



ASPETTI PROBLEMATICI DELL' INTERPRETAZIONE E CONCRETIZZAZIONE DELLE NORME COSTITUZIONALI DA PARTE DEL GIUDICE DELLA NOMOFILACHIA.

Qualche riflessione problematica a margine di Cassazione (sez. III civile) n.

2.10.2012, n. 16754.

di

Vincenzo Baldini¹

SOMMARIO: 1. Premessa: la concretizzazione come *species* dell' interpretazione costituzionale. – 2. L'inesistenza formale di un diritto a non nascere se non sano secondo la Cassazione... – 3. Il metodo interpretativo nel *revirement* della Cassazione in tema di risarcimento del danno del minore malformato – 4. Metodo" interpretativo e concretizzazione costituzionale: le "zone d'ombra" dell' argomentazione giurisprudenziale. – 5. Profili critici nel ricorso al metodo pragmatico per la concretizzazione di principi e diritti costituzionali. – 6. Conclusioni.

1. Premessa: la concretizzazione come *species* dell' interpretazione costituzionale.

Qualche tempo fa dalle pagine di un quotidiano, Francesco Paolo Casavola² offriva un primo commento critico alla sentenza della II sezione CEDU del 28 agosto, sulla legge n. 40 del 19 febbraio 2004, che aveva censurato il divieto del ricorso alla diagnosi pre-impianto rilevando, nella specie, una sorta di antinomia tra la previsione di tale divieto e la regolamentazione in via legislativa (l.n. 194/78) dell' aborto. Tanto, secondo la Corte di Strasburgo, rappresenterebbe una sorta di contraddizione giuridica tra la tutela degli interessi menzionati dal Governo (salute

¹ Ordinario di Diritto Costituzionale, Università degli Studi di Cassino e del Lazio Meridionale.

² F. P. CASAVOLA, *Embrioni in vitro, il ruolo dei giudici*, in *Il Mattino* del 1. 12. 2012.

del «bambino» e della donna, per un verso, dignità e libertà di coscienza delle professioni mediche, nonché interesse ad evitare il rischio di derive eugeniche, per altro verso); e la legittima possibilità offerta ai ricorrenti di procedere ad aborto terapeutico qualora il feto risultasse malato³. Le conseguenze di un tale assetto regolativo sul diritto al rispetto della vita privata e familiare dei ricorrenti sono state, pertanto, ritenute gravi dalla Corte E.D.U.: infatti, per tutelare il loro diritto a mettere al mondo un figlio sano o, comunque, non affetto dalla stessa malattia di cui gli stessi ricorrenti risultavano essere portatori sani, l'unica possibilità offerta dall'ordinamento sarebbe stata quella, per la madre, di iniziare una gravidanza naturale e procedere poi all'aborto terapeutico se l'esame prenatale avesse confermato la trasmissione della malattia anche al feto⁴. Il nucleo forte della pronuncia della Corte di Strasburgo avrebbe potuto individuarsi, quindi, nella prefigurazione dell'esistenza di un diritto dei genitori ad avere un figlio sano, cui farebbe da *pendant* il diritto della madre, in caso di malformazioni del feto, di ricorrere all'aborto terapeutico.

Le considerazioni critiche formulate da Casavola sulla pronuncia *de qua* si imputavano essenzialmente sul fatto che le argomentazioni addotte dal giudice europeo, per quanto convincenti “sul piano di considerazioni generali di logica e di umanità” tuttavia finivano di fatto per “di accrescere la serie aperta dei diritti umani con il nuovo diritto a non nascere se non sani...”⁵.

³ Del resto, a detta della stessa Corte, il Governo italiano avrebbe inoltre mancato di spiegare in quale misura possa ritenersi escluso il rischio di derive eugenetiche e/o di lesione della dignità e libertà di coscienza delle professioni mediche nel caso di ricorso legittimo all'interruzione volontaria di gravidanza. In effetti, rilevano i giudici di Strasburgo come il sistema legislativo italiano manchi di coerenza in materia, in quanto, se vieta l'impianto limitato ai soli embrioni non affetti dalla malattia di cui i ricorrenti risultano portatori sani, d'altro verso autorizza i ricorrenti ad abortire un feto affetto dalla loro stessa patologia.

⁴ Peraltro, gli stessi ricorrenti avevano già proceduto una volta all'interruzione medica di gravidanza per tale motivo, nel mese di febbraio del 2010.

⁵ F. P. CASAVOLA, *Embrioni in vitro, il ruolo dei giudici*, cit. che peraltro non manca di ribadire la natura del diritto quale “prodotto storico di una società”, delle sue istituzioni, della sua cultura, così che una Corte esterna, sia pure dei diritti umani, non può non avvertire il sostanziale e profondo radicamento della fattispecie concreta da giudicare “nelle culture nazionali”.

2. *L' inesistenza formale di un diritto a non nascere se non sano secondo la Cassazione...*

La questione principale sollevata dalle considerazioni di Franco Casavola riguardava principalmente la (critica) prefigurazione da parte della Corte EDU di un "nuovo" diritto fondamentale (a non nascere se non sani) che appariva nondimeno poco integrato, se non proprio in distonia, con il contesto dei valori, di cui la Costituzione italiana si rende portatrice.

In effetti, la giuridica esistenza di un diritto a non nascere se non sano ha trovato un reciso disconoscimento anche in una recente decisione della Corte di Cassazione, con cui quest' ultima ribaltando i propri precedenti, pure ha ammesso la legittimazione del minore nato affetto da sindrome di Down ad esercitare in proprio l' azione di risarcimento del danno nei confronti del medico, il quale non aveva informato la gestante circa l' esistenza di ogni possibile mezzo per accertare lo stato di salute del feto durante la gravidanza.

Tale decisione suggella una chiara discontinuità rispetto ad un' indirizzo giurisprudenziale pregresso, in cui pur ammettendosi il *vulnus* del diritto alla pretesa risarcitoria avanzata *iure proprio* dal minore nato con gravi malformazioni, in conseguenza del danno derivante a causa di una non corretta informazione ai genitori resa dal medico curante ⁶, si precisava come tale *vulnus* non trovasse un congruo fondamento giuridico, in assenza di un presupposto normativo. In ogni caso, la Cassazione precisava che nessuna pretesa risarcitoria avrebbe potuto

⁶Nel caso di specie, si trattava di una domanda di risarcimento del danno da parte di coniugi, entrambi affetti beta talassemia eterozigote, nei confronti del medico, sul presupposto che a causa di un errore diagnostico non erano stati informati dei rischi che avrebbe potuto correre la figlia nascitura, rischi che si erano concretati nella nascita della figlia affetta da talassemia *maior*. La Cassazione, confermando il giudicato di appello, accoglieva la domanda dei genitori ma rigettava quella della figlia minore, precisando che per la tutela di quest' ultima pretesa risarcitoria mancasse il necessario sostegno normativo (Cass. sent. n. 589/1999). "La Corte – si legge in sentenza – si rende conto che la decisione adottata comporta un *vulnus* ai diritti delle due minori [i genitori agivano anche per conto della sorella, ancora minore, dell'ultima nata], ma ritiene che la soluzione positiva di casi come quello di specie non possa essere ricercata nella elaborazione giurisprudenziale ove manchi il supporto indispensabile di una normativa che la consenta".

validamente fondarsi su un preteso diritto a non nascere se non sano⁷, diritto che, se portato ad effetto, avrebbe conseguentemente determinato l'inesistenza del soggetto titolare, legittimato ad esercitarlo.

In un'altra decisione (Cassazione civile sez. III 29 luglio 2004 n. 14488) lo stesso giudice ribadiva l'orientamento inteso a smentire l'esistenza di un diritto a non nascere se non sano, evidenziando, tra l'altro, come l'ordinamento giuridico appresti una tutela giuridica in favore del concepito e protegga l'evoluzione della gravidanza esclusivamente verso la nascita, nella forma di un "diritto a nascere" e a "nascere sani" inteso nella sua positiva accezione, come prefigurazione dell'esistenza di una responsabilità contrattuale o extracontrattuale, in quanto nessuno può procurare al nascituro lesioni o malattie (con comportamento omissivo o commissivo colposo o doloso). Sotto il profilo pubblicistico, il diritto a nascere sano implica la predisposizione di istituti normativi e strutture di tutela, cura e assistenza della maternità. Diversamente, la previsione di un "diritto a non nascere" o a "non nascere se non sano" finirebbe per porsi in una diretta relazione con il ricorso a pratiche di aborto "eugenetico", il quale invece, non trova alcun

⁷ La Cassazione rileva, in particolare, come tale diritto sarebbe nel nostro ordinamento adespota, in considerazione del fatto che la capacità giuridica si acquista al momento della nascita e che quelle norme che pur riconoscono diritti al concepito li subordinano comunque all'evento della nascita. Un siffatto diritto, del resto, potrebbe avere un titolare solo in caso di una sua violazione, visto che la sua tutela consisterebbe, infatti, nella soppressione dell'"avente diritto". La Cassazione, rileva, ancora, come il riconoscimento di un diritto a non nascere si troverebbe in uno stridente contrasto con la normativa vigente sulla tutela della maternità, *in primis* con la l. n.194/78, che detta "norme per la tutela sociale della maternità", oltre che "sull'interruzione volontaria della gravidanza". In particolare, si determinerebbe il paradosso per cui, in presenza di accertate malformazioni o sofferenze del feto, la madre, a garanzia di un siffatto diritto sarebbe obbligata a procedere all'interruzione di gravidanza, per sottrarsi ad una responsabilità giuridica (civile e/o penale) verso il nascituro, dopo la sua nascita. "Diritto a nascere sani", per la S. C. poteva solo significare, "sotto il profilo privatistico della responsabilità contrattuale, extracontrattuale, e da "contatto sociale" che nessuno può procurare al nascituro "lesioni o malattie (con comportamento omissivo o commissivo colposo o doloso)" mentre, sotto il profilo *lato sensu* pubblicistico esso richiede la predisposizione di "quegli istituti normativi o quelle strutture di tutela, di cura ed assistenza della maternità, idonei a garantire, nell'ambito delle umane possibilità, la nascita sana", non certo alludeva al fatto che un feto, che presentasse gravi anomalie genetiche non dovesse essere lasciato nascere (cfr. Cass. n. 589/1999).

fondamento giuridico nella l. n. 194/78 in materia di interruzione volontaria di gravidanza. Siffatta pratica, al di fuori delle ipotesi di cui agli art. 4 e 6 di tale legge, oltre a risultare in contrasto con i principi di solidarietà, di cui all'art. 2 Cost., e di indisponibilità del proprio corpo (ex art. 5 c.c.), viene infatti ad integrare un'ipotesi di reato a carico della stessa gestante (art. 19 legge n. 194 del 1978), essendo dallo stesso ordinamento statale, anche con sanzioni penali, tutelato il diritto del concepito a nascere, pur se con malformazioni o patologie.

Seguendo tale linea argomentativa, dunque, la Cassazione aveva congruamente motivato circa l'inesistenza di una legittimazione del minore malformato a far valere la condizione di essere egli affetto da malformazioni congenite come un proprio danno da inadempimento contrattuale, per non essere stata la madre, a causa di un difetto d'informazione, messa nella condizione di tutelare il di lei diritto alla salute facendo ricorso all'aborto legale, ovvero di altrimenti avvalersi della scriminante dello stato di necessità (assimilabile, quanto alla sua natura, a quella prevista dall'art. 54 c.p.) ex art. 4 legge n. 194 del 1978; in tale ipotesi, infatti, risultava comunque esattamente assolto il dovere di protezione in favore di esso minore, come configurabile e tutelato alla stregua della vigente disciplina.

L'indirizzo giurisprudenziale ora espresso ha poi trovato ulteriore conferma nella sentenza n. 16123/06⁸ e, soprattutto, nella sentenza 11.05.2009 n. 10741 (III sez. civile, Corte di Cassazione) in cui, da parte di quel giudice, si ribadì l'esistenza di un diritto del concepito a nascere sano, di cui è corrispettivo l'obbligo giuridico dei sanitari di risarcirlo⁹ quando si fosse verificata la mancata osservanza sia del

⁸...con cui la III sez. della Cassazione ribadiva l'impossibilità di rilevare nell'ordinamento giuridico italiano l'esistenza di un diritto a "non nascere se non sano", la presenza di malformazioni o malattie nel feto non configurando, *di per sé*, una legittima condizione per la gestante di ricorrere all'interruzione della gravidanza (aborto eugenetico). In mancanza di un diritto a non nascere se non sano non avrebbe potuto esistere nemmeno un diritto del minore al risarcimento del danno derivante da una nascita non sana, quando siffatta condizione non fosse stata comunque imputabile al medico.

⁹ ...diritto al risarcimento che, avendo carattere patrimoniale per il nascituro è condizionato, quanto alla titolarità, all'evento nascita ed è azionabile dagli esercenti la potestà).

dovere di una corretta informazione, ai fini del consenso informato, in ordine alla terapia prescritta alla madre -e ciò in quanto il rapporto instaurato dalla madre con i sanitari produce effetti protettivi nei confronti del nascituro; sia del dovere di somministrare farmaci non dannosi per il nascituro stesso¹⁰ . Di contro, nessun diritto al risarcimento avrebbe potuto affermarsi se il consenso fosse risultato necessario ai (soli) fini dell'interruzione di gravidanza –non, dunque, della mera prescrizione di farmaci- in ragione della non giuridica configurabilità, in capo al neonato, di un diritto a non nascere se non sano.

Nella fattispecie in discorso, la ipotizzata pretesa soggettiva del minore, di non venire in vita in condizioni di menomazione fisica permanente, fu ancora una volta ed opportunamente ritenuta priva di tutela e consistenza giuridica.

3. Il metodo interpretativo nel revirement della Cassazione in tema di risarcimento del danno del minore malformato.

Con la sentenza n. 2.10.2012, n. 16754 della Corte di Cassazione (sez. III civile) l'orientamento giurisprudenziale in tema di disconoscimento dell'esistenza di un diritto del minore a non nascere se non sano sembra aver trovato un definito punto di approdo. Di nuovo, tuttavia, c'è il riconoscimento da parte del giudice della

¹⁰ Si trattava del caso di una donna che, non riuscendo ad avere figli, decise di sottoporsi a terapia farmacologica con un medicinale, prescritto da due medici napoletani. La donna restò incinta ma dette alla luce un bambino con gravissime malformazioni ("ectrodattilia del tipo monodactylus agli arti superiori, lobster olge agli arti inferiori, ipospadia ed atresia anale"). I genitori agirono allora per il risarcimento dei danni patiti, sia dal figlio che in proprio, per le malformazioni subite dal concepito ascrivibili a fatto e colpa dei medici, ritenuti responsabili di non averli informati dei rischi connessi all'assunzione del farmaco in questione.

Il giudice di appello confermarono la condanna dei medici al risarcimento del danno liquidato dal Tribunale di I grado a favore dei genitori, per il danno riportato dal figlio, nonché delle ulteriori somme in favore della madre e in favore del padre, in proprio, oltre interessi e spese. La Cassazione affermò la soggettività giuridica del concepito, il suo diritto a nascere sano ed il corrispondente obbligo dei sanitari di risarcirlo. Si tratta di un diritto al risarcimento che, avendo carattere patrimoniale, è condizionato per il nascituro, quanto alla titolarità, all'evento della nascita (art. 1, 2° comma, c.c.) ed è azionabile dagli esercenti la potestà genitoriale. In particolare nella fattispecie è stata sanzionata in capo ai medici la violazione del dovere di una corretta informazione, ai fini del consenso informato, in ordine alla terapia prescritta alla madre.

fondatezza della pretesa avanzata *iure proprio* dal minore ad ottenere un risarcimento del danno in conseguenza della nascita malformata riconducibile, in ultima analisi, ad una informazione insufficiente da parte del medico¹¹.

La S.C. ribadisce, con argomentazioni formalmente congrue e convincenti, che il fondamento di siffatta pretesa non può rinvenirsi in un (inesistente) diritto del minore a non nascere se non sano che, se riconosciuto, se ne dovrebbe coerentemente ritenere l'esistenza (e, così, la tutela) "indipendentemente dal pericolo per la salute della madre derivante dalle malformazioni fetali". Ciò, tuttavia, solleverebbe l'ulteriore problema, in assenza di ogni regolamentazione normativa in tal senso, di specificare cioè quale dovrebbe essere "il livello" di handicap necessario al fine di legittimare l'esercizio di quel diritto, oltre, poi, a doversi stabilire chi "dovrebbe ritenere che detto livello è legittimante della non nascita. Infatti, anche se non vi fosse pericolo per la salute della gestante, ogni qual volta vi fosse la previsione di malformazioni o anomalie del feto, la gestante, per non ledere questo presunto diritto di "non nascere se non sani", avrebbe l'obbligo di richiedere l'aborto, altrimenti si esporrebbe ad una responsabilità (almeno patrimoniale) nei confronti del nascituro una volta nato. Quella che è una legge per la tutela sociale della maternità e che attribuisce alla gestante un diritto

¹¹ La decisione si mostra interessante, oltre che suggestiva, sotto vari punti di vista, a cominciare dalla considerazione del fatto in sé: un medico era stato sollecitato da una gestante a fornire informazioni circa ogni accertamento necessario diretto ad escludere malformazioni del feto che, qualora esistenti, avrebbero senz'altro indotto la richiedente a procedere, in presenza dei necessari presupposti, all'interruzione volontaria della gravidanza. Valutate le condizioni del caso, tra cui la giovane età della donna, meno che trentenne, il medico aveva ritenuto sufficiente (ed affidabile) il solo esame del "Tritest". Tanto, però, non era valso a scongiurare la nascita di un bimbo affetto da sindrome di Down, da cui scaturiva, nei confronti del medico stesso, la richiesta della madre di risarcimento per inadempimento contrattuale ex art. 1218 cc., vista l'impossibilità, da parte di quest'ultima, di ricorrere all'aborto legale. Il fuoco di attenzione tuttavia rimaneva concentrato sul problema della configurabilità della pretesa risarcitoria avanzata *iure proprio* dal minore in relazione all'evento costituito dalla mancata possibilità, da parte della madre, di interrompere la gravidanza ex l. 194/78 a causa della (solo) parziale informazione ricevuta. La Cassazione è giunta a statuire la risarcibilità di tale danno nei confronti del medico in quanto quest'ultimo aveva omesso di fornire alla gestante una completa informazione in ordine a tutte le possibili indagini esperibili, oltre a tacere l'alta percentuale di "false negatività" dell'esame prescelto (cd. "Tritest").

personalissimo, in presenza di determinate circostanze, finirebbe per imporre alla stessa l'obbligo dell'aborto (salvo l'alternativa di esporsi ad un'azione per responsabilità da parte del nascituro)"¹².

In definitiva, la pronuncia della Cassazione pone formalmente fine alla disputa sulla pretesa esistenza di un siffatto diritto a non nascere se non sani confermando, tra l'altro, che il "verso" della legislazione in materia è nella direzione di tutelare comunque ed in ogni caso la vita (e la gravidanza in direzione della nascita).

Nondimeno, e contestualmente, il giudice della nomofilachia riconducendo la fattispecie concreta "in tutti i suoi elementi di struttura" al figurino astratto dell'illecito aquiliano (art. 2043 c.c.)¹³ ha ritenuto che la legittimazione attiva del neonato in proprio ad esercitare l'azione di risarcitoria trovasse un diretto ancoramento giuridico -"attesa la già affermata inconfigurabilità nel nostro ordinamento, di un diritto a non nascere se non sano"¹⁴ direttamente negli artt. 2, 3, 29, 30 e 32 Cost. Nello specifico, la violazione della "più generale norma dell'art. 2 Cost. consegue alla "innegabile" limitazione, in conseguenza dell'handicap, del diritto del minore "allo svolgimento della propria personalità sia come singolo sia nelle formazioni sociali". L'art. 3 Cost. risulta lesa, poi, "nella misura in cui si renderà sempre più evidente la limitazione al pieno sviluppo della persona". La violazione degli artt. 29, 30 e 31 Cost. trova fondamento nel fatto che "l'arrivo del minore in una dimensione familiare "alterata (...) impedisce o rende più ardua la concreta e costante attuazione dei diritti-doveri dei genitori sanciti dal dettato costituzionale".

In definitiva, "il *vulnus* lamentato" direttamente dal minore non consiste tanto nella malformazione "in sé considerata" quanto, invece, nello "*stato funzionale* di infermità", vale a dire nella "condizione evolutiva della vita handicappata intesa

¹² Cassazione, sez. III, sent. 2 ottobre 2012, n.16754.

¹³ Tale interesse è –secondo la Cassazione- quello che consentirebbe al minore "*di alleviare, sul piano risarcitorio, la propria condizione di vita, destinata a una non del tutto libera estrinsecazione secondo gli auspici del Costituente: il quale ha identificato l'intangibile essenza della Carta fondamentale nei diritti inviolabili..., nel pieno sviluppo della persona umana, nell'istituzione familiare, nella salute*" : Cassazione, sez. III, sent. 2 ottobre 2012, n. 16754.

¹⁴ Cassazione, sez. III, sent. 2 ottobre 2012, n. 16754.

come proiezione dinamica dell'esistenza...". La questione, dunque, non verte tanto intorno alla "non meritevolezza di una vita handicappata" ma, piuttosto, alla considerazione di una "vita che merita di essere vissuta meno disagivolmente, attribuendo direttamente (corsivo del giudice: n.d.r.) al soggetto che di tale condizione di disagio è personalmente portatore il dovuto importo risarcitorio". Così, l'interesse giuridicamente protetto, "del quale viene chiesta tutela da parte del minore ai sensi degli articoli della Carta fondamentale dianzi citati", va individuato –secondo il giudice- in "quello che gli consente di alleviare, sul piano risarcitorio, la propria condizione di vita, destinata ad una non del tutto libera estrinsecazione secondo gli auspici del Costituente..."¹⁵.

Dunque, l'esercizio dell'azione risarcitoria *iure proprio* del minore, a detta del giudice, si riconnette "personalmente e soggettivamente a quella singola, puntuale e irripetibile vicenda umana che riguarda quel determinato (e altrettanto irripetibile) soggetto che, invocando un risarcimento, fa istanza al giudice di piena attuazione del dettato costituzionale dianzi evocato, onde essere messo in condizione di poter vivere meno disagivolmente..". La legittimità di tale azione deriva "pertanto da una omissione colpevole (del medico: n.d.r.) cui consegue, non il danno della sua esistenza, né quello della malformazione in sé considerata, ma la sua stessa esistenza diversamente abile, che discende a sua volta dalla possibilità legale dell'aborto riconducibile alla madre...". L'evento di danno consiste, esattamente, nella "nascita malformata", concetto di sintesi che allude ad una "condizione dinamica dell'esistenza riferita ad un soggetto di diritto attualmente esistente..." mentre il nesso di causa non riguarda la relazione tra l'omissione di diagnosi e la nascita "...attesa la inconfigurabilità di quest'ultima in termini di evento dannoso..."; né quella tra la "condotta omissiva e l'handicap in sé considerato", giacché la malformazione non può ascriversi a conseguenza dell'omissione "bensì del presupposto di natura genetica", rispetto al quale la

¹⁵ In tale prospettiva, nessun rilievo giuridico viene ad assumere la dimensione "prenatale" del minore "quella nel corso della quale la madre avrebbe, se informata, esercitato il diritto all'interruzione della gravidanza": Cassazione, sez. III, sent. 2 ottobre 2012, n. 16754.

condotta del sanitario non manifesta alcuna rilevanza eziologica. Siffatta condotta assume rilevanza allorché l' evento di danno venga rinvenuto nel fatto in sé della nascita malformata, in qualche modo riconducibile all' omissione del medico¹⁶. In particolare, la colpevolezza della condotta rileva tanto in relazione alla “non sufficiente attendibilità del test in presenza di una esplicita richiesta di informazioni finalizzate, se del caso, all' interruzione della gravidanza da parte della gestante”, quanto, ancora al “difetto di informazioni circa la gamma complessiva delle possibili indagini e dei rischi ad essa correlati”.

4. “Metodo” interpretativo e concretizzazione costituzionale: le “zone d' ombra” dell'argomentazione giurisprudenziale.

Alcune considerazioni specifiche l' indirizzo giurisprudenziale appena esaminato finisce inevitabilmente per suscitare. Ciò che soprattutto interessa a chi scrive nella sentenza in parola, più che il *reperim* giurisprudenziale in sé (peraltro, in qualche modo preconizzato in alcuni *obiter dicta* di precedenti decisioni) è il “metodo” argomentativo cui è ricorso il giudice nell' interpretare la Costituzione¹⁷ con l' obiettivo di coniugare, in un modo non antinomico, il disconoscimento dell' esistenza di un diritto a non nascere se non sano e la fondatezza della pretesa risarcitoria avanzata *iure proprio* dal minore malformato.

Sul primo versante, infatti, è parsa sufficiente l' esposizione di motivazioni di ordine logico-giuridico, quale, innanzitutto, la non venuta ad esistenza del soggetto legittimato a far valere un siffatto diritto nel caso in cui quest' ultimo avesse trovato compiuta attuazione. A tale motivazione si accompagnano poi ulteriori considerazioni, attinenti in primo luogo all' incertezza di una sua prefigurazione in

¹⁶ Così, il giudice giunge ad affermare “sul piano del nesso di condizionamento” “la equiparazione *quoad effecta* tra la fattispecie dell' errore medico che non abbia evitato l' handicap evitabile (..) ovvero che tale handicap abbia cagionato (...) e l' errore medico che non ha evitato la nascita malformata (...)”: Cassazione, sez. III, sent. 2 ottobre 2012, n.16754.

¹⁷ Sulla affermazione secondo cui l' interpretazione non costituisce metodo, v. G. ROELLECKE, *Das Paradox der Verfassungsauslegung*, Paderborn – München- Wien - Zürich, 2012, p. 8.

assenza di una specifica disciplina legislativa (es: in presenza di quale livello di *handicap* esso possa farsi legittimamente valere: v. *supra*).

Diverso invece è l' approccio metodologico cui ricorre quel giudice per motivare, dal punto di vista della pretensibilità giuridica, la richiesta risarcitoria avanzata dal minore. Nella specie, infatti, esso rinviene il fondamento di siffatta pretesa direttamente nella consistenza deontica di norme costituzionali di principio, delle quali procede ad una interpretazione con argomentazioni di tipo assiologico-sistematico (v. *supra*). Così, l' art. 2 Cost. non si limiterebbe a garantire una fondamentale libertà del singolo nella formazione della propria personalità ma si porrebbe a presidio di una più generale tutela del diritto del minore al *pieno* (corsivo mio: n.d.r.) svolgimento della propria personalità, che l' handicap patito in conseguenza della nascita malformata verrebbe inevitabilmente a dimezzare. Del pari, gli artt. 29, 30 e 31 Cost. non giungono a garantire unicamente la tutela della famiglia ordinata sulla "eguaglianza giuridica e morale" dei coniugi, insieme alla previsione dei diritti e doveri dei genitori e della tutela della maternità, dell' infanzia e della gioventù ma, in una loro percezione assiologico-dinamica essi comprendono nella sfera materiale di garanzia anche la integrità psicologica della dimensione familiare che, viene ad essere inevitabilmente alterata dalla presenza di un figlio malformato. Ciò, dunque, finirebbe per impedire o rendere più ardua "la concreta e costante attuazione" di quei diritti-doveri imputati ai genitori dal dettato costituzionale, integrando una violazione di quest' ultimo.

In definitiva, ribadita la giuridica inesistenza di un diritto del minore a non nascere se non sano, inteso quale sorta di "corrispettivo" della libertà della madre di poter ricorrere all' aborto legale, è la condizione esistenziale di minore handicappato a rappresentare, nell' impianto motivazionale della sentenza, la causa vera ed esclusiva del riconoscimento della fondatezza della pretesa risarcitoria avanzata da quest' ultimo¹⁸. Intorno a quella che la Cassazione pare

¹⁸ Ciò che, del resto, trova conferma nelle stesse parole della Cassazione quando, con riguardo alla citata sent. n. 10741/09 riconosce che "l' accurata analisi, gli approfonditi riferimenti e gli spunti critici riservati in sentenza alla giurisprudenza cd. normativa, nell' ottica

avvertire piuttosto come un' istanza di giustizia "sostanziale", vale a dire l' accoglimento di tale pretesa, il giudice procede poi a svolgere l' argomentazione di supporto annodandola intorno all' "interpretazione"/concretizzazione del plesso di valori costituzionali ivi richiamati.

Certo, non può lasciare perplessi il ricorso –tutt' altro che infrequente anche da parte del giudice della nomofiliachia- al criterio assiologico come metodo della concretizzazione delle norme costituzionali di principio. Non è la prima volta né, presumibilmente, sarà l' ultima che la Cassazione fa leva su un' interpretazione assiologica in modo da potersi riferire ad una dimensione comprensiva ampia quale è propria della forza regolatrice di tali valori. Si tratta, peraltro, di un approccio senz' altro condiviso con l' orientamento della Corte costituzionale, che ha prodotto ad oggi un consolidamento importante di siffatto metodo interpretativo.

Peraltro, la consapevolezza del giudice che dal riferimento esclusivo (o prevalente) alla lettera delle disposizioni costituzionali richiamate non possano inferirsi elementi interpretativi sufficienti a sostenere la pretesa risarcitoria addotta, si manifesta anche attraverso la strutturazione della parte della decisione dedicata all' interpretazione costituzionale. In tale contesto, peraltro, sembra evidente come lo sforzo esegetico si compia attingendo essenzialmente alla peculiarità della fattispecie concreta gli indicatori in qualche modo funzionali ad una interpretazione adeguata. Così, quest' ultima si manifesta come elemento decisivo (seppure non esclusivo) dello processo di concretizzazione.

di una rinnovata funzione "creativa" della speculare *Interessenjurisprudenz*, ne lascia poi impregiudicato l' interrogativo circa la collocazione di quest' ultima nell' ambito della gerarchia delle fonti". In particolare, poi, "non sembra seriamente discutibile che ... il giudice civile, laddove ritenga nell' interpretare la legge alla luce dei valori costituzionali che essa non tuteli (o non tuteli a sufficienza) una situazione giuridica di converso meritevole, interviene a creare una corrispondente "forma" giuridica di tutela, eventualmente in contrasto con la legge stessa, ma senza subire alcun sindacato di costituzionalità, in quanto il sistema non prevede un meccanismo immediato di sindacato di costituzionalità degli orientamenti pretori salvo che questi riguardino la stretta interpretazione di una o più norme di legge esistenti (rilievo dell' A.: n.d.r.).

Il riferimento alla singolarità del caso da giudicare riveste, dunque, un'importanza centrale nella misura in cui si mostra in grado di ispirare decisamente la pre-comprensione del giudice. Parimenti, esso vale a condizionare decisamente il *Verstehen* della norma, nel senso in cui lo intende *Konrad Hesse*¹⁹.

In definitiva, la concretizzazione delle norme costituzionali di principio da parte del giudice può declinarsi come “una” “interpretazione” *per* (corsivo mio: n.d.r.) il caso di specie. In ciò vuol farsi apparire evidente come l' esito esegetico cui si approda tenuto conto delle diverse componenti metodologiche (testo prescrittivo, peculiarità del caso di specie, precomprensione etc.) non si fonda tanto sulla priorità logica e strutturale della norma rispetto al caso da giudicare quanto, soprattutto, si determina come realtà regolativa contingente. Nella pluralità astrattamente possibile delle soluzioni comunque idonee a dare attuazione alle norme principio il giudice opta per quella che esso ritiene si adatti ragionevolmente alle specifiche connotazioni della fattispecie concreta da giudicare.

Infatti, la considerazione di tali norme come “*substanziarm*”²⁰ in ragione del loro contenuto normativo generico ed indeterminato implica il bisogno di loro attuazione nella forma di una determinazione/specificazione della loro portata regolatrice normativa che possa giustificare la decisione del caso concreto. D' altro canto, tale esigenza di determinazione postula l' esistenza di una pluralità di soluzioni interpretative astrattamente praticabili in relazione alla singola fattispecie di riferimento. L' impegno di concretizzazione si configura pertanto come un risvolto endoprocedimentale nel contesto dell' esercizio di una funzione, quella giurisdizionale, che ha come obiettivo primario la decisione del caso singolo.

¹⁹ K. HESSE, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 20'ed., Heidelberg, 1999, p. 16 ss.

²⁰ Così D. C. GÖLDNER, *Verfassungsprinzip und Privatrechtsnorm in der verfassungskonformen Auslegung und Rechtsfortbildung*, Berlin, 1969, p. 40

3. Profili critici nel ricorso al metodo pragmatico per la concretizzazione di principi e diritti costituzionali.

Emblematico, nel caso sopra descritto, è dunque l'effetto sostanzialmente creativo di significato normativo che la concretizzazione reca con sé. Pur restando formalmente confinato entro la limitata sfera del caso concreto, tale effetto si configura, in generale, quale precisazione dell'ambito applicativo della portata normativa di un principio o di un diritto fondamentale legittimo.

In che misura, tuttavia, la concretizzazione possa intendersi come una forma sublimata di interpretazione costituzionale è questione, tuttavia, ben lungi dal trovare una pacifica soluzione in dottrina. Al riguardo, sembra opportuno muovere proprio dall'impostazione di *Konrad Hesse* che, pur ribadendo la natura normativa della Costituzione²¹, rinviene nella concretizzazione di principi e diritti costituzionali il senso proprio dell'interpretazione costituzionale²². Tale affermazione sembra postulare una percezione dinamica e indefinita del senso della Costituzione che finisce per legare la determinazione della portata normativa dei suoi disposti ad un approccio interpretativo di tipo pragmatico, irradiato, per così dire, dalla previa comprensione di senso (*Verstehen*) della norma da parte dell'interprete. Quest'ultima, parrebbe maturare sulla base della considerazione di un elemento di tipo oggettivo, rappresentato dalla lettera della disposizione; e di un elemento di tipo psicologico-soggettivo, individuato nella pre-comprensione (*Vorverständnis*) dell'interprete, a propria volta decisamente condizionata dalla peculiarità del caso concreto.

Il richiamo ad un metodo pragmatico di interpretazione, peraltro, è parso tutt'altro che isolato ed, anzi, risulta condiviso da parte di un'autorevole dottrina (P. Häberle, F. Müller.). In particolare nel pensiero di *Peter Häberle* è costante il

²¹ K. HESSE, *Die normative Kraft der Verfassung*, Tübingen, 1959; Id., *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, cit., p. 16.

²² K. HESSE, *Grundzüge*, cit., p. 20 ss.

riferimento ad un *Problemdenken* quale approccio metodologico essenziale ai fini dell' interpretazione costituzionale²³.

Le conseguenze del ricorso ad un siffatto metodo, a ben vedere, culminano tuttavia nell' (innegabile) riconoscimento in capo al giudice della competenza (anche) alla produzione di diritto costituzionale, nella misura in cui attraverso la sua applicazione al caso concreto la Costituzione attua e sviluppa le proprie potenzialità regolative. In tal senso, la sua posizione non verrebbe a divergere molto, nella sostanza, da quella propria di un legislatore, ad entrambi spettando la competenza ad adottare norme giuridiche.

Tale orientamento, seppure sembra rafforzare la capacità responsiva della Carta fondamentale, tuttavia non si sottrae senz' altro a rilievi critici, a partire da quello relativo ad una certa sottovalutazione della esistenza di una portata normativa autonoma che la regola di principio della Costituzione, come tale, già possiede. Essa pertanto segna la cornice ineludibile entro cui deve necessariamente contenersi l' esito della concretizzazione.

Di contro, l' esaltazione del "metodo" pragmatico tende a conferire al caso singolo una forza induttiva preponderante rispetto alla portata normativa oggettiva dei singoli disposti prescrittivi ai fini della comprensione/specificazione della norma costituzionale. Ciò finisce inevitabilmente per gettare in un cono d' ombra la dimensione giuridico-positiva astratta di quest' ultima. Trascolora, così, la linea di confine che, anche sul piano del metodo, separa e tiene distinte la sfera dell' essere da quella del dover essere.

La concretizzazione realizzata nella fattispecie in esame dalla Corte di Cassazione conferma, a ben vedere, la generale considerazione che principi e diritti costituzionali, nel loro farsi regola specifica del caso singolo, non possono non ammantarsi di apprezzamenti soggettivi²⁴. I primi configurano "rappresentazioni"

²³ P. HÄBERLE, *Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten*, in *Juristen Zeitung*, 1975, p. 297 ss.

²⁴ K. LARENZ, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Berlin – Göttingen – Heidelberg, 1960, part. p. 259 ss.

dell'ordinamento (*Ordnungsvorstellung*)²⁵ nella misura in cui rispondono, in ultima analisi, alle esigenze regolative attese, di volta in volta, dal (singolo) giudice di merito. Del resto, esortava *Göldner* a non sopravvalutare il contenuto normativo dei valori costituzionali (anche nella loro connessione), “tanto più per le specificità regolative del diritto privato”²⁶. Ciò nella consapevolezza che il terreno sdrucchiato dei valori costituzionali si manifesta potenzialmente in grado di sostenere ogni genere di soluzione, nell'interpretazione di norme del diritto privato, che al giudice risulti funzionale al fine di pervenire alla decisione ritenuta adeguata di un caso concreto.

Il “metodo” che rilegge l'art. 2043 c.c. alla luce di una interpretazione delle regole costituzionali di principio richiamate nella sentenza sembra, dunque, confermare i timori dottrinali di interpretazioni marcatamente creative dei giudici comunque avanzate rispetto alla essenzialità del testo prescrittivo. Nel caso di specie, il giudice della nomofilachia omette ogni previa specificazione dell'esatta dimensione materiale della garanzia connessa ai principi costituzionali interessati lasciando invece delineare, sul presupposto di un quadro interpretativo indefinito, una nuova consistenza dell'illecito extracontrattuale. Né sembra che, nella specie, il metodo impiegato possa esattamente ricondursi al generale criterio dell'interpretazione conforme²⁷, giacché, a ben vedere, non tanto si tratta di ricavare dalla prescrizione di diritto privato un significato congruo alla luce delle norme costituzionali richiamate quanto, piuttosto, di fondare direttamente in queste ultime la legittimità della pretesa risarcitoria avanzata dal minore portatore di handicap.

²⁵ Così D. C. GÖLDNER, *Verfassungsprinzip und Privatrechtsnorm*, cit., p. 51.

²⁶ D. C. GÖLDNER, *Verfassungsprinzip und Privatrechtsnorm*, cit., p. 126.

²⁷ In tema, per la letteratura tedesca v. ancora D. C. GÖLDNER, *op. cit.*, p.151 ss.; con riguardo alla letteratura italiana, cfr. per tutti G. SORRENTI, *L'interpretazione conforme a costituzione*, Milano, 2006; I. CIOLLI, *Brevi note in tema di interpretazione conforme a Costituzione*, in *Rivista AIC*, n. 1/2012; G. LANEVE, *L'interpretazione conforme a Costituzione*, in www.federalismi.it.

Prende forma, così, un diritto giurisprudenziale costituzionale che appare sempre più contingentemente legato, in ultima analisi, ad una percezione empirica di un non meglio precisabile senso di giustizia reale.

6. Conclusioni.

Non è lo spazio angusto di queste riflessioni la sede più adatta in cui potersi disquisire circa il complesso delle problematiche costituzionali attinenti, per un verso, alla tendenziale, progressiva confusione, che si registra nell'esperienza, tra attività di interpretazione ed attività di concretizzazione del diritto costituzionale da parte della giurisprudenza²⁸. Per altro verso, all'esigenza di preservazione di un assetto organizzativo dello Stato imperniato sul principio della distinzione funzionale tra poteri²⁹.

Al riguardo, non sembra poter avere ancora un senso evocare il netto rifiuto (espresso da *Klaus Stern* verso una pratica giurisprudenziale che avrebbe finito per trasformare il giudice da interprete a "creatore" del diritto stesso³⁰). Una tale prospettiva, infatti, appare alquanto anacronistica e, comunque, senz'altro priva di senso pratico. Anacronistica in quanto urta, in primo luogo, contro un'esperienza consolidata di diritto giurisprudenziale nella realtà "creativo" di norme costituzionali, in sintonia peraltro con una linea di pensiero che, in principio, giustifica e legittima la creazione di tale diritto come profilo complementare dell'esercizio di funzione giurisdizionale. Inoltre, siffatta prospettiva postulerebbe, anche in modo inespresso, una relazione virtuosa tra sviluppo di nuovi interessi

²⁸ Al riguardo, v. ancora K. HESSE, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, cit., part. p. 273 ss.; F. MÜLLER, *Richterrecht*, Berlin, 1986, part. p. 24 ss. e, soprattutto con riguardo alle problematiche di ordine costituzionale connesse, J. IPSEN, *Richterrecht und Verfassung*, Berlin, 1975, p. 1127 ss.

²⁹ Sul punto, v. ancora K. HESSE, *Der Rechtsstaat im Verfassungssystem des Grundgesetzes*, in *Konrad Hesse - Ausgewählte Schriften*, Herausgegeben von P. Häberle e A. Hollerbach, Heidelberg, 1984, p. 94 ss.

³⁰ K. STERN, *Urteilsanmerkungen*, in *NJW*, 58, p. 1435 .

sociali e determinazione di interventi normativi da parte de legislatore che, sovente, l' esperienza si è incaricata di smentire.

Ma l' orientamento espresso da *Stern* appare anche privo di senso pratico nella misura in cui essa ignora il fatto che il continuo fluire dell' esperienza giuridica verso nuove dimensioni problematiche genera una domanda incrementale di giustizia legata spesso a questioni del tutto inedite. A tali questioni, pertanto, il giudice è chiamato a dare una risposta ben prima ed indipendentemente dalla consapevolezza che di tali conflittualità possa mostrare e/o avere il legislatore rappresentativo.

Certo, non può sottacersi il fatto che la concretizzazione giurisprudenziale tende ad assumere sempre di più connotazioni adespote che poco o niente hanno a che fare con l' obiettività del metodo giuridico ma che risultano invece fortemente condizionate dalla precomprensione soggettiva dell' interprete. A tanto bene si presta, del resto, il consolidamento di una concezione in senso assiologico della Costituzione che inevitabilmente lascia sfumare il riferimento al dato letterale dei suoi predicati deontici. Nella concretizzazione il richiamo ai valori diventa, allora, il profilo metodologico generale per l'interpretazione delle norme di principio mentre in questa attività la giurisprudenza appare sensibilmente preordinata alla realizzazione di istanze di "Giustizia" sostanziale piuttosto che a quelle, in principio a queste ultime interconnesse, di sistematizzazione dell'ordinamento.

Così, l'ordinamento giuridico statale viene a rappresentarsi come attraversato da un dinamismo permanente le cui geometrie sono di volta in volta ridefinite dai nuovi sviluppi attraverso del diritto giurisprudenziale, quantunque un siffatto dinamismo non sembra dovere in sé necessariamente precludere una visione sistemica ed ordinata dello Stato.

Nondimeno, decisioni come quella in commento sembrano sollevare più di un dubbio sull' effettiva capacità di ogni sentenza di svolgere, in generale, quella che

Esser definisce la funzione integratrice della decisione giurisdizionale³¹. Tale funzione implica, infatti, che ogni applicazione del diritto in sede giurisdizionale debba avere come obiettivo l'inquadramento della singola norma giuridica nella struttura del sistema giuridico ordinamentale complessivo, così da rendere il giudice un motore "consapevole" e funzionale rispetto a siffatto dinamismo.

Tuttavia, il ricorso ad interpretazioni latamente creative del diritto, finiscono per conferire a tale funzione un carattere meramente formale che si commisura, in ultima analisi, alla congruità/plausibilità del metodo argomentativo, oltre che dell'argomentazione in sé, impiegati dal giudice per legittimare la decisione adottata.

In definitiva, se la suddetta funzione integratrice si configura come un attributo proprio ed irrinunciabile dell'esercizio della funzione giurisdizionale, quantunque strumentale e complementare rispetto a quello, prioritario, di decisione del caso concreto, l'approccio interpretativo del cd. "pensare per problemi" non si mostra, invero, come il più adeguato ai fini di un corretto assolvimento di tale funzione. Può certo ritenersi, sul piano teorico-dogmatico, che sistematizzazione del diritto e concretizzazione di principi e diritti costituzionali rappresentino momenti integrati e funzionali alla realizzazione della complessiva unità ordinamentale, oltre a configurarsi quali profili sincronici e complementari nell'esercizio della funzione giurisdizionale. Ciò, tuttavia, non può condurre ad ignorare la condizione di strutturale debolezza, oltre che di potenziale forza espansiva, che reca in sé un sistema giuridico la cui unità di senso si fonda esclusivamente su una matrice di natura teleologica³².

Per quanto si è venuto fin qui dicendo, in fine, è' destinato a restare senza una chiara risposta il punto problematico connesso all'esigenza di determinare confini ultimi allo spazio di libertà interpretativa di principi e diritti costituzionali da parte

³¹ Così J. ESSER, *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts* (1956), 2. Aufl., Tübingen, 1964, p.255 ss. (ma in part. p. 259)

³² Cfr. D. C. GÖLDNER, *Verfassungsprinzip und Privatrechtsnorm*, cit., p. 61. Al riguardo, in tema con considerazioni analoghe v. anche R. STAMMLER, *Theorie der Rechtswissenschaft*, 2' Aufl., 1923; K. ENGISCH, *Sinn und Tragweite juristischer Systematik*, *StudGen* 10 (1957), p. 187 ss.

del giudice di merito, anche al fine di scongiurare ogni debordamento nella sfera delle valutazioni di opportunità politica³³. Si tratta infatti di un problema antico quanto il mondo e sostanzialmente insolubile, ritenuta la incongruenza, al riguardo, dello schema classico delle cd. interpretazione “a rime obbligate”. Né sembra poter valere molto, a questo riguardo, il richiamo a regole interpretative (“pratica concordanza”, unità della Costituzione, etc.) che, in quanto non giuridiche, non sembrano in grado di manifestare una efficacia conformativa nei confronti del giudice-interprete.

Nella sostanza, allora, sembra poco contrastabile l’ osservazione, di matrice kelseniana³⁴, secondo cui nell’ esito interpretativo è immanente una manifestazione di volontà (normativa) da parte dell’ interprete. A venire in gioco, al riguardo, può essere, forse, l’ esigenza di tenuta dell’ assetto dello Stato di diritto, che, come detto (v. *supra*) implica l’ esigenza di evitare sovrapposizioni nell’ esercizio delle rispettive attribuzioni istituzionali ³⁵.

In secondo luogo, non può non riconoscersi che un certo rilievo pragmatico riveste anche il riferimento alla natura particolare della concretizzazione giurisprudenziale rispetto alla portata generale ed astratta delle scelte politiche che integrano l’ attuazione in forma legislativa dei disposti costituzionali. In altre parole, l’ attività del giudice, per quanto possa assumere connotazioni creative di diritto, soprattutto in assenza di una previa disciplina generale disposta dalla legge, resta essenzialmente espressione di una funzione preordinata istituzionalmente alla risoluzione di problemi concreti, come tale in ogni caso

³³ Nella fattispecie esaminata da ultimo dalla Cassazione, ad es., la creazione, attraverso la diretta rilevazione di una pretesa giuridica dal contesto delle norme costituzionali ivi richiamate ha l’ effetto della creazione di una regola generale vincolante anche nei confronti di future scelte del legislatore ordinario democratico in quanto immediatamente derivata dalle norme costituzionali menzionate.

³⁴ H. KELSEN, *Reine Rechtslehre* (1934), (Hrsg. von M. Jestaedt), Tübingen, 2008, p. 107 ss.

³⁵ Al riguardo, tuttavia, cfr. H. HUBER, *Probleme des ungeschriebenen Verfassungsrechts*, in *Rechtsquellenprobleme im schweizerischen Recht*, YBJV 91 bis (1955), p. 112 ss, secondo cui ogni prescrizione costituzionale sostanziale mostrerebbe, in un certo senso, il carattere di norma principio, con la conseguenza – rilevata anche da Göldner – che il connotato della determinatezza sostanziale perderebbe la capacità di essere un criterio propositivo per ammettere l’ immediata normatività della prescrizione in esame.

confinata entro lo spazio temporale e materiale segnato dal fatto da giudicare. Pertanto, il giudice come tale non è chiamato a sopperire, se non per casi determinati, ad una inerzia del legislatore democratico.

Tanto, in ogni caso, non vale a risolvere ogni dubbio in proposito e, soprattutto, lascia ancora del tutto inesplorato l'orizzonte problematico relativo al cd. "seguito" legislativo ai pronunciamenti interpretativi del giudice di merito, quando essi si intendono quali espressioni deontiche immanenti allo stesso dettato costituzionale.