

Massimo Cavino  
Professore associato di Diritto costituzionale  
Università del Piemonte Orientale "Amedeo Avogadro"

*Il diritto a non nascere tra giudici e legislatore:  
Italia e Francia a confronto.*

Nasce l'uomo a fatica  
ed è rischio di morte il nascimento.  
Prova pena e tormento  
per prima cosa; e in sul principio stesso  
la madre e il genitore  
il prende a consolar dell'esser nato.  
Poi che crescendo viene,  
l'uno e l'altro il sostiene, e via pur sempre  
con atti e con parole  
studiasì fargli core,  
e consolarlo dell'umano stato:  
altro ufficio più grato  
non si fa da parenti alla lor prole.  
Ma perché dare al sole,  
perché reggere in vita  
chi poi di quella consolar convenga?

(G. Leopardi, *Canto di un pastore errante dell'Asia*, 40-54)

**SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. L'esperienza italiana. – 2.1 Il diritto vivente a non nascere. – 2.2 Il diritto a non nascere come "espressione verbale di una fattispecie" – 2.3 La causalità giuridica come giudizio di valore. – 3. L'esperienza francese. – 3.1 La giurisprudenza Perruche. – 8. Il dialogo tra Parlamento e Corte di cassazione. – 9. La giurisprudenza della Corte Europea per i Diritti dell'Uomo ed il suo seguito. – 10. La posizione del Conseil constitutionnel. – 11. Conclusioni.**

## 1. *Premessa.*

Come Norberto Bobbio ha sottolineato «la lotta per i diritti ha avuto come avversario prima il potere religioso, poi il potere politico, infine il potere economico. Oggi le minacce alla vita, alla libertà e alla sicurezza possono venire dal potere sempre più grande che le conquiste della scienza e delle applicazioni che ne derivano danno a chi è in condizione di usarne. Siamo entrati nell'era che viene chiamata post-moderna, ed è caratterizzata dall'enorme progresso, vertiginoso e irreversibile, della trasformazione tecnologica e conseguentemente anche tecnocratica del mondo»<sup>1</sup>.

Ciò ha comportato notevoli mutamenti anche nel modo di percepire le dinamiche di tutela dei diritti, con particolare riferimento ai rapporti tra legislatore e giudice.

All'idea della integrazione tra legalità e giurisdizione è venuta progressivamente a sostituirsi quella di una competizione: ci si è sempre più frequentemente domandati se, a fronte delle continue innovazioni scientifiche fosse ancora utile affidarsi alla tutela apprestata dalla legge, generale e astratta, o piuttosto affidarsi alla forza della giurisdizione, particolare e concreta, e quindi capace di tenere più facilmente il passo con il progresso delle scienze.

In tale prospettiva si colloca anche la questione del risarcimento del danno per *wrongful life*.

Questa si è infatti sviluppata in ragione del notevole progresso delle tecniche diagnostiche pre-natali che ha consentito di accertare con sempre maggiore anticipo e sicurezza la presenza di patologie del feto e, sul piano giuridico, ha imposto nuove riflessioni sul tema della responsabilità del medico.

Il problema di fondo si pone in ordine alla titolarità del diritto al risarcimento del danno nel caso in cui il medico, non diagnosticando malattie o malformazioni del feto, abbia impedito alla madre di scegliere se concludere o interrompere la gravidanza: essa è limitata ai genitori o può essere estesa anche al figlio? In altri termini: si può ammettere accanto alla risarcibilità del danno subito per l'essere divenuti genitori quella del danno patito per il fatto di essere nati? E in ogni caso a chi tocca stabilirlo? Al legislatore o ai giudici?

---

<sup>1</sup> N. BOBBIO, *L'età dei diritti*, Einaudi, Torino, 1997, 263.

Le soluzioni sono state differenti nei diversi ordinamenti<sup>2</sup>. La nostra riflessione si concentrerà sulle risposte fornite dagli ordinamenti italiano e francese cercando di cogliere come siano state coniugate le istanze della legalità e della giurisdizione.

