

IL DIRITTO DI FAMIGLIA E DELLE PERSONE

Anno XL Fasc. 3 - 2011

Roberto Cippitani

LIMITAZIONI ALLA RESPONSABILITÀ MEDICA NELLA DIAGNOSI PRENATALE TRA NORME COSTITUZIONALI E NORME SOVRANAZIONALI

Estratto



Milano • Giuffrè Editore

LIMITAZIONI ALLA RESPONSABILITÀ MEDICA
NELLA DIAGNOSI PRENATALE TRA NORME
COSTITUZIONALI E NORME SOVRANAZIONALI

1. Com'è noto, il *Conseil Constitutionnel* di Francia ha dichiarato conformi alla Costituzione il primo ed il terzo alinea dell'art. L114-5 del *Code de l'action sociale et des familles* (1).

Con riferimento alla prima norma si è affermato che il legislatore, in applicazione dell'art. 34 Cost. ha il potere di adottare disposizioni nuove in tema di diritti in materia civile che modifichino o abrogano disposizioni precedenti, se ciò non priva i titolari di tali diritti delle garanzie costituzionali. Con riguardo alla terza norma, si è affermato che essa è compatibile con l'art. 4 della *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* del 1789 (2), in quanto il legislatore può limitare la responsabilità civile per motivi di interesse generale, purché le limitazioni non siano sproporzionate. Nel caso di specie, la legge richiede una colpa qualificata (*faute caractérisée*) dei medici e delle strutture sanitarie, per evitare, date le difficoltà tecniche inerenti alla diagnostica prenatale allo stato attuale delle conoscenze, che detta colpa possa essere presunta o dedotta da semplici presunzioni.

Inoltre, la limitazione, per i genitori, del risarcimento ai soli danni diversi da quelli derivanti dall'*handicap*, si giustifica con considerazioni di natura etica e sociale, nonché con le difficoltà incontrate dai profes-

(1) Che, rispettivamente, stabiliscono: "Nul ne peut se prévaloir d'un préjudice su seul fait de sa naissance". "Lorsque la responsabilité d'un professionnel ou d'un établissement de santé est engagée vis-à-vis des parents d'un enfant né avec un handicap non décelé pendant la grossesse à la suite d'une faute caractérisée, les parents peuvent demander une indemnité au titre de leur seul préjudice. Ce préjudice ne saurait inclure les charges particulières découlant, tout au long de la vie de l'enfant, de ce handicap. La compensation de ce dernier relevé de la solidarité nationale".

(2) "La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui".

sionisti e dalle strutture sanitarie nel sottoscrivere un'assicurazione in condizioni economiche accettabili.

In ogni modo la disposizione *de qua* non esclude del tutto la responsabilità dei sanitari, i quali sono tenuti a risarcire i genitori dei costi che derivano dall'*handicap*, quando la loro condotta colposa ha causato direttamente la disabilità.

È, invece, incostituzionale l'art. 2, n. 2 paragr. II, della legge n. 2005-102, che stabilisce che "Les dispositions de l'art. L114-5 du code de l'action sociale et des familles tel qu'il résulte du 1 du présent II sont applicables aux instances en cours, à l'exception de celles où il a été irrévocablement statué sur le principe de l'indemnisation". Infatti, se per motivi di interesse generale si possono giustificare nuove disposizioni applicabili alle controversie successive riguardanti situazioni giuridiche nate anteriormente, non si possono giustificare modificazioni così rilevanti dei diritti delle persone che, anteriormente alla data dell'entrata in vigore della nuova legge, abbiano iniziato una procedura in vista d'ottenere la riparazione del pregiudizio da loro subito.

2. Il *Conseil Constitutionnel*, con la decisione dell'11 giugno 2010 (3), ha giudicato sulla costituzionalità dell'art. L114-5, 1° e 3° co., del *code de l'action sociale et des familles* (di seguito *code act. soc.*), in risposta alla *question prioritaire de constitutionnalité* posta dal *Conseil d'État* il 14 aprile 2010 nella causa promossa dalla signora V. L. (4).

La disposizione in esame deriva dalla legge n. 2002-303 del 4 marzo 2002 (detta anche *loi Kouchner* dal ministro proponente) (5) relativa ai diritti dei malati e alla qualità del sistema sanitario, in seguito trasposta nel *Code de l'action sociale* dalla legge n. 2005-102 dell'11 febbraio 2005. Si tratta della nota legge "anti-Perruche", con la quale il legislatore francese aveva cercato di contrastare l'interpretazione della *Cour de Cassation* in tema di responsabilità medica in caso di errore nella diagnosi prenatale.

In particolare, la questione era stata portata alla ribalta 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

(3) In *Dalloz actualité* 18 juin 2010, con nota di I. GALLMEISTER, *Conformité du dispositif " anti-Perruche " à la Constitution*.

(4) V. *Dalloz actualité*, 16 avr. 2010, con nota di BRONDEL.

(5) S. CACACE, *Loi Kouchner: problemi di underdeterrence e undercompensation*, in *Danno e resp.*, 2003, 4, 435.

durante la gestazione (in quanto causa la sindrome detta di Gregg). I medici della struttura sanitaria, 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*) (6), conseguente alla mancata possibilità della madre di decidere se abortire.

Nei diversi gradi di giudizio, la questione era stata risolta in modo differente (7), fino al momento in cui l'*Assemblée plénière* della *Cour de Cassation*, con la sentenza del 17 novembre 2000 (8), riconobbe il

(6) 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 2 ed 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".

(7) 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*, 1re civ., 26 marzo 1996, in *Bull. civ.*, I, n. 156; *Cour d'Appel Orléans*, 5 febbraio 1999, in *Rev. trim. dr. civ.*, 2000, 80, con nota J. HAUSER.

(8) *Cour de Cassation, Ass. Plén.*, 17 novembre 2000, in *Gaz. Pal.*, 2001, 37 ss., in *Juris class. pér.*, 2000, II, 10438 ss., in *Nuova giur. civ. comm.*, 2001, I, 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, 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, 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, 849 ss.; L. AYNÈS, *Préjudice de l'enfant né handicapé: la plainte de Job devant la Cour de cassation*, in *D.*, 2001, 492-496.

Sul dibattito accesosi in Francia a seguito della decisione dell'*affaire Perruche*, v. *Code civil Dalloz*, 2008, bibl., 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, *passim*, trad. it. a cura di Colombo, *Il diritto di non nascere*, Milano, 2004. Nella dottrina italiana, v. A. GUARNERI, *Nascita di figlio malformato, errore diagnostico del medico e regola di responsabilità civile*, cit., 849-868; V. CARBONE, *Un bambino che nasce minorato ha diritto al risarcimento per la nascita indesiderata?*, cit., 2001, 97 ss.

diritto del bambino disabile a richiedere il risarcimento per la nascita conseguente all'inadempimento dell'obbligo di informazione del medico (9).

La giurisprudenza *Perruche* fu criticata soprattutto per aver considerato la nascita un danno risarcibile (10). 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 diagnostico (11). Questa critica trovava riscontro soprattutto nella giurisprudenza del *Conseil d'État* (12). 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 2001 (13).

Il legislatore francese, con la l. 4 marzo 2002 n. 2002-303, acco-

(9) 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*".

(10) G. MÉMETEAU, *L'action de vie dommageable*, in *Sem. Jur.*, 2000, I, 2275 ss.

(11) Tra tutti, A. SÉRIAUX, "*Perruche*" et autres. *La Cour de cassation entre mystère et mystification*, in *Recueil Dalloz*, 2002, 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*".

(12) *Conseil d'Etat*, 14 febbraio 1997, in *Juris Class. Per.*, 1997, II, n. 22828, con 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.

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

gliendo 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*” (14). 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.*). La copertura di tali oneri venne, quindi, a totale carico dello Stato, in quanto essa “*relève de la solidarité nationale*”. Viene così disattivato anche il principio contenuto nella giurisprudenza Quarez (15), che aveva stabilito il risarcimento, dei genitori del disabile, delle maggiori spese per le cure e l'educazione (16).

(14) 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, 2765.

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

(16) 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*”.

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

3. Le vicende della giurisprudenza e della legislazione d’Oltralpe sono state seguite con grande interesse dalla letteratura giuridica italiana (17), fornendo un importante riferimento al dibattito sui temi della responsabilità medica.

Le soluzioni adottate sembrano ricalcare, almeno per i principi di fondo, le scelte del legislatore francese.

In primo luogo si riconosce la responsabilità del medico che non abbia posto la donna nelle condizioni di esercitare in modo consapevole il diritto di interrompere la gravidanza (18). Questa responsabilità non riguarda soltanto la donna ma anche il padre (19), come conseguenza riflessa del danno subito dalla donna, danno ingiusto perché riguardante la lesione di un diritto proprio.

Il risarcimento, come affermato dalla giurisprudenza di merito, spetta per “la lesione del diritto costituzionalmente garantito all’auto-determinazione nella scelta procreativa” (20). Per attuare detto diritto è riconosciuto un dovere del medico all’informazione, così come previsto dalle norme costituzionali nazionali (art. 32, 2° co., Cost.) e sovranazionali (art. 3, 2° co., Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea), dalla legislazione ordinaria (art. 33 l. n. 833/1978, che esclude trattamenti sanitari contro l’assenso del paziente), nonché dai codici deontologici (v. artt. 33 e 35 Codice deontologico dei medici versione 2006) (21).

In secondo luogo, non si ritiene che, in caso di errore diagnostico,

(17) In dottrina, per tutti, A. PALAZZO, *La filiazione*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da CICU, MENGONI, MESSINEO, SCHLESINGER, Milano, 2007, 109 ss.

(18) Sulla violazione del diritto all’interruzione della gravidanza v. Cass. 8 luglio 1994 n. 6464, che riguardava il caso di un intervento abortivo che, però, non aveva impedito la nascita di un figlio poi comunque nato sano.

(19) Cass. n. 6735/2002, in *Foro it.*, 2002, I, 3115, con nota di SIMONE e osservazioni di PALMIERI.

(20) App. Perugia 15 dicembre 2004, in *Foro it. Rep.*, 2005, voce *Danni civili*, 244; per un commento, v. C. GARGIONI, *Il medico, l’ospedale e una nascita indesiderata*, in *Resp. civ.*, 2005, 10, 795.

(21) Di recente lo stesso principio è stato applicato (Cass. 11 maggio 2009 n. 10741) per condannare la condotta dei sanitari, che hanno omesso di informare del pericolo dell’uso di un certo farmaco (nella specie il “Clomid”): comporta una

sussista una responsabilità del medico nei confronti del nascituro, poi nato con malformazioni (22).

Il contratto per prestazione medica viene certamente considerato più che un accordo in favore dei terzi (la disciplina codicistica si occupa soprattutto degli effetti patrimoniali), un contratto con effetti protettivi degli interessi patrimoniali e personali del terzo e cioè del nascituro (chiamato nelle letterature tedesca *Vertrage mit Schutzwirkung für Dritte*) (23).

Tuttavia, si esclude che vi sia un danno dal fatto della nascita e, quindi, non è neppure configurabile un nesso di causalità (24). Infatti, se la giurisprudenza afferma il diritto a nascere sani (e quindi ammette il risarcimento del danno nel caso di malformazioni causate dalla condotta del medico), esclude che esista un diritto “a non nascere se non sano” (25). Si tratta di un principio che viene enunciato dalla letteratura italiana sin dall’epoca delle critiche alla famosa giurisprudenza del Tribunale di Piacenza (26), che aveva riconosciuto il risarcimento al figlio nato con una malattia venerea trasmessa dai genitori (27).

responsabilità degli stessi nei confronti della madre, ma non del figlio che poi nasca con malformazioni.

(22) V. ancora A. PALAZZO, *La filiazione*, cit., 129.

(23) H. STÖLL, *Abschied von der Lehre von der positiven Vertragsverletzung*, in *Arch. civ. pr.*, 136, 1932, 257 ss.; C. CASTRONOVO, *Obblighi di protezione e tutela del terzo*, in *Jus*, 1976, 123 ss.; A. DI MAJO, *I terzi e gli effetti contrattuali: una prima riflessione comparativa*, in *Gli effetti del contratto a favore di terzi nella prospettiva storico-comparatistica*, a cura di L. VACCA, Torino, 1999, 109 ss. Il contraente ha, infatti, doveri di protezione (*Schutzpflichten*) della persona e del patrimonio di un terzo che non è parte del contratto.

(24) Trib. Brescia 13 maggio 2003, in *Danno e resp.*, 2003, 1228, con nota di S. CACACE.

(25) V. la sentenza n. 14488/2004, il par. 3.1 della parte motiva, nonché Cass. 14 luglio 2006 n. 16123, in *Foro it. Rep.*, 2006, voce *Responsabilità civile*, n. 277 e in *Giur. it.*, 2007, 1921, con nota di LUBELLI; v. anche più di recente, Trib. Pesaro 26 maggio 2008, in *Giust. civ.*, 2008, 2273, con nota di AMOROSO. Il principio viene confermato dalla giurisprudenza successiva: v., per esempio, Trib. Padova 24 ottobre 2005, con nota di C. SIANO, *Principi giurisprudenziali in materia di responsabilità medica e risarcimento del danno per nascita indesiderata di un figlio handicappato*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2006, 12, 1330.

(26) Trib. Piacenza 31 luglio 1950, in *Foro it.*, 1951, I, 987.

(27) La sentenza fu aspramente criticata da chi sostenne che non può lamentare violazione del diritto alla salute “chi, dalla stessa persona e con lo stesso atto che gli ha procurato il danno, riceve la vita” (P. RESCIGNO, *Il danno da procreazione*, in *Riv.*

Oltre che per le ragioni etiche e per la posizione che il diritto alla vita hanno nel nostro ordinamento giuridico, il diritto a non nascere sarebbe inconcepibile in quanto “adespota”: il titolare di questo presunto diritto, quando potrebbe esercitarsi, e cioè prima di nascere, non c'è sotto il profilo giuridico. Quando il soggetto viene giuridicamente ad esistenza, con la nascita, perde il diritto a non nascere (v. la sentenza Cass. n. 29 luglio 2004 n. 14488, par. 4.5).

Per sostenere tale posizione si richiama, in particolare, la l. n. 194/1978 (artt. 1, 4, 6, 7, 3° co.), che esclude l'aborto con finalità eugenetica, legando l'interruzione della gravidanza alla necessità di salvaguardare la salute psico-fisica della gestante.

Inoltre, si è ritenuto che prevedere un diritto a non nascere se non sani violerebbe il principio di solidarietà di cui all'art. 2 Cost., il principio di indisponibilità del proprio corpo (*ex art. 5 c.c.*) nonché altre disposizioni presenti nell'ordinamento, “essendo [...] il diritto del concepito a nascere, pur se con malformazioni o patologie, ad essere propriamente — anche mediante sanzioni penali — tutelato dall'ordinamento” (ancora Cass. n. 14488/2004) (28).

4. Se c'è un certo accordo sui principi di base espressi dal legislatore francese del 2002 (responsabilità medica nei confronti dei genitori; inesistenza di un diritto a non nascere, se non sano) (29), in realtà la dottrina e la giurisprudenza italiane non sono completamente convinte che la sentenza Perruche sia giuridicamente infondata, o che, comunque, le questioni da essa sollevate possano essere regolate esattamente come ha fatto la legge n. 2002-203.

dir. civ., 1956, I, 614). Inoltre, si affermava che non era lamentabile un danno inteso come perdita subita, visto che il figlio era nato con la malattia (A. DE CUPIS, *I diritti della personalità*, in *Tratt. dir. civ.*, diretto da CICU e MESSINEO, Milano, 1982, 149; *contra*, F. MASTROPAOLO, *Risarcimento del danno alla salute del concepito: responsabilità, doveri e diritti dei genitori e dei congiunti*, in *Studi in onore di Rescigno*, II, 1, Milano, 1998, 513).

(28) Per la dottrina, v. F.D. BUSNELLI, *Il diritto a nascere sani e il rovescio della medaglia: esiste un diritto a non nascere affatto*, in nota a *Cour de Cassation*, 17 novembre 2000, in *Nuova giur. comm.*, 2001, I, 213, per il quale il diritto a non nascere è inconciliabile con il valore della dignità della persona, “ove gli si attribuisca il significato pregnante che ha nel nostro sistema costituzionale, e non quello, di matrice nordamericana, coincidente con il *right to define one's own concept of existence*”.

(29) Ritiene, invece, che ci sia una certa omogeneità tra la legislazione francese e le soluzioni adottate in altri Paesi C. SIANO, *Medical malpractice e tutela del nascituro*, in *Resp. civ.*, 2009, 10, 814.

4.1. Riguardo alla responsabilità, derivante da un errore nella diagnosi prenatale, l'approccio seguito nella giurisprudenza italiana è molto diverso da quello imposto dalla legge francese.

In mancanza di una disciplina specifica, si applicano i normali principi in materia di responsabilità civile, seppure adattati al particolare rilievo costituzionale del diritto alla salute e all'importante evoluzione tecnico-scientifica della medicina.

Lo schema tradizionale della responsabilità civile ne risulta, infatti, stravolto. A cominciare dall'idea stessa di danno, che con riferimento ad un interesse patrimonialmente neutro (30), non può consistere ovviamente in una diminuzione patrimoniale da reintegrare (31).

Per quanto riguarda il nesso di causalità, esso rimane uno strumento per riferire soggettivamente una certa condotta, ma in presenza di attività tecniche particolarmente complesse, per cui non è sempre possibile accertare in modo deterministico uno stretto legame causale, il nesso tra danno e condotta viene stabilito con criteri probabilistici (32). Nella responsabilità medica viene, pertanto, utilizzata una

(30) È una espressione utilizzata da A. SASSI nelle opere in seguito citate. V., inoltre, dell'Autore, *Diritti patrimonialmente neutri*, in *Diritto e processo*, 2006-2009, 455 ss.; Id., voce *Derechos patrimonialmente neutros*, in *Diccionario Histórico Judicial de México*, a cura della Suprema Corte de Justicia de la Nación del México, Città del Messico, 2010.

(31) Come si è affermato, la giurisprudenza in materia di errori medici legati alla nascita sottolinea un nuovo paradigma nella responsabilità civile, dove si prescinde dall'idea tradizionale di danno patrimoniale e del risarcimento come reintegrazione di tale pregiudizio: "*Depuis longtemps déjà, l'existence d'une cause injuste a tendance à s'estomper, sous l'effet notamment du développement de la responsabilité sans faute; mais c'est maintenant au tour de l'exigence de réparation d'être remise en cause... Il l'est également par l'évolution précédemment évoquée de la notion de préjudice qui cesse dans certains cas d'être une perte éprouvée pour devenir, en substance, une déception. Au plaignant qui n'est pas ce qu'il aurait voulu être, le droit offre non pas une réparation, mais une compensation, sous forme à la fois monétaire et symbolique. Que l'on s'en réjouisse ou non, il y a là un " changement de paradigme " qui doit être relevé. L'objectif de remise en état, incarné par l'idéal de la réparation en nature(14), cède la place à une logique de compensation, presque de consolation*" (J.S. BORGHIETTI, *Le préjudice de vie handicapée et les nouvelles fonctions de la responsabilité civile*, in *Recueil Dalloz*, 2010, 419).

(32) G. MAITRE, *L'incertitude sur la causalité scientifique est indifférente à l'appréciation de la causalité juridique*, in *Recueil Dalloz*, 2010, 947; E. JAYAT, *Responsabilité médicale: nouvelles précisions sur le lien de causalité*, in *AJDA*, 2006, 1907. Anche nel diritto italiano si sottolinea che "in ambito penalistico [...] il nesso causale tra l'omissione di determinati interventi diagnostici o terapeutici e l'evento lesivo che il medico aveva l'obbligo di impedire, si trova ricostruito secondo un criterio proba-

nozione ampia di nesso di causalità, che attiene proprio alla sua funzione di tutela di interessi particolarmente importanti.

4.2. Nel quadro di queste considerazioni generali, si ritiene che la fattispecie dell'errore diagnostico nelle indagini prenatali possa ben ricondursi alla disciplina della responsabilità civile.

In questi casi non sorgono problemi ad identificare un danno non patrimoniale per violazione del dovere del medico all'informazione nella diagnosi prenatale (33). Questo danno non sembra puramente morale, come previsto dal diritto francese, ma va risarcito in termini più ampi. Infatti: "La tendenza prevalente è stata (...) di accogliere quella dei genitori relativamente ai danni patrimoniali, variamente intesi, ed a quelli non patrimoniali" (Cass. n. 14488/2004, par. 4.2; v. anche Cass. 6735/2002). Sotto il profilo del danno non patrimoniale, nel diritto italiano viene liquidato in favore dei genitori il danno biologico (attinente alla sfera psicofisica) ed insieme esistenziale (riguardante la realizzazione della persona) (34), che attengono, quindi, alla sfera

bilistico: secondo un criterio, cioè, che non si risolve in un mero giudizio sulla possibilità di impedire l'evento lesivo, bensì impone al giudice di verificare l'esistenza di quelle che tradizionalmente vengono definite serie ed apprezzabili probabilità che la condotta omessa avrebbe evitato l'evento lesivo" (P. SCHIATTONE, *Carenza di attrezzature e responsabilità autonoma della struttura sanitaria*, in *Resp. civ.*, 2010, 2, 101. Cfr. anche E. FIANDACA, G. MUSCO, *Diritto penale, Parte generale*, 1995, 543, nonché I. GIACONA, *Sull'accertamento del nesso di causalità tra la colposa omissione di terapia e la morte*, nota a Cass. pen., sez. IV, 12 luglio 1991, in *Foro it.*, 1992, II, 363. V. anche Cass. pen., s.u., 10 giugno 2002 n. 30328; E. MALAGOLI, *Recenti tendenze in materia di responsabilità civile del medico*, in *Resp. civ.*, 2009, 6, 490; R. PUCCELLA, *Causalità civile e probabilità: spunti per una riflessione*, in *Danno e resp.*, 2008, 1, 43; F. GREBLO, *Responsabilità medica, nesso di causalità ed applicabilità del giudizio di "probabilità logica" alla responsabilità civile*, in *Resp. civ.*, 2007, 6, 489.

(33) P. SARGOS, *Deux arrêts "historiques" en matière de responsabilité médicale générale et de responsabilité particulière liée au manquement d'un médecin à son devoir d'information*, in *Recueil Dalloz*, 2010, 1522. V. anche, sul punto, la recente *Cour de Cassation* del 3 giugno 2010 n. 09-13.591.

(34) P. CENDON, in *AA.VV.*, *Un bambino non voluto è un danno risarcibile?*, a cura di A. D'ANGELO, in *L'Alambicco del Comparatista*, collana diretta da M. LUPOI, Milano, 1999, 93 ss.; F. BILOTTA, *Il danno esistenziale: l'isola che non c'era*, in *Danno e resp.*, 2001. Sulla categoria del danno biologico e del danno esistenziale e la loro applicazione all'ipotesi della nascita indesiderata, v. Trib. Locri 6 ottobre 2000, ed il commento di M. BONA, *Mancata diagnosi di malformazioni fetali: responsabilità del medico ecografista e risarcimento del danno esistenziale da "wrongful birth"*, in *Giur. it.*, 2001, 4. In particolare, nella sentenza si osserva come possano essere diverse e contemporanee le componenti del danno non patrimoniale. Al riguardo, osserva nel

personale non patrimoniale (35). Inoltre, a differenza di quello che è stabilito nella legge francese del 2002, il risarcimento accordato in qualche modo tocca anche le maggiori spese derivanti dalla nascita: infatti, si va dal riconoscimento dei maggiori disagi dei genitori alla copertura dei costi derivanti dal mantenimento del figlio disabile (36).

Ancora, applicando le normali categorie civilistiche, si può parlare, senza forzature, di nesso di causalità tra l'errore medico e la violazione del diritto della madre di abortire nell'ambito della legge (37). È

commento M. Bona: "In realtà le categorie di danno hanno una funzione puramente descrittiva e l'interprete è libero di descrivere il pregiudizio subito dalla vittima facendo uso di più etichette, fermo restando che nel nostro ordinamento, dati gli attuali limiti che discendono dall'art. 2059 c.c., taluni colori della tavolozza non possono essere tra loro sovrapposti [...] Rimane, cioè, quanto mai valido quanto rilevato correttamente da parte della dottrina [...] ci muoviamo in un contesto di pregiudizi non patrimoniali e dunque, inevitabilmente, di risarcimento equitativo, cosicché compito del giudice sarà proprio quello di contemperare tra loro le singole voci risarcitorie onde evitare possibili duplicazioni. In altri termini, poco importa se il giudice, accanto al danno biologico, liquida anche una somma a titolo di danno esistenziale, purché le somme allocate, globalmente considerate, configurino un risultato equo e non una mera duplicazione dello stesso danno".

(35) R. DE MATTEIS, *Nascite indesiderate, interessi protetti, danni risarcibili*, in *Danno e resp.*, 1999, 10, 1031 ss. Si tratta, quindi, di un "danno conseguenza" (art. 2059 c.c.), più che un "danno evento" (art. 2043 c.c.). Cfr. C. CASTRONOVO, *Danno biologico. Un itinerario di diritto giurisprudenziale*, Milano, 1998.

(36) Per Cass. 8 luglio 1994 n. 6494 il danno risarcibile andrebbe limitato al solo pregiudizio alla salute, con esclusione della possibilità di accoglimento di qualsivoglia pretesa relativa al mantenimento del figlio indesiderato.

Dello stesso avviso sembra Cass. n. 14488/2004: il danno risarcibile è rappresentato non solo da quello dipendente dal pregiudizio alla salute fisio-psichica della donna specificamente tutelata dalla legge n. 194 del 1978, ma anche da quello più genericamente dipendente da ogni pregiudizievole conseguenza patrimoniale dell'inadempimento del sanitario, nonché del danno biologico in tutte le sue forme.

Nelle giurisprudenza di merito si stabilisce con maggiore facilità che il risarcimento copra i costi derivanti dal mantenimento del disabile. Hanno, per esempio, deciso in tal senso il Tribunale Cagliari nella sentenza del 23 febbraio 1995 (v. per un commento R. DE MATTEIS, *Nascite indesiderate, interessi protetti, danni risarcibili*, cit., 1031), il Trib. Venezia 10 settembre 2002 e il Trib. Padova, nella sentenza del 24 ottobre 2005, che ha liquidato 100.000 euro per l'adeguamento dell'abitazione alle necessità di cura ed assistenza del minore; 1.600.000 euro quali esborsi per la vita futura; 800.000 euro quale mantenimento vero e proprio del minore fino alla maggiore età; nonché altri 8.000 euro, come danno corrispondente alla riduzione dell'attività lavorativa lamentata e debitamente provata dal padre del bambino.

(37) Cfr. L. AYNÈS, *Préjudice de l'enfant né handicapé: la plainte de Job devant la Cour de cassation*, cit., 494-495.

apparso, in particolare, contraddittorio considerare la risarcibilità dell'*handicap* nel caso di un'attività commissiva e non nel caso di omissione, che sotto il profilo giuridico andrebbero considerati equivalenti (38).

4.3. Ma poi la questione del nesso di causalità è probabilmente superabile da un'altra prospettiva, così come messo in luce soprattutto nella dottrina e nella giurisprudenza italiana.

Si ritiene che il rapporto tra medico (e struttura sanitaria) sia di natura contrattuale, seppure intessuto di importanti elementi di diritto pubblico, come mostra la legislazione italiana riguardante il Servizio sanitario. Ne è una applicazione la teoria del "contatto sociale" (cfr. Cass. 22 gennaio 1999 n. 589), che ha completato il processo di "contrattualizzazione" del rapporto tra medico e paziente (39).

Come si è fatto notare, la responsabilità del medico conferma l'affievolimento della differenza tra responsabilità contrattuale e non contrattuale, per la necessità che la prestazione professionale tuteli interessi personali che eccedono lo specifico rapporto contrattuale (40). Per la responsabilità medica si adottano, ormai da tempo, criteri specifici che la pongono a metà strada tra i due tipi di illecito (41) e l'avvicinano alla responsabilità di natura contrattuale, in termini di

(38) M. FEOLA, *Essere o non essere: la Corte di Cassazione e il danno prenatale*, in *Danno e resp.*, 2005, 4, 379; cfr., sul punto, nel diritto francese M. FABRE-MAGNAN, *Avortement et responsabilité médicale*, in *Rev. trim. dr. civ.*, 2001, 286 s. e 318.

(39) La Cassazione afferma che, con l'accettazione, la casa di cura si impegna contrattualmente alla prestazione sanitaria ed ai servizi collegati (vitto, alloggio). V., per esempio Cass. 14 luglio 2004 n. 13066, in *Danno e resp.*, 2005, 537 ss., con nota di AGNINO, *Responsabilità della struttura ospedaliera: si rafforza la tutela per i "malati"*.

(40) Ciò in armonia con la disciplina comunitaria che tutela la posizione della parte debole, che è il paziente-consumatore, e che impone obblighi di protezione al medico-professionista in virtù della asimmetria informativa e dei fondamentali interessi in gioco. V., tra gli altri, C. VINCENZO, *Sviluppi ed orientamenti della responsabilità professionale medica nei confronti dell'embrione*, in *Danno e resp.*, 2000, 12, 1173. Sulla tutela degli interessi "patrimonialmente neutri" si rinvia ampiamente a A. SASSI, *Equità interessi fondamentali nel diritto privato*, Perugia, 2006, 93 ss.; ID., *La tutela civile nei contratti con prestazione medica*, in A. PALAZZO, A. SASSI, F. SCAGLIONE, *Permanenze nell'interpretazione civile*, Perugia, 2008, 377 ss.

(41) Si parla, infatti, della responsabilità medica come un sottosistema della responsabilità civile con regole caratteristiche indipendenti dalla tipologia di rapporto che si instaura tra medico e paziente: R. DE MATTEIS, *La responsabilità medica. Un sottosistema della responsabilità civile*, Padova, 1995, 21 ss.; M. ZANA, *Responsabilità medica e tutela del paziente*, Padova, 1993, 61 ss.

onere della prova degli elementi dell'illecito (colpa, danno, nesso di causalità) (42).

Ne consegue che, in base alla regola dell'art. 1218 c.c., il paziente ha l'onere di allegare l'inesattezza dell'adempimento (43) e non, invece, quello di provare la colpa medica, né, tanto meno, la sua gravità (cfr. Cass. 21 giugno 2004 n. 11488) (44). È il medico, secondo la giurisprudenza, che, in presenza di un danno alla salute, deve fornire la prova che abbia seguito in modo diligente le regole della scienza medica (art. 1176, 2° co., c.c.) (45). In questo modo ci si allontana dalla difficoltà di applicare la disciplina della responsabilità civile nella giurisprudenza Perruche, a cominciare dal già ricordato nesso di causalità. In realtà, la stessa letteratura francese conosce e applica lo schema del contratto con effetti protettivi e quindi la *Cour de Cassation* avrebbe potuto decidere il caso nell'ambito della disciplina della responsabilità contrattuale (46).

4.4. Numerosi dubbi sono espressi con riferimento anche alla questione più delicata e cioè al divieto per la persona, nata con malformazioni, ad agire contro il medico che abbia commesso un errore diagnostico.

Non sembra destare problemi la circostanza che il comportamento negligente sia avvenuto prima della nascita del danneggiato (47). La

(42) V. l'analisi di M. ROSSETTI, *Errore, complicità e fatalità: gli incerti confini della responsabilità civile in ostetricia e ginecologia*, in *Danno e resp.*, 2001, 1, 12.

(43) In generale, per le prestazioni mediche questo principio è affermato, per esempio, da Cass. 4 marzo 2004 n. 4400, in *Foro it.*, 2004, I, 1403.

(44) In precedenza, per affermare la responsabilità medica, si richiedeva di dimostrare sussistessero le condizioni di cui all'art. 6 l. 194 del 1978: v. Cass. 24 marzo 1999 n. 2793, in *Foro it.*, 1999, I, 1804, con nota di PALMIERI, e in *Danno e resp.*, 1999, 766, con nota di GORGONI; v. anche Cass. 1 dicembre 1998 n. 12195, in *Foro it.*, 1999, I, 77, con nota di PALMIERI; sulla sentenza v. anche E. FILOGRANA, "Se avessi potuto scegliere ...": la diagnosi prenatale e il diritto all'autodeterminazione, in *Danno e resp.*, 1999, 5, 522. Questa posizione appare superata a partire dalla citata sentenza della Cassazione n. 6735 del 2002.

(45) C. SIANO, *Principi giurisprudenziali in materia di responsabilità medica e risarcimento del danno per nascita indesiderata di un figlio handicappato*, cit.

(46) C. PONCIBÒ, *La nascita indesiderata tra Italia e Francia*, in *Giur. it.*, 2003, 5. Nel diritto francese si sta progressivamente attenuando il principio di relatività dei contratti di cui all'art. 1165 *code civil*. Cfr. la giurisprudenza riconosce ai terzi il diritto di richiedere che l'esecuzione del contratti sia difettosa (v. le sentenze *Cour de cassation* 18 luglio 2000 e 15 dicembre 1998).

(47) V., per esempio, Cass. pen., sez. IV, 13 novembre 2000, in *Corr. giur.*, n.

giurisprudenza riconosce, da tempo, i diritti patrimoniali (48) e, più di recente, i diritti non patrimoniali (49) del nascituro, che possono domandarsi dalla nascita in coerenza con l'art. 1 c.c.

Per quanto riguarda il problema del danno risarcibile, negli ultimi anni si afferma che l'interesse ad una procreazione responsabile deve poter riguardare anche il nascituro. Proprio gli effetti protettivi del rapporto tra medico e gestante anche sul nascituro (50) farebbero ritenere quest'ultimo come titolare del diritto ad agire per il risarcimento contro l'errata diagnosi prenatale. Inoltre, si fa notare che appare paradossale riconoscere tale diritto al padre, per esempio, e non al figlio (51).

Riguardo ai problemi etici, qualcuno osserva che la questione è mal posta, e non si tratta di decidere tra l'essere e il non essere, oppure di considerare la vita come danno in sé.

Si può formulare diversamente il problema, partendo dalla constatazione che insieme al dono della vita, la persona ha anche acquistato una situazione esistenziale per diversi aspetti problematica (52). Non è raro nel mondo del diritto che, in generale, l'acquisto di un diritto o comunque la soddisfazione di un interesse, può comportare effetti negativi, senza che questo metta in dubbio il valore di quel diritto o di quell'interesse e senza che questo escluda il dovere di eliminare o attenuare tali effetti (53).

Come si è infatti scritto, "*Une personne atteinte de handicap congénital n'était plus considérée comme un être dont le préjudice, celui d'exister, aurait dû être prévenu par une médecine vigilante*"; egli,

3/2001, 348 ss., con nota di P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Il danno morale al concepito, ovvero il "già e non ancora" nella responsabilità civile*, 356 ss.

(48) Corte conti, sez. riun., 19 febbraio 1957 n. 51, in *Rep. Foro it.*, 1957, voce *Pensione*, 64 e in *Giur. it.*, 1957, III, 203 ss., che riconobbe il diritto alla pensione di guerra ad un soggetto la cui infermità era direttamente riferibile agli eventi bellici durante il periodo di gestazione.

(49) V. Cass. 22 novembre 1993 n. 11503, in *Giur. it.*, 1994, I, 1, 557 s. e, più di recente, Cass. 11 maggio 2009 n. 10741.

(50) V. la già citata Cass. n. 11503 del 1993.

(51) G. FACCI, *Wrongful life: a chi spetta il risarcimento del danno?*, in *Fam. dir.*, 2004, 6, 559.

(52) P.G. MONATERI, "*La marque de Caïn*". *La vita sbagliata, la vita indesiderata, e le reazioni del comparatista al distillato dell'alambicco*, in *Un bambino non voluto è un danno risarcibile?*, a cura di A. D'ANGELO, Milano, 1999, 298.

(53) E. FILOGRANA, "*Se avessi potuto scegliere ...*": *la diagnosi prenatale e il diritto all'autodeterminazione*, cit.

tuttavia, è « *comme l'un de nos semblables, qui a droit, du fait de sa vulnérabilité, à une attention spéciale de la part de la société* » (54). La vita di una persona disabile richiede presumibilmente maggiori attenzioni, che si traducono in costi maggiori (55). Se tali costi sono una conseguenza della condotta colpevole del medico, quest'ultimo potrebbe essere chiamato a risarcirli, al pari di quello che accade per i genitori. Inoltre, si critica l'opinione per cui il minore non potrebbe agire per il risarcimento del danno, in quanto "Ammettere il risarcimento del danno anche nei confronti del minore, sarebbe indubbiamente più conforme rispetto alla funzione riparatoria e solidaristica svolta dalla responsabilità civile" (56).

Anche in giurisprudenza sulla questione vi sono alcuni segnali di un possibile cambiamento di rotta (57), analogamente a quanto accaduto, oltre che nella giurisprudenza francese, anche in Germania (58).

5. La decisione del *Conseil Constitutionnel* non dà atto dell'articolato dibattito nazionale ed europeo e afferma, senza molte difficoltà apparenti, la compatibilità costituzionale della legge del 2002 e della sua trasposizione nel *Code de l'Action sociale*.

L'argomento assorbente utilizzato dal giudice costituzionale è che

(54) P. VERSPIEREN, *Naître n'est plus un préjudice*, in *Études*, 2002/4, t. 396, 437-442.

(55) R. DE MATTEIS, *Wrongful life: problemi e falsi dilemmi*, in *Giur. it.*, 2003, 5.

(56) G. FACCI, *Il danno da vita indesiderata*, in *Resp. civ.*, 2005, 3, 254.

(57) Cfr. F. DI CIOMMO, *Giurisprudenza-normativa e "diritto a non nascere se non sano". La Corte di Cassazione in vena di revirement?*, in *Danno e resp.*, 2010, 2, 144.

(58) In Germania si segnala la Corte Costituzionale della Repubblica federale tedesca (*Bundesverfassungsgericht*, *BVerfG*) che, nel 1997 (*BVerfG*), sez. I, sentenza del 12 novembre 1997, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 1998, 519, in *Danno e resp.*, 1998, 419, con nota di BRUNETTA D'USSEAU, *Obbligo di mantenimento in seguito a sterilizzazione non riuscita o ad inesatta consulenza genetica*, ha ritenuto non in contrasto con la *Grundgesetz* (l'art. I, 1) la giurisprudenza che stabiliva l'obbligo di mantenimento per sterilizzazione fallita ed errata consulenza genetica prima del concepimento. In ciò si confermava la giurisprudenza del BGH a partire dagli anni '80 del secolo scorso.

Tale sentenza appare contraria alla precedente del 28 maggio 1993 (*Bundesverfassungsgericht*, sez. II, sentenza del 28 maggio 1993, in *Juristenzeitung*, 1993, 816, con commento di STARCK; C. AMATO, *L'intervento della Corte Costituzionale tedesca in tema di aborto: l'obbligo giuridico di portare a termine la gravidanza*, in *Riv. dir. civ.*, 1994, 617, specie 623), che aveva rifiutato il risarcimento per l'obbligo di mantenimento, in quanto la qualificazione giuridica della nascita come fonte di danno era contraria alla Legge fondamentale. Sull'interpretazione della giurisprudenza tedesca, v. G. FISCHER, *Nuovi sviluppi in tema di responsabilità civile del medico in Germania*, in *Danno e resp.*, 2001, 4, 358.

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 delicati (59).

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 rischio (60).

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

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

(59) 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, 96.

(60) 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.

legislatore può stabilire le modalità di esercizio ed i limiti dei diritti del danneggiato (61), per ragioni di interesse generale (62), se ciò non sia “*disproportionné*” (par. 11) (63). 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.

Fin qui la sentenza, che conferma la scelta del legislatore, riconoscendo la costituzionalità della legge in esame, ma suscitando anche diverse perplessità.

Innanzitutto sulla ragionevolezza della scelta legislativa, sulla quale si regge la motivazione del giudice costituzionale.

Riguardo alle difficoltà di natura tecnica, esse non sono esclusive della diagnostica prenatale, ma possono riferirsi all’attività diagnostica e a quella medica più in generale. Il che non è certo motivo per stabilire una forte limitazione della responsabilità dei medici in questa o quella questione particolarmente difficile. La condotta del professionista (e della struttura sanitaria) verrà giudicata colpevole, tenendo conto del paradigma della scienza medica al momento applicato e anche delle difficoltà tecniche nello stabilire lo stato di salute del feto. Non è corretto affermare, come fa il *Conseil*, che il legislatore francese “*a exclu que cette faute puisse être présumée ou déduite de simples présomptions*” (par. 12 della decisione in commento); in realtà, si sono derogate le ordinarie regole in materia di responsabilità dei professionisti.

Nel caso in cui il medico si comporti in modo diligente e utilizzi in maniera appropriata la strumentazione diagnostica, la mancata osservazione di una malformazione prenatale, applicando l’ordinaria disciplina della responsabilità civile, non può certo imputarsi alla sua condotta. Stesse considerazioni possono formularsi a proposito dell’incertezza sotto il profilo giuridico, sociale e morale del contesto in cui è chiamato ad operare lo specialista in medicina prenatale. Da una tale incertezza, che è, più o meno, comune a moltissime attività umane, non discende

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

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

(63) 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 gennaio 17 janvier 1989.

automaticamente la necessità di esentare gli operatori dalla 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 possibile.

Come, per esempio, si è sostenuto, si sarebbero potuti correggere gli effetti sulle polizze assicurative attraverso un intervento dello Stato per rimborsare la "componente Perruche" agli assicuratori. Con ciò evitando, nel contempo, il pericolo che gli specialisti non abbiano sufficienti stimoli al miglioramento delle tecniche di diagnosi (64).

Anche la scelta di limitare la responsabilità nei confronti dei genitori è apparsa criticabile. La risposta del legislatore è sembrata eccessiva.

Pure chi sostiene la legittimità della disposizione che esclude che la nascita di per sé non costituisce un danno, non trova ragionevole "intervenire a limitare la responsabilità del medico nei confronti dei genitori, allorché sia la giurisprudenza ordinaria che quella amministrativa avevano espresso una posizione unanime su questo punto" (65). Sarebbe, in effetti, opportuno che la valutazione dei danni venga compiuta, di volta in volta, dal giudice, come accade nell'esperienza italiana, dove soprattutto i giudici di legittimità sono poco inclini ad ammettere risarcimenti sproporzionati nei casi di errore diagnostico.

Inoltre, la previsione di una colpa *caractérisée*, concetto fino a quel momento sconosciuto per il diritto civile, appare derogatoria della disciplina generale che si applica agli altri medici in altre fattispecie. Contrariamente a quello che afferma il *Conseil* (par. 12 della decisione), la colpa qualificata prevista dalla legge è spesso confusa con la "faute

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

(65) C. SIANO, *Diagnosi prenatale e responsabilità del medico. L'esperienza italiana e francese*, in *Fam. dir.*, 2006, 1, 99 e la dottrina ivi citata; in particolare J.M. DE FORGES, *Handicap congénital: le dispositif anti-Perruche*, in *RD sanit. soc.* 38(2), 2002, 645.

lourde" (66), e questo è percepito come un passo indietro rispetto all'applicazione della responsabilità civile agli errori medici (67).

Il pericolo che la disciplina crei una deroga irragionevole dei principi della responsabilità è concreta, se persino la dottrina più critica con la giurisprudenza Perruche afferma che la normativa del 2002 attribuisce un vero e proprio "privilegio" alla classe medica che va interpretata in modo restrittivo, per non costituire una eccezione assoluta alla disciplina della responsabilità civile (68).

Queste e altre osservazioni sembrano mettere in dubbio che la norma speciale risponda effettivamente ad un interesse generale. In effetti, a qualcuno era parso che molte delle critiche alla giurisprudenza Perruche fossero essenzialmente di natura metagiuridica (69) e per questo non completamente giustificate (70).

La legge del 2002, inoltre, ha suscitato forti perplessità per aver risolto in modo demagogico e affrettato una questione tanto delicata (71).

Ma la stessa sentenza del *Conseil* dell'11 giugno 2010, paradossal-

(66) Anche se, nella pratica, la dottrina ritiene che l'espressione utilizzata dal legislatore fa riferimento alla colpa grave: v. S. BOUSSARD, *La faute caractérisée, l'absence de diagnostic prénatal et le défaut d'information*, in *AJDA*, 2005, 1691. Tra gli esempi di colpa caratterizzata si cita il caso dello scambio di referti tra due pazienti (M. DEGUERGUE, *Une faute caractérisée ouvre droit à réparation des préjudices propres subis par les parents d'un enfant handicapé*, *ibidem*, 2003, 854).

(67) Cfr. *Conseil d'État* 10 aprile 1992, M.et M.me V., in *JCP*, 1992, II, 21881, con nota di MOREAU; in *Resp. civ. et assur.*, 1992, 197 e in *D.*, 1993, 146, osservazioni di BON e TERNEYRE.

(68) A. SÉRIAUX, *Diagnostic préconceptionnel et handicap de l'enfant: encore la responsabilité du médecin*, in *Recueil Dalloz*, 2004, 983.

(69) M. GOBERT, *La Cour de cassation méritait-elle le pilori?*, in *Petites aff.*, 8 dicembre 2000, 4.

(70) G. VINEY, *Brèves remarques à propos d'un arrêt qui affecte l'image de la justice dans l'opinion*, in *Sem. jur.*, 2001, I, 286, 65 s.; C. RADÉ, *Etre ou ne pas naître? Telle n'est pas la question! (Premières réflexions après l'arrêt Perruche)*, in *Resp. civ. ass.*, gennaio 2001, 4; P. JOURDAIN, *Réflexions sur un malentendu*, in *Rec. Dalloz*, 2001; in *Jur. comm.*, 336; J.L. AUBERT, *Indemnisation d'une existence handicapée qui, selon le choix de la mère, n'aurait pas dû être (à propos de l'arrêt de l'Assemblée plénière du 17 novembre 2000)*, in *Rec. Dalloz*, 2001, *Chron.*, 489 ss.; B. MARKESINIS, *Réflexions d'un comparatiste anglais sur et à partir de l'arrêt Perruche*, in *Rev. trim. dr. civ.*, 2001, 77 ss.

(71) Si parla di carattere demagogico (P. JOURDAIN, *Point de vue*, in *Dalloz*, 2002, 891), della sua parzialità (A. CHOUX, *Point de vue*, *ibidem*, 1212), di inopportunità (F. DREIFUSS-NETTER, *Petites affiches*, 2002, n. 122, 101 s.), di contrarietà alle norme costituzionali (F. DREIFUSS-NETTER, *Petites affiches*, 2002, cit.) o sovranazionali (M.-E. BOURSIER, *Petites affiches* 2002, n. 108, 4 s.).

mente, rafforza i dubbi sulla legittimità costituzionale della legge n. 2002-203, o, comunque, sull'opportunità di utilizzare detta legge come riferimento anche in altri ordinamenti.

6. 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 n. 2005-102.

La questione potrebbe apparire di secondaria importanza, rispetto al complessivo giudizio di costituzionalità.

In realtà, la sentenza del *Conseil Constitutionnel* è stata provocata proprio da una vicenda giudiziaria riguardante l'applicazione retroattiva della disciplina "anti-Perruche".

La retroattività della legge n. 2002-203 è stata una questione ricorrente nella giurisprudenza degli anni successivi alla modifica legislativa, fino ad approdare alla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo (d'ora in poi "CEDU"), che se ne è occupata in almeno due sentenze: la n. 11810/03, caso Maurice contro Francia (72), e la n. 1513/03, caso Draon contro Francia, ambedue del 6 ottobre 2005 (73).

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 un accordo sull'ammontare del risarcimento, liquidato secondo la già citata giurisprudenza Quarez.

La nuova legge modifica radicalmente la situazione precedente e, come si è detto all'inizio, riduce fortemente le conseguenze negative per il medico.

Di fronte a questa differenza tra la situazione prima e dopo l'entrata in vigore della legge, la CEDU osserva che, in linea di principio, il legislatore può intervenire in modo reattivo nella legislazione civile (74).

(72) In *AJDA*, 2005, 1924; in *RTD civ.*, 2005, 743; in *Dr. fam.*, 2005, comm. 258, con osservaz. di C. RADÉ; in *JCP*, 2006, II, 10061, con nota di A. ZOLLINGER.

(73) 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, 798.

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

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 (par. 91) 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”*.

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 CEDU conclude così che la legislazione francese contrasta con l'art. 1 del Protocollo addizionale alla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, 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 un principio di diritto, come quello individuato dalla giurisprudenza.

Negli anni scorsi la giurisprudenza superiore francese aveva già

accolto il principio enunciato dalla CEDU (75), così da limitare, almeno temporalmente, l'applicazione della legge del 2002.

Soprattutto la *Cour de Cassation* aveva stabilito che detto principio andava comunque applicato alle ipotesi sorte prima dell'entrata in vigore della legge, anche se la controversia fosse stata promossa dopo (76). 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 concepimento (77).

La decisione del *Conseil*, nella sostanza, si conforma alla giurisprudenza CEDU (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. 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 n. 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.

(75) 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, 325.

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

(77) V. la *Cour administrative d'appel de Paris*, 24 giugno 2003 n. 98PA03275, in *AJDA*, 2003, 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 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*".

Si può prevedere che la questione della retroattività susciterà ancora problemi applicativi e controversie.

7. La decisione del *Conseil Constitutionnel* e soprattutto la giurisprudenza della CEDU suscitano riflessioni sulla legge n. 2002-203 che vanno al di là del tema della retroattività.

7.1. Lo stesso giudice costituzionale francese finisce per riconoscere che la legge "anti-Perruche" comporta una compressione di diritti che prima evidentemente esistevano e non erano incompatibili con l'ordinamento giuridico.

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, come si è cercato di dimostrare nei paragrafi precedenti.

Ma i dubbi maggiori sulla ragionevolezza di tali limiti provengono dalla giurisprudenza della CEDU, che mette in evidenza la forte disparità di trattamento tra la situazione precedente e quella successiva alla legge (78). Una tale disparità, afferma la Corte, va considerata sproporzionata, anche se rispondesse all'interesse generale (v. par. n. 86 s. sentenza n. 11810/03).

Richiamando la propria interpretazione, infatti, la CEDU sostiene che una limitazione del diritto sui beni è ammissibile soltanto per la salvaguardia di diritti fondamentali della persona (79). Inoltre, la esclu-

(78) 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, 512.

(79) Tra le altre, CEDU, *Sporrong et Lönnroth contro Svezia*, sent. 23 settembre 1982, serie A n. 52, 26, par. 69.

sione o riduzione dell'indennizzo derivante dalla compressione del diritto sui beni deve ammettersi soltanto in casi eccezionali (80).

La Corte evita di affrontare la questione della esistenza di un interesse generale per la emanazione della legge del 2002, ma, comunque, non ravvisa diritti fondamentali o ipotesi eccezionali per 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 CEDU 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.

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

Le sentenze del giudice europeo esaminano il sistema delle prestazioni sociali previste per i disabili dal legislatore francese (par. 53 ss. sentenza n. 11810/03). 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 n. 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 disabili (81).

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

(81) 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*

Il *Code de l'action sociale* parte da una definizione di *handicap* che prescindere dalla causa e dalla tipologia (82). Questa definizione è dotata del carattere della universalità, che si riscontra in tutta la legislazione moderna (83).

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. L114-1, 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. L245-1 ss. *Code act.soc.*, che mira a soddisfare le diverse esigenze della vita delle persone (art. L114-1-1, 2° all., *Code act.soc.*) (84) e che si

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, 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).

(82) 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*”.

(83) 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).

(84) 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*”.

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, all'alloggio, al trasporto e all'uso di veicoli, agli aiuti alimentari e ad altri acquisti (art. L 245-3 *Code act.soc.*). Essa è generalmente pagata mensilmente.

La CEDU 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* (85), ritenendo che occorre ragionare con più accuratezza e definire meglio le tecniche con cui la collettività si sarebbe occupata dei disabili (86).

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 CEDU, ed in qualche misura anche la decisione del *Conseil*, portano argomenti alle critiche all'impianto generale della "anti-Perruche", non soltanto alla sua disciplina transitoria; critiche che potrebbero portare a nuove censure in sede nazionale e sovranazionale.

8. La giurisprudenza CEDU 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'uomo (87). Lo Stato deve approntare gli stru-

(85) C. RADÉ, *Retour sur le phénomène Perruche: vrai enjeux et faux-semblants*, in *Etudes à la mémoire de Christian Lapoyade-Deschamps*, Bordeaux, 2003, 231.

(86) Cfr. J. SAISON, *Dignostic préconceptional et bandicap de l'enfant: encore la responsabilité du médecin*, in *Recueil Dalloz*, 2004, n. 14, 984.

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

menti legali e amministrativi in modo che tutelati diritti siano attuati non solo in modo statico, mediante il riconoscimento, ma anche mediante la loro realizzazione attiva (88).

Se si legge la giurisprudenza nei casi Maurice e Draon insieme con quella in materia di prestazioni sociali (89), si comprende come per il giudice sovranazionale la tutela dei disabili è un obbligo degli Stati, ai quali corrisponde una situazione giuridica soggettiva attiva (90), che è di natura "fondamentale". Il che significa 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) (91). 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 generale (92), l'equilibrio di bilancio (93),

(88) 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 in *Foro it.*, 1999, IV, 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.

(89) 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, 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*, *ibidem*).

(90) Si parla esplicitamente di diritti soggettivi, oltre che nel diritto francese, anche negli altri ordinamenti. Si pensi alla legge spagnola *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 territoriali « Sono tenuti [...] a consentire l'esercizio del diritto soggettivo a beneficiare delle prestazioni economiche » previste dalla legge.

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

(92) 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-*

le politiche sull'immigrazione (94), e così via. Tali diritti fondamentali rappresentano un limite inderogabile alla discrezionalità del legislatore e della pubblica Amministrazione (95).

Questa giurisprudenza trova importanti conferme nelle sentenze della Corte di giustizia (96) dell'Unione europea e di una buona parte dei giudici nazionali (97).

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) (98). Tale principio è fissato inequivocabilmente nelle Costituzioni nazionali (si pensi all'art. 2 Cost. italiana) e, in Europa, nei Trattati (99) e nella Carta dei diritti fondamentali (100), e nella legisla-

Zraggen/Svizzera (CEDU, sent. 24 giugno 1993, *Schuler-Zraggen/Svizzera*, in *Racc.*, 1993, Serie A, 263, 17).

(93) V., per es., la giurisprudenza della Corte Costituzionale italiana sulle misure in tema di 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*).

(94) V. la giurisprudenza che dichiara l'incostituzionalità di norme che riconoscono il diritto solo ai cittadini italiani: per es., Corte cost. 2 dicembre 2005 n. 432, in *Giur. it.*, 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.

(95) 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, 531 ss.

(96) 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.

(97) V., per es., la giurisprudenza citata nelle note precedenti.

(98) 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. Studi in onore di Antonio Palazzo*, Torino, 2009, vol. I, *Fondamenti etici e processo*, 165-237; Id., *La solidarietà giuridica tra pubblico e privato*, Perugia, 2010.

(99) 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).

(100) Nel Preambolo è scritto che: "Consapevole del suo patrimonio spirituale

zione ordinaria, quale, appunto, il *Code de l'Action sociale* francese (101). 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) (102), quanto di utilizzare uno strumento volto a realizzare gli scopi del diritto privato (103).

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.

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

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 ss.).

(101) Per un commento su come la legge n. 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, 1217.

(102) 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).

(103) Anche in sistemi giuridici non costituzionali la responsabilità civile e le 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.

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 cura (104).

Un ordinamento che correttamente applica il principio di solidarietà non sembra, questo emerge dalla giurisprudenza CEDU, 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 emerge dalla giurisprudenza della CEDU, 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, 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 sangue (v. rispettivamente Corte cost. 22 giugno 1990 n. 307; Corte cost. 22 giugno 2000 n. 226, in www.cortecostituzionale.it). In questi casi si è stabilita una "socializzazione" del risarcimento (105), obbligando lo

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

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

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" (Corte cost. 226/2000 citata, par. 3). 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.

ROBERTO CIPPITANI