato alle ipotesi sorte prima dell'entrata in vigore della legge, anche se la controversia fosse stata promossa dopo¹⁸. Inoltre si è affermato che la legge del 2002 non può applicarsi alle ipotesi in cui l'errore diagnostico avvenga prima della gravidanza, escludendo che i genitori siano portatori di una tara che possa comportare un handicap nel caso di un futuro concepimento¹⁹.

¹⁷ V. *Conseil d'Etat*, 24 febbraio 2006, *Levenez*, req. n° 250704, in *AJDA* 2006. 1272); *Cour de cassation* 24 gennaio 2006, n° 02-13.775, in *Dalloz*, 2006, p. 325.

¹⁸ *Cour de cassation*, 8 luglio 2008 n. 796, in *Dalloz actualité* 15 luglio 2008, con nota I. GALLMEISTER; v. anche *Cour de cassation*, 24 gennaio 2006, in *Bull. civ. I*, n° 31 ; in *RTD civ.* 2006. 263, oss. MARGUÉNAUD ; in *JCP*, 2006, II, 10062, nota di GOUTTENOIRE e PORCHY-SIMON ; in *Gaz. Pal.*, 2006, 475, concl. SAINTE-ROSE ; in *RCA* 2006, n° 94, nota RADÉ ; CCC 2006, n° 76, nota LEVENEUR ; in *Dr. fam.* 2006, n° 105, nota BEIGNIER; in *RLDC* 2006/28, n° 2085, nota di C. COULON; in *LPA* 31 marzo 2006, con nota PRIGENT; in *RDC* 2006, 885, nota MARAIS.

¹⁹ *Cour administrative d'appel de Paris*, 24 giugno 2003, n° 98PA03275, in *AJDA* 2003 p. 2049, in cui si afferma *«Considérant qu'il résulte des dispositions précitées qu'elles s'appliquent à l'indemnisation des handicaps causés par des fautes médicales intervenues pendant la gestation de l'enfant qui en a été victime et qu'elles ne sont pas applicables aux fautes qui ont pour effet, comme c'est le cas en l'espèce, de ne pas permettre aux parents concernés d'éviter la conception d'un enfant handicapé ; qu'il en résulte que les*



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

3. *La sentenza n° 2010-2-QPC del Conseil Constitutionnel.*

Di recente il *Conseil Constitutionnel* francese è stato investito dal *Conseil d'État* di una *question prioritaire de constitutionnalité* riguardo alla legge 2002-203 (e alle corrispondenti disposizioni del *Code de l'action sociale*), con specifico riferimento al tema dell'applicazione alle controversie in corso alla data di entrata in vigore della legge stessa.

L'11 giugno 2010 il *Conseil* ha quindi assunto la decisione n° 2010-2-QPC²⁰, che in generale riconosce la costituzionalità della legge in esame.

L'argomento assorbente utilizzato dal giudice costituzionale è che la scelta operata dal legislatore pienamente rientrava nella sua legittima discrezionalità, come sarebbero a testimoniare motivazioni tecniche (cfr. par. 12), etico-sociali (par. 14) ed economiche (par. 15) che furono alla base della legislazione in commento.

Sotto il profilo tecnico, dice la sentenza, è spesso molto difficile stabilire l'esattezza di una qualsiasi tecnica diagnostica, peraltro in continuo aggiornamento.

Un mutamento continuo riguarda inoltre fattori quali la legge e la sua interpretazione (la stessa vicenda *Perruche* lo dimostra), nonché la visione etica di fenomeni tanto complessi e delicati²¹.

Dal punto di vista economico, tali incertezze incidono pesantemente sull'attribuzione della responsabilità medica per negligenza medica e conseguentemente rendono difficile e costoso assicurare il relativo rischio²².

La legge ha risolto il problema, questo fondamentale è il pensiero del *Conseil*, regolando la ripartizione del rischio, attribuendo alla collettività nazionale quello derivante da diagnosi prenatale errata.

époux J. sont fondés à demander l'indemnisation des troubles dans leurs conditions d'existence et des préjudices matériels relatifs aux charges particulières découlant, tout au long de la vie de leur enfant, de son handicap».

²⁰ In *Dalloz actualité* 18 giugno 2010, con nota di I. GALLMEISTER, *Conformité du dispositif anti-Perruche à la Constitution*.

²¹ Secondo gli autori il rischio delle diagnosi prenatali è difficilmente calcolabile a causa della evoluzione della tecnica diagnostica, ma anche delle modifiche nella legislazione e nella sua interpretazione. V. J. BICHOT, *Le risque responsabilité civile du gynécologue obstétricien : problèmes et solutions*, in *Revue de droit sanitaire et social*, 2007 p. 96.

²² V. il *Conseil de la concurrence*, che con decisione n° 06-D-34 del 9 novembre 2006 «relative à des saisines concernant le domaine de l'assurance de la responsabilité civile médicale» ha stabilito la legittimità dell'aumento dei premi conseguenti alla giurisprudenza *Perruche*.



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

Ciò detto, il Giudice costituzionale afferma che la legge del 2002 non viola il principio di uguaglianza (sancito dall'art. 6 della *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* del 1789), come preteso dalla parte ricorrente, che sosteneva che la norma impugnata crea una situazione di disuguaglianza tra chi nasce con infermità provocata dall'azione del sanitario e chi è nato perché la madre non poteva esercitare il suo diritto all'interruzione della gravidanza. Il differente trattamento è giustificato dalle ragioni che consigliano di attribuire il peso dell'errore diagnostico sul sistema previdenziale, piuttosto che sulla classe medica.

Né la legge può considerarsi illegittima per contrasto con il principio della responsabilità di cui all'art. 4 della *Déclaration* («*La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui*»), in quanto appunto il legislatore può stabilire le modalità di esercizio ed i limiti dei diritti del danneggiato²³, per ragioni di interesse generale²⁴, se ciò non sia «*disproportionné*» (par. 11)²⁵. E la sproporzione non è ravvisabile proprio per le ragioni sopra evidenziate. Inoltre, secondo la sentenza, i sanitari non sono certo esclusi da qualsiasi forma di responsabilità.

La decisione in commento, dopo aver confermato la costituzionalità della legge sottoposta al suo esame, stabilisce però l'illegittimità della disciplina transitoria contenuta nel comma 2, paragrafo II, dell'art. 2, della legge 2005-102.

La decisione del *Conseil* nella sostanza si conforma alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo (che comunque non viene citata), riconoscendo che la legge del 2002 ha comportato «*modifications aussi importantes aux droits des persone*» (par. 23).

Ma l'illegittimità costituzionale di tale modifica è percepita in maniera restrittiva rispetto a quanto ritiene la giurisprudenza ordinaria e amministrativa che ha applicato le sentenze nei casi Maurice e Draon.

Infatti nelle motivazioni si afferma che la legge è incostituzionale solo se si applica alle controversie in corso alla data di entrata in vigore, mentre risponde all'interesse generale l'applicazione alle controversie sorte successivamente, sebbene relative ad un errore diagnostico compiuto precedentemente alla legge 2002-203 (v. sempre il par. 23). Il perché questo corrisponderebbe all'interesse generale non viene ulteriormente argomentato e il dispositivo si limita a dichiarare l'incostituzionalità della disposizione contestata.

²³ La giurisprudenza costituzionale francese ricorda che il legislatore può individuare limiti al risarcimento: *Conseil constitutionnel* n° 83-162 DC del 20 luglio 1983.

²⁴ Enuncia un tale principio, in altro ambito, anche *Conseil constitutionnel* n° 2005-522 DC del 22 luglio 2005.

²⁵ È considerato un corollario di tale principio che «*Nul ne saurait, par une disposition générale de la loi, être exonéré de toute responsabilité personnelle quelle que soit la nature ou la gravité de l'acte qui lui est imputé*», *Conseil constitutionnel* n° 88-248 DC del 17 gennaio 1989.



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

Probabilmente la questione sull'applicazione temporale della legge del 2002 susciterà ancora dubbi e controversie.

4. *Le ulteriori conseguenze della giurisprudenza della Corte di Strasburgo sul diritto francese.*

La giurisprudenza della Corte EDU potenzialmente può incidere sulla interpretazione della legge «anti-Perruche» anche al di là del problema della sua applicazione temporale.

4.1. Come si è detto, lo stesso giudice costituzionale francese finisce per riconoscere che la legge del 2002 comporta una compressione di diritti che prima evidentemente esistevano e non erano incompatibili con l'ordinamento giuridico.

Ma in questo modo il *Conseil* implicitamente ammette la legittimità della giurisprudenza della *Cour de Cassation* e del *Conseil d'Etat* precedente alla legge del 2002. Non per nulla coloro che avevano richiesto il risarcimento prima dell'entrata in vigore vedono riconoscersi contro ogni dubbio la loro pretesa proprio dalla decisione del *Conseil*.

A questo punto bisogna chiedersi se i diritti vantati prima della legge in esame potevano legittimamente essere limitati dal legislatore.

La risposta del *Conseil*, lo si è visto, è positiva, dal momento che tali limitazioni sarebbero giustificate e non sproporzionate, perché fondate sull'interesse generale.

Le perplessità sulla ragionevolezza dell'approccio della legge francese sono però molteplici. Per esempio appare eccessivo escludere o limitare la responsabilità medica per le difficoltà tecniche nella diagnostica prenatale. Infatti tali difficoltà sono riscontrabili in altre attività umane e mediche in particolare e questo non porta alla esclusione della responsabilità civile.

Anche il profilo economico (quello relativo all'aumento dei premi assicurativi per i medici che si occupano di indagini prenatali) non appare decisivo. In primo luogo, perché non sembra che l'interesse a condizioni accettabili delle polizze assicurative sia dello stesso rango di altri interessi potenzialmente in gioco. In secondo luogo la scelta del legislatore francese, quella di porre a carico della collettività per intero i maggiori oneri derivanti dal mantenimento di una persona disabile, non era certo l'unica soluzione possibile²⁶.

²⁶ V. J. BICHOT, *Le risque responsabilité civile du gynécologue obstétricien : problèmes et solutions*, cit.



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo"

Ma i dubbi maggiori sulla ragionevolezza di tali limiti provengono proprio dalla interpretazione della Corte EDU, che mette in evidenza la forte disparità di trattamento tra la situazione precedente e quella successiva alla legge²⁷.

Una tale disparità, afferma la Corte, è da considerare sproporzionata, anche se rispondesse all'interesse generale²⁸.

Richiamando la propria interpretazione, infatti, la Corte EDU sostiene che una limitazione del diritto sui beni è ammissibile soltanto per la salvaguardia di diritti fondamentali della persona²⁹. Inoltre la esclusione o riduzione dell'indennizzo derivante dalla compressione del diritto sui beni deve ammettersi soltanto in casi eccezionali³⁰.

Ma la Corte di Strasburgo non ravvisa che l'esercizio di diritti fondamentali o ipotesi eccezionali possano limitare il diritto al risarcimento per errore nella indagine prenatale.

La Corte europea non si è avventurata oltre a ciò che veniva domandato, ma la sua giurisprudenza mette in discussione anche la regolamentazione delle fattispecie verificatesi dopo l'entrata in vigore della legislazione «anti-Perruche».

È vero che le motivazioni della Corte EDU si basano sulla tutela di un «bene», prima esistente nell'ordinamento giuridico, e poi arbitrariamente soppresso dal legislatore.

Ma la carenza di ragionevolezza della legge 2002-203 rimane, così come resta la differenza ingiustificata tra la situazione di chi rientra nel campo di applicazione della legge e chi invece ha ricevuto il risarcimento in base ai principi elaborati dalla giurisprudenza precedente.

4.2 Un'altra questione posta dalla Corte EDU, che riguarda il presente e il futuro e non solo il regime transitorio, è l'adeguatezza degli strumenti approntati per la tutela del disabile, in alternativa alla responsabilità civile.

²⁷ Il compito della Corte consiste nel verificare se le misure adottate a livello nazionale si giustificano fin dal principio e siano proporzionate. Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 25 maggio 1993, *Kokkinakis*, in *Riv. int. dir. um.*, 1993, p. 512.

²⁸ Corte EDU, sentenza n.11810/03, cit., par. n. 86 s.

²⁹ Tra le altre Corte EDU, *Sporrong et Lönnroth contro Svezia*, sentenza del 23 settembre 1982, serie A n. 52, p. 26, par. 69.

³⁰ Tra le sentenze della Corte EDU riguardanti il principio in parola, v. *I santi monasteri contro Grecia*, 9 dicembre 1994, serie A n. 301-A, p. 35, par. 71; *ex-Re di Grecia e altri contro Grecia [GC]*, n. 25701/94, par. 89, CEDU 2000-XII.



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

Le sentenze del giudice europeo esaminano il sistema delle prestazioni sociali previste per i disabili dal legislatore francese³¹. Originariamente la legge n. 75-534 del 30 giugno 1975 prevedeva diverse tipologie di aiuti, soprattutto nel campo educativo, in particolare attraverso la corresponsione di una indennità denominata *Allocation d'éducation spéciale* (AES).

Dopo l'introduzione della legge 2002-203 e delle relative limitazioni all'esercizio del diritto al risarcimento del danno nel caso di errore diagnostico, lo stesso legislatore ritenne necessario adottare un diverso sistema di prestazioni sociali in favore dei disabili³².

Il *Code de l'Action sociale* parte da una definizione di handicap che prescinde dalla causa e dalla tipologia³³. Questa definizione è dotata del carattere della universalità, che si riscontra in tutta la legislazione moderna³⁴.

La persona che rientra in detta definizione «*a droit à la solidarité de l'ensemble de la collectivité nationale, qui lui garantit, en vertu de cette obligation, l'accès aux droits fondamentaux reconnus à tous les citoyens, ainsi que le plein exercice de sa citoyenneté*». (art. L 114-1, 1° al., *Code act.soc.*). Questo diritto, lo ribadisce la legge, spetta «*quels que soient l'origine et la nature de sa déficience*».

La legge del 2005 ha stabilito che le persone diversamente abili hanno diritto ad una *prestation de compensation* regolata dagli artt. L 245-1 ss. *Code act.soc.*, che mira a soddisfare le diverse esigenze della

³¹ Corte EDU, sentenza n. 11810/03, cit., par. 53 ss.

³² In effetti lo stesso legislatore francese aveva sentito la necessità che la legge non avesse come obiettivo soltanto quello di evitare le azioni di responsabilità contro i medici. Come ricorda la sentenza n. 11810/2003 «*Il fut notamment souligné qu'il fallait, suite à l'adoption de la loi du 4 mars 2002, intervenir à nouveau pour «donner un contenu effectif à la solidarité nationale » (voir le Rapport d'information fait au nom de la commission des affaires sociales du Sénat par M. P. Blanc, sénateur, contenant 75 propositions pour réformer la loi du 30 juin 1975, annexé au procès-verbal de la séance du Sénat du 24 juillet 2002, p. 13)*» (par. 54). Come afferma il *Conseil* nella sentenza in commento, adottando la legge n. 2005-102 «*le législateur a entendu assurer l'effectivité du droit à la compensation des conséquences du handicap quelle que soit son origine*», instaurando un sistema di compensazione che completa il regime di aiuti sociali (par. 17).

³³ Ai sensi dell'art. L114, 1° al., *Code act.soc.*, infatti «*Constitue un handicap, au sens de la présente loi, toute limitation d'activité ou restriction de participation à la vie en société subie dans son environnement par une personne en raison d'une altération substantielle, durable ou définitive d'une ou plusieurs fonctions physiques, sensorielles, mentales, cognitives ou psychiques, d'un polyhandicap ou d'un trouble de santé invalidant*».

³⁴ In Italia, per esempio, il presupposto per il diritto alle prestazioni sociali è una «situazione di bisogno e di difficoltà» (art. 128, 2° co., d.lgs. 31 marzo 1998, n. 112), le «condizioni di disabilità, di bisogno e di disagio individuale» (art. 2, 3° co., l. 328/2000).



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

vita delle persone (art. L 114-1-1, 2° all., *Code act.soc.*)³⁵ e che si aggiunge alle prestazioni già esistenti. La *prestation de compensation* è determinata tenendo conto dei costi legati all'assistenza anche dei familiari, alle necessità di aiuti tecnici, l'alloggio, il trasporto e l'uso di veicoli, gli aiuti alimentari e altri acquisti (art. L 245-3 *Code act.soc.*). Essa è generalmente pagata mensilmente.

La Corte EDU ritiene che la nuova disciplina della *prestation de compensation*, pur se migliore rispetto a quella precedente, comunque in concreto non assicura una tutela delle persone nate con disabilità, in modo comparabile con l'applicazione della giurisprudenza Quarez.

Del resto alcuni autori sono critici con l'attuale disciplina della *compensation*³⁶, ritenendo che occorre ragionare con più accuratezza e definire meglio le tecniche con cui la collettività si sarebbe occupata dei disabili³⁷.

Ciò detto il giudizio di adeguatezza delle prestazioni sociali rimane sempre aperto e nei fatti potrebbe essere negativo anche in futuro.

In definitiva, le sentenze della Corte europea di Strasburgo, ed in qualche misura anche la decisione del *Conseil*, portano argomenti alle critiche all'impianto generale della «anti-Perruche»³⁸, non soltanto alla sua disciplina transitoria. Argomenti che potrebbero portare a nuove censure in sede nazionale e sovranazionale.

³⁵ La disposizione citata stabilisce che: «*Cette compensation consiste à répondre à ses besoins, qu'il s'agisse de l'accueil de la petite enfance, de la scolarité, de l'enseignement, de l'éducation, de l'insertion professionnelle, des aménagements du domicile ou du cadre de travail nécessaires au plein exercice de sa citoyenneté et de sa capacité d'autonomie, du développement ou de l'aménagement de l'offre de service, permettant notamment à l'entourage de la personne handicapée de bénéficier de temps de répit, du développement de groupes d'entraide mutuelle ou de places en établissements spécialisés, des aides de toute nature à la personne ou aux institutions pour vivre en milieu ordinaire ou adapté, ou encore en matière d'accès aux procédures et aux institutions spécifiques au handicap ou aux moyens et prestations accompagnant la mise en oeuvre de la protection juridique régie par le titre XI du livre Ier du code civil. Ces réponses adaptées prennent en compte l'accueil et l'accompagnement nécessaires aux personnes handicapées qui ne peuvent exprimer seules leurs besoins*».

³⁶ C. RADE, *Retour sur le phénomène Perruche: vrai enjeux et faux-semblants*, in *Etudes à la mémoire de Christian Lapoyade-Deschamps*, Presses universitaires de Bordeaux, Bordeaux 2003, p. 231.

³⁷ Cfr. J. SAISON, *Dignostic préconceptional et handicap de l'enfant: encore la responsabilité du Médecin*, in *Recueil Dalloz*, 2004, n. 14., 984.

³⁸ La legge del 2002 ha suscitato forti perplessità per aver risolto in modo demagogico e affrettato una questione tanto delicata. Si parla infatti di carattere demagogico (P. JOURDAIN, *Point de vue*, in *Dalloz*, 2002, p. 891), la sua parzialità (A. CHOIX, *Point de vue*, in *Dalloz* 2002, p. 1212), di inopportunità (F. DREIFUSS-NETTER, *Petites affiches* 2002, n° 122, p. 101 s.), di contrarietà sia alle norme costituzionali (F. DREIFUSS-NETTER, *Petites affiches* 2002, cit.) o sovranazionali (M.-E. BOURSIER, *Petites affiches* 2002, n° 108, p. 4 s.).



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

5. *Conseguenze delle sentenze della Corte EDU sugli altri ordinamenti giuridici.*

La sentenza della Corte EDU fornisce interessanti indicazioni anche per altri ordinamenti giuridici.

La Corte europea ritiene che il sistema inaugurato dalla legislazione «anti-Perruche», o qualunque disciplina o interpretazione sul tema di altro ordinamento, non possono considerarsi sempre legittimi, pur rientrando nel discrezionale apprezzamento del legislatore.

Tali discipline devono comunque prevedere una tutela effettiva della persona disabile, per consentirgli una vita piena e dignitosa.

Come è suo solito, infatti, il giudice di Strasburgo parte dalla prospettiva di rendere effettivi i diritti previsti dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo³⁹.

Lo Stato deve approntare gli strumenti legali e amministrativi in modo che tutelati diritti siano attuati non solo in modo statico, mediante il riconoscimento, ma anche mediante la loro realizzazione attiva⁴⁰.

Se si legge la giurisprudenza nei casi Maurice e Draon insieme con quella in materia di prestazioni sociali⁴¹, si comprende come per il giudice sovranazionale la tutela dei disabili è un obbligo degli Stati, ai quali corrisponde una situazione giuridica soggettiva attiva⁴² che è di natura «fondamentale». Il che significa

³⁹ Per il metodo della Corte EDU nel riconoscimento delle situazioni giuridiche soggettive si rinvia a V. COLCELLI, *Le situazioni giuridiche soggettive nel sistema CEDU*, ISEG, Perugia, 2010; nonché sull'attività interpretativa della Corte si veda C. FOCARELLI, *Equo processo e Convenzione europea dei diritti dell'Uomo*, Cedam, Padova, 2001.

⁴⁰ Ad esempio nella pronuncia Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 19 febbraio 1998, *Guerra e altri/Italia*, in *Racc.*, 1998-I, 223 nonché *Foro it.*, 1999, IV, p. 281 ss., la Corte ha interpretato il divieto di interferenza illegittima degli Stati sui diritti tutelati come un dovere di garanzia degli stessi, vale a dire che lo Stato contraente non solo è obbligato a non violare, attraverso i propri organi, i diritti riconosciuti dalla Convenzione per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali, ma dovrebbe anche adeguare il proprio ordinamento per assicurare la tutela di quei diritti anche nei confronti degli altri consociati.

⁴¹ Si veda per esempio la giurisprudenza nel caso *Mennitto/Italia* (Corte europea dei diritti dell'uomo, 5 ottobre 2000, *Mennitto/Italia*, in *Giur. It.*, 2001, p. 1335 ss. Commenta la sentenza in esame anche D. TEGA, *Interessi legittimi e diritto ad un equo processo: la Corte europea dei diritti si addentra nei meandri della giustizia amministrativa italiana*, in *Giur. it.*, 2001, p. 1335 ss.).

⁴² Si parla esplicitamente di diritti soggettivi, oltre che nel diritto francese, anche negli altri ordinamenti. Si pensi alla legge spagnola *de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia* (ley 39/2006), per la quale i cittadini hanno il «Derecho subjetivo [...] a la promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia» (art. 1); oppure in Italia all'art. 2, 2° co. (intitolato «Diritto alle prestazioni») l. 328/2000 («Legge quadro per la realizzazione del sistema integrato di interventi e servizi sociali»), che stabilisce che lo Stato, le regioni e gli enti



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

che tale situazione è azionabile dinanzi al giudice indipendentemente dalla sua qualificazione giuridica (per esempio, nell'ordinamento italiano o francese, senza tenere conto se viene qualificata come diritto soggettivo o interesse legittimo)⁴³.

Il carattere fondamentale della pretesa del disabile fa sì che non possa essere messa in discussione da interessi pure rilevanti, quali l'interesse pubblico in generale⁴⁴, l'equilibrio di bilancio⁴⁵, le politiche sull'immigrazione⁴⁶ e così via.

Tali diritti fondamentali rappresentano un limite inderogabile alla discrezionalità del legislatore e della pubblica amministrazione⁴⁷.

Questa giurisprudenza trova importanti conferme nelle sentenze della Corte di giustizia⁴⁸ dell'Unione europea e di una buona parte dei giudici nazionali⁴⁹.

Essa fornisce concretezza alla legislazione sovranazionale e nazionale in materia di soggetti deboli, che applicano il principio della solidarietà, caratteristico degli ordinamenti giuridici europei (e non solo)⁵⁰.

territoriali «Sono tenuti [...] a consentire l'esercizio del diritto soggettivo a beneficiare delle prestazioni economiche» previste dalla legge.

⁴³ V. COLCELLI, *Studio sulle fonti per una ricostruzione unitaria delle situazioni giuridiche soggettive di provenienza europea*, in *Contratto e Impresa/Europa*, 2, 2009, p. 742 ss.

⁴⁴ Il fatto che l'ente erogatore della prestazione sociale sia pubblico non esclude che l'obbligazione che ne deriva sia di carattere civile, e quindi azionabile. V. le posizioni giuridiche soggettive relative alle prestazioni assistenziali in *Schuler-Zraggen/Svizzera* (Corte EDU, 24 giugno 1993, *Schuler-Zraggen/Svizzera*, in *Racc.*, 1993, Serie A, 263, p. 17).

⁴⁵ V. per es. la giurisprudenza della Corte costituzionale italiana su misure in tema prestazioni previdenziali che, seppure è ispirata a inderogabili esigenze di contenimento della spesa, non possono pregiudicare le esigenze di vita del beneficiario (cfr. Corte cost. ord. 227/2002 del 29 maggio 2002, in www.cortecostituzionale.it).

⁴⁶ V. la giurisprudenza che dichiara l'incostituzionalità di norme che riconoscono solo ai cittadini italiani: per es. Corte cost. 2 dicembre 2005, n. 432, in *Giur. it.*, p. 2006, 2252, con nota di ARCONZO, che dichiara illegittima la legge reg. Lombardia n. 25/2003 che stabiliva solo ai cittadini italiani invalidi il diritto a circolare sui mezzi pubblici; oppure v. TAR Lombardia del 16 luglio 2009 che ha annullato la deliberazione della Giunta Regionale della Lombardia del 20 gennaio 2009 n. 8/8881 che escludeva l'accesso al cosiddetto «buono famiglia» agli stranieri.

⁴⁷ Sulla nozione di contenuto essenziale dei diritti, v. G. SCACCIA, *Legge e diritti fondamentali nell'art. 117 della Costituzione*, in *Quaderni costituzionali*, n. 3/2003, p. 531 ss.

⁴⁸ V., per es. Corte giust. 4 marzo 2010, C 578/08, *Rhimou Chakroun/Minister van Buitenlandse Zaken*, non ancora pubblicata nella Raccolta, che vieta agli Stati, nell'applicazione della direttiva «ricongiungimenti», di limitare il diritto delle persone al beneficio di prestazioni sociali particolari, sgravi fiscali e altri provvedimenti di sostegno per i bassi redditi.

⁴⁹ V. per es. la giurisprudenza citata nelle note precedenti.

⁵⁰ Sul principio di solidarietà si consenta il rinvio a R. CIPPITANI, *Il principio di solidarietà e rapporti di diritto privato*, in A. DONATI, A. GARILLI, S. MAZZARESE, A. SASSI (a cura di), *Diritto privato*.



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

Tale principio è fissato inequivocabilmente nelle costituzioni nazionali (si pensi all'art. 2 Cost. Italia) e, in Europa, nei Trattati⁵¹ e nella Carta dei diritti fondamentali⁵², nella legislazione ordinaria, quale appunto il *Code de l'Action sociale* francese⁵³.

Il diritto deve predisporre un sistema di tutela dei disabili, in cui si combinano strumenti civilistici, come la responsabilità civile, insieme con prestazioni sociali e previdenziali.

In tale quadro, la responsabilità civile (contrattuale ed extracontrattuale) è la principale delle tecniche possibili per la tutela degli interessi in gioco, almeno quando ricorrono gli elementi che soddisfano la fattispecie giuridica astratta. In questi casi non si tratta certo di operare in modo «compassionevole» (la terminologia è poco coerente con ordinamenti basati sui diritti fondamentali)⁵⁴, quanto di utilizzare uno strumento volto a realizzare gli scopi del diritto privato⁵⁵.

Nell'applicazione della disciplina della responsabilità civile occorre agevolare la posizione della parte debole. In questo senso il ricorso alle ordinarie regole della responsabilità medica, così come viene concepita oggi, è senz'altro la soluzione più corretta, rispetto a scelte, come quella del legislatore francese, di prevedere ipotesi di esclusione.

Studi in onore di Antonio Palazzo, UTET, Torino, 2009, vol. I, *Fondamenti etici e processo*, pp. 165-237; ID., *La solidarietà giuridica tra pubblico e privato*, ISEG, Roma-Perugia, 2010.

⁵¹ Il Trattato sull'Unione Europea, così modificato dal Trattato di Lisbona, dispone che «L'Unione si fonda sui valori del rispetto della dignità umana, della libertà, della democrazia, dell'uguaglianza, dello Stato di diritto e del rispetto dei diritti umani, compresi i diritti delle persone appartenenti a minoranze» (art. 2 Trattato UE).

⁵² Nel Preambolo è scritto che: «Consapevole del suo patrimonio spirituale e morale, l'Unione si fonda sui valori indivisibili e universali di dignità umana, di libertà, di uguaglianza e di solidarietà; l'Unione si basa sui principi di democrazia e dello stato di diritto. Essa pone la persona al centro della sua azione istituendo la cittadinanza dell'Unione e creando uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia» (v. il Preambolo). La Carta, inoltre, applica la solidarietà a diversi rapporti (V. il capitolo IV intitolato alla «solidarietà», artt. 27 e seguenti).

⁵³ Per un commento su come la legge 2002-203 applica il principio di solidarietà v. Y. LAMBERT-FAIVRE, *La loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé. I - La solidarité envers les personnes handicapées*, in *Recueil Dalloz* 2002 p. 1217

⁵⁴ Come si è detto «*La justice n'est pas la compassion, et la voie de la responsabilité civile n'est pas celle de l'aide sociale. En confondant les deux plans, l'arrêt [la sentenza della Cour de Cassation del 17 novembre 2000] institue la vie humaine elle-même comme un préjudice réparable, ce qui, a contrario, signifie que l'être humain handicapé aurait dû ne pas naître*» (C. LABRUSSE-RIOU, B. MATHIEU, *La vie humaine comme préjudice*, in *Le Monde*, 24 novembre 2000).

⁵⁵ Anche in sistemi giuridici non costituzionali la responsabilità civile e altre fonti delle obbligazioni sono funzionali agli «scopi di giustizia e di equità che l'ordinamento giuridico deve realizzare, specie se vuole esprimere dal suo seno uno spirito di solidarietà», *Relazione del Guardasigilli al codice civile*, n. 656.



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

Lo scenario delineato impone di trattare la questione della responsabilità medica nella diagnosi prenatale partendo dalla necessità di tutelare gli interessi delle persone disabili. Eventuali limitazioni devono essere adottate con estrema cautela.

Se anche ricorressero esigenze di limitare l'applicazione della disciplina della responsabilità civile in determinate ipotesi (per es. si limita il diritto al risarcimento del figlio, in modo di non considerare la nascita come evento dannoso), questo non può comportare ulteriori limitazioni, tali da ridurre considerevolmente la tutela della persona disabile. In questa prospettiva non appare corretto limitare la responsabilità medica nei confronti dei genitori al solo danno morale.

La responsabilità civile non può costituire l'unico strumento di tutela del disabile, per la circostanza che non sempre esso è applicabile alla situazione concreta. Inoltre la responsabilità civile non è detto che copra tutte le esigenze della persona. Ecco che l'ordinamento deve approntare servizi pubblici che soddisfino i bisogni della persona disabile e delle persone che hanno la responsabilità della sua cura⁵⁶.

Un ordinamento che correttamente applica il principio di solidarietà non sembra, questo emerge dalla giurisprudenza Corte EDU, poter fare a meno della responsabilità civile o delle prestazioni sociali. Tali strumenti, pur operando su piani diversi, devono essere applicati in modo coordinato.

La responsabilità civile, come deriva dalle decisioni della Corte di Strasburgo, quando applicabile, ha comunque un ruolo centrale. Da un lato essa deve supplire alle eventuali carenze del sistema. La mancanza o l'inadeguatezza di fatto delle prestazioni pubbliche incideranno sulla quantificazione del danno risarcibile. Dall'altro lato la responsabilità civile deve avere la funzione di ridurre l'onere finanziario per la collettività, sempre in applicazione del principio di solidarietà.

Nella prospettiva della tutela delle persone disabili, infatti, quando non si verificano i presupposti della responsabilità civile, e le prestazioni sociali non sono adeguate, lo Stato potrà essere chiamato a rispondere in modo da chiudere il sistema.

Appare interessante, da questa prospettiva, il precedente rappresentato dai danni derivanti da vaccinazioni o trasfusione di sangue⁵⁷. In questi casi si è stabilita una «socializzazione» del risarcimento⁵⁸,

⁵⁶ Per un confronto con il nostro ordinamento, v. P. STANZIONE, *Tutela dei soggetti deboli*, Giuffrè, Milano, 2004, 77 e A. VENCHIARUTTI, *Il lungo viaggio verso i diritti. Handicap, treni, inadempienze della pubblica amministrazione*, in P. CENDON (a cura), *Persona e danno*, vol. III, Giuffrè, Milano 2004, 2541 e ss.

⁵⁷ V. rispettivamente Corte cost. 22 giugno 1990 n. 307; Id. 22 giugno 2000 n. 226, in www.cortecostituzionale.it.



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

obbligando lo Stato a pagare una indennità al danneggiato (Questo tipo di indennità è poi stata prevista dal legislatore, in virtù della legge l. 25 febbraio, 1992, n. 210).

La giurisprudenza della Corte costituzionale correttamente ritiene che in questi casi gli interessi particolarmente rilevanti coinvolti possano essere tutelati con un complesso di strumenti, tra i quali nessuno esclude l'altro in modo da comporre un sistema completo e coerente di protezione: «a) il diritto al risarcimento pieno del danno, secondo la previsione dell'art. 2043 cod. civ., in caso di comportamenti colpevoli; b) il diritto a un equo indennizzo, discendente dall'art. 32 della Costituzione in collegamento con l'art. 2, ove il danno, non derivante da fatto illecito, sia conseguenza dell'adempimento di un obbligo legale; c) il diritto, ove ne sussistano i presupposti a norma degli artt. 38 e 2 della Costituzione, a misure di sostegno assistenziale disposte dal legislatore, nell'ambito dell'esercizio costituzionalmente legittimo dei suoi poteri discrezionali»⁵⁹. Queste considerazioni possono estendersi in tutte le ipotesi in cui siano in gioco diritti fondamentali.

I dati legislativi e giurisprudenziali di cui si è detto mostrano che non si possa escludere o limitare in modo importante l'applicazione della disciplina sulla responsabilità civile in campo medico, fosse anche nel caso dell'errore nella diagnosi prenatale.

(29 febbraio 2012)

⁵⁸ D. AMOROSO, *Sulle conseguenze risarcitorie della colposa mancata diagnosi prenatale della malformazione del nascituro*, in *Giust. civ.* 2008, 10, 2278.

⁵⁹ Corte cost. 226/2000, cit., par. 3.