## 2. L'esperienza italiana.

### 2.1. Il diritto vivente a non nascere.

L'esistenza di un *diritto a nascere solo se sani* non ha acceso un grande dibattito presso l'opinione pubblica in Italia.

Ciò è dipeso sostanzialmente dall'atteggiamento tenuto dalla Corte di cassazione che, diversamente da quanto accaduto per vicende eticamente controverse relative non già all'inizio ma alla fine della vita, si è pronunciata con una giurisprudenza lineare, lontana da ogni attivismo.

Atteggiamento forse destinato a mutare se sarà confermato l'orientamento assunto con la sentenza del 3 maggio 2011 n 9700 della terza sezione civile.

La prima pronuncia significativa della Corte di cassazione è la n.14488 del 29 luglio 2004 della terza sezione civile<sup>3</sup>.

La fattispecie concreta era relativa alla domanda di risarcimento del danno da parte di due coniugi che essendo affetti entrambi da beta talassemia eterozigote, a causa di un errore diagnostico non erano stati informati dei rischi che avrebbe potuto correre la figlia nascitura. Rischi concretizzatisi nell'affezione da talassemia *maior* accertata dopo la nascita.

I genitori avevano convenuto il medico che aveva commesso l'errore diagnostico in nome e per conto proprio e in nome della figlia minore.

La Corte di cassazione, confermando il giudizio di secondo grado, accoglieva soltanto la domanda dei genitori rigettando quella della

---

<sup>2</sup> R. DE MATTEIS, *Wrongful life: problemi e falsi dilemmi*, in A. BRAUN, *Dalla disgrazia al danno*, Giuffrè, Milano, 2002, 455 e ss.; G. DEMME, R. LORENTZ, *Responsabilité civile et naissance d'un enfant. Aperçu comparatif*, in *Revue internationale de droit comparé*, 2005-1, in particolare 122 e ss.

<sup>3</sup> In *Responsabilità civile e previdenza*, 2004, 1348 e s. con nota di M. GORGONI, *La nascita va accettata senza «beneficio di inventario»?; sul tema cfr. G. FACCI, La legittimazione al risarcimento in caso di danno da vita indesiderata, ivi*, 2005, 325 e ss.

figlia minore sulla base di una argomentazione rigorosa che prende le mosse da una premessa definitoria (mot. 3): «Anzitutto é vero che il nostro ordinamento tutela l'embrione fin dal concepimento e che può parlarsi di un "diritto a nascere sani", ma detta locuzione va intesa nella sua portata positiva e non negativa. Il "diritto a nascere sani" significa solo che, sotto il profilo privatistico della responsabilità contrattuale, extracontrattuale, e da "contatto sociale" (cfr. Cass. N. 589/1999), nessuno può procurare al nascituro lesioni o malattie (con comportamento omissivo o commissivo colposo o doloso), e, sotto il profilo - in senso lato - pubblicistico, che siano predisposti 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 significa invece, come ritengono i ricorrenti, che il feto, che presenti gravi anomalie genetiche, non deve "essere lasciato nascere"».

In primo luogo la Cassazione rileva la impossibilità di imputare al feto il diritto a non nascere. La Corte nota correttamente come tale diritto sarebbe, nel nostro ordinamento, adespota, posto che la capacità giuridica si acquista al momento della nascita e tutte le norme che riconoscono diritti al concepito li subordinano alla nascita. Inoltre, sul piano strettamente logico, tale diritto avrebbe un titolare solo in caso della sua violazione, visto che la sua tutela coinciderebbe con la soppressione del titolare medesimo.

La Corte sottolinea poi come il riconoscimento del diritto a non nascere sia in contrasto con la normativa vigente sulla tutela della maternità ed in particolare con la legge 22 maggio 1978, n.194, e non solo perché essa reca "norme per la tutela sociale della maternità", oltre che "sull'interruzione volontaria della gravidanza", ma soprattutto perché (mot.4.8) «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 é una legge per la tutela sociale della maternità e che attribuisce alla gestante un diritto 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)».

Pare tuttavia di potere affermare che quest'ultimo argomento della Corte, che per altro, come vedremo, assume un rilievo essenziale nella giurisprudenza seguita fino al 2009, sia errato sul piano del diritto.

Se il presupposto di partenza è dato dal fatto che la legge sulla interruzione volontaria di gravidanza legittima la donna, quando ne ricorrano i presupposti, a scegliere liberamente se dare o meno alla luce il proprio figlio, la conclusione non può che essere l'esatto contrario di quella cui addiviene la Cassazione.

Se la donna è autorizzata dalla legge a scegliere, la sua scelta non può che essere qualificata come giusta, nel senso cioè di formalmente giusta, inidonea quindi a produrre un danno ingiusto e risarcibile.

L'orientamento della Cassazione è confermato dalla successiva sentenza n.16123, del 14 luglio 2006, della terza sezione civile<sup>4</sup>.

La Corte di cassazione chiamata a pronunciarsi sulla risarcibilità del danno prodotto dalla nascita di una bambina con gravi malformazioni non comunicate in modo corretto ai genitori, ancorché diagnosticate, ha ribadito l'impossibilità di imputare alcun diritto alla piccola.

La decisione, che cita espressamente la motivazione di quella precedente, si segnala però per un passaggio di estremo interesse là dove si dice che «La Corte 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».

La Cassazione, affermando che il mancato riconoscimento della pretesa risarcitoria rappresenta un *vulnus* ai diritti della minore e sostenendo che l'unico ostacolo alla tutela di quegli stessi diritti è la mancanza di una norma positiva, sposta il problema sul piano costituzionale dei rapporti tra i poteri giudiziario e legislativo e, nella prospettiva della teoria generale, qualifica la vicenda oggetto del giudizio come caso difficile, secondo l'impostazione di Dworkin.

Essa infatti riconosce l'esistenza materiale di un diritto che non può tutelare in assenza delle premesse formali che consentirebbero di definire ingiusta la sua lesione.

---

<sup>4</sup> In *Responsabilità civile e previdenza*, 2007, 56 e s. con nota di M GORGONI.

Ciò non le impedisce per altro di confermare il proprio orientamento con la sentenza 11 maggio 2009, n.10741 della terza sezione civile<sup>5</sup>.

Il giudizio verteva intorno alla risarcibilità del danno prodotto sul nascituro dalla somministrazione di un farmaco, il clomid, alla madre in prossimità dell'ovulazione. La condotta lesiva è consistita, nel caso di specie, nella omessa comunicazione alla futura madre dei rischi che la somministrazione del farmaco avrebbe potuto produrre, e che effettivamente ha prodotto, sul feto.

I genitori hanno convenuto i medici in nome proprio e in nome del figlio minore.

In questo caso la Corte di cassazione ha riconosciuto il diritto al risarcimento del figlio in considerazione del fatto che l'omessa informazione ai genitori non rappresentava soltanto una mancanza del medico nei loro confronti, ma costituiva causa diretta delle menomazioni che il nascituro avrebbe successivamente sopportato.

Si tratta di una decisione molto importante, sia per la linearità con la quale ricostruisce il tema della responsabilità pre-natale del medico, sia per l'esplicita dichiarazione programmatica in ordine al posto della giurisprudenza nel sistema delle fonti del diritto:

«Ritiene, infatti, la Corte che, limitatamente alla titolarità di alcuni interessi personali protetti, vada affermata la soggettività giuridica del nascituro, e, in via consequenziale, il nesso di causalità tra il comportamento dei medici (di omessa informazione e di prescrizione dei farmaci dannosi) e le malformazioni dello stesso nascituro che, con la nascita, acquista l'ulteriore diritto patrimoniale al risarcimento. L'asserzione della configurabilità del nascituro quale soggetto giuridico comporta lo sviluppo di due ineludibili premesse argomentative: l'attuale modo di essere e di strutturarsi del nostro ordinamento, in particolare civilistico, quale basato su una pluralità di fonti, con conseguente attuazione di cd. principi di decodificazione e depatrimonializzazione e la funzione interpretativa del giudice in ordine alla formazione della cd. giurisprudenza-normativa, quale autonoma fonte di diritto. È indubbio che il vigente codice civile, contrariamente alle sue origini stanche sulla scia delle codificazioni europee ottocentesche che videro nel code napoleon la più evidente

---

<sup>5</sup> In *Responsabilità civile e previdenza*, 2009, 2074 e s. con nota di M. GORGONI, *Nascituro e responsabilità sanitaria*.

manifestazione, non rappresenta oggi più l'unica fonte di riferimento per l'interprete in un ordinamento caratterizzato da più fonti, tra cui una posizione preminente spetta alla Costituzione repubblicana del 1948 (che ha determinato il passaggio dallo Stato liberale allo Stato sociale, caratterizzato da un punto di vista giuridico dalla c.d. centralità della persona), oltre alla legislazione ordinaria (finalizzata anche all'adeguamento del testo codicistico ai principi costituzionali), alla normativa comunitaria, ed alla stessa giurisprudenza normativa; tale pluralità di fonti (civilistiche) ha determinato i due suddetti fenomeni, tra loro connessi, della decodificazione e della depatrimonializzazione, intendendosi la prima come il venir meno della tradizionale previsione di disciplina di tutti gli interessi ritenuti meritevoli di tutela in un unico testo normativo, a seguito del subentrare di altre fonti, e la seconda nell'attribuzione alla persona (in una prospettiva non individuale ma nell'ambito delle formazioni sociali in cui estrinseca la propria identità e l'insieme dei valori di cui è espressione) una posizione di centralità, quale portatrice di interessi non solo patrimoniali ma anche personali (per quanto esplicitamente previsto, tra l'altro, nello stesso testo costituzionale, con particolare riferimento agli artt. 2 e 32). In tale assetto ordinamentale rapporto della giurisprudenza, in specie di legittimità nell'espletamento della funzione di "nomofilachia" (vale a dire di indirizzo ai fini di un'uniforme interpretazione delle norme) della Corte di Cassazione, assume sempre più rilievo nel sistema delle fonti in linea con la maggiore consapevolezza dei giudici di operare in un sistema ordinamentale che, pur essendo di *civil law* e, quindi, non basato su soli principi generati come avviene nei paesi di *common law* (Inghilterra, Stati Uniti ed altri), caratterizzati dal vincolo che una determinata pronuncia giurisprudenziale assume per le decisioni successive, si configura come semi-aperto perché fondata non solo su disposizioni di legge riguardanti settoriali e dettagliate discipline ma anche su cd. clausole generali, e cioè su indicazioni di "valori" ordinamentali, espressi con formule generiche (buona fede, solidarietà, funzione sociale della proprietà, utile sociale dell'impresa, centralità della persona) che scientemente il legislatore trasmette all'interprete per consentirgli, nell'ambito di una più ampia discrezionalità, di "attualizzare" il diritto, anche mediante l'individuazione (là dove consentito, come nel caso dei diritti personali, non tassativi) di nuove aree di protezione di interessi. In tal modo, con evidente applicazione

del modello ermeneutico tipico della *interessenjurisprudenz* (c.d. giurisprudenza degli interessi, in contrapposizione alla *begriffsjurisprudenz* o giurisprudenza dei concetti quale espressione di un esasperato positivismo giuridico) si evita sia il rischio, insito nel c.d. sistema chiuso (del tutto codificato e basato sul solo dato testuale delle disposizioni legislative senza alcun spazio di autonomia per l'interprete), del mancato, immediato adeguamento all'evolversi dei tempi, sia il rischio che comporta il cd. sistema aperto, che rimette la creazione delle norme al giudice sulla base anche di parametri socio-giuridici (ordine etico, coscienza sociale etc.) la cui valutazione può diventare arbitraria ed incontrollata. La funzione interpretativa del giudice, i suoi limiti, la sua *vis expansiva* sono, dunque, funzionalmente collegati all'assetto costituzionale del nostro ordinamento quale Stato di diritto anch'esso caratterizzato dal *Rule of law* (vale a dire dal principio di legalità), assetto in cui il primato della legge passa necessariamente attraverso l'attività ermeneutica del giudice».

Nell'ammettere la domanda presentata in nome e per conto del figlio la Cassazione chiarisce che il nascituro può essere considerato a tutti gli effetti un soggetto di diritto distinguendo questo ultimo concetto da quello di persona:

«Deve, quindi, oggi intendersi per soggettività giuridica una nozione senz'altro più ampia di quella di capacità giuridica delle persone fisiche (che si acquista con la nascita ex art. 1, 1° comma, c.p.c.), con conseguente non assoluta coincidenza, da un punto di vista giuridico, tra soggetto e persona, e di quella di personalità giuridica (con riferimento agli enti riconosciuti, dotati conseguentemente di autonomia "perfetta" sul piano patrimoniale): sono soggetti giuridici, infatti, i titolari di interessi protetti, a vario titolo, anche sul piano personale, nonché gli enti non riconosciuti (che pur dotati di autonomia patrimoniale "imperfetta" sono idonei a essere titolari di diritti ed a esercitarli a mezzo dei propri organi rappresentativi; sul punto, Cass. N. 8239/2000). In tale contesto, il nascituro o concepito risulta comunque dotato di autonoma soggettività giuridica (specifica, speciale, attenuata, provvisoria o parziale che dir si voglia) perché titolare, sul piano sostanziale, di alcuni interessi personali in via diretta, quali il diritto alla vita, il diritto alla salute o integrità psico-fisica, il diritto all'onore o alla reputazione, il diritto all'identità personale, rispetto ai quali l'avverarsi della *condicio iuris* della nascita ex art. 1, 2



comma, c.c. (sulla base dei due presupposti della fuoriuscita del feto dall'alveo materno ed il compimento di un atto respiratorio, fatta eccezione per la rilevanza giuridica del concepito, anche sul piano patrimoniale, in relazione alla successione *mortis causa* ex art. 462 c.c. ed alla donazione ex art. 784 c.c.) è condizione imprescindibile per la toro azionabilità in giudizio a fini risarcitori».

Sulla base di queste considerazioni la Corte conclude:

«In conclusione, deve affermarsi, stante la soggettività giuridica di P.F. sul piano personale (nei limiti indicati), quale concepito, il suo diritto a nascere sano ed il corrispondente obbligo di detti sanitari di risarcirlo (diritto al risarcimento che per il nascituro, avente carattere patrimoniale, è condizionato, quanto alla titolarità, all'evento nascita ex art. 1, 2° comma, c.c., ed azionabile dagli esercenti la potestà) per mancata osservanza sia del 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 stesso. Non avrebbe invece quest'ultimo avuto diritto al risarcimento qualora il consenso informato necessitasse ai fini dell'interruzione di gravidanza (e non della mera prescrizione di farmaci), stante la non configurabilità del diritto a non nascere (se non sano).

La stabilità e la coerenza interna di questa giurisprudenza permettono di affermare che essa ha verbalizzato un principio di diritto vivente che può essere espresso in questi termini: il nascituro è titolare di diritti, quale il diritto a nascere sano; l'azionabilità di tali diritti è subordinata all'evento nascita; in ragione di tale subordinazione al nascituro non può essere riconosciuto il diritto a non nascere<sup>6</sup>.

Pare tuttavia di poter affermare che il percorso argomentativo seguito dalla Corte nelle sue decisioni non abbia colto l'essenza della questione.

---

<sup>6</sup> Sul tema cfr. NAVARRETTA, *Il diritto a nascere sano e la responsabilità del medico*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 1990, 1039 e s. (nota a Trib. Verona, 15 ottobre 1990); G.P. MIOTTO, *Il nascituro e la responsabilità aquiliana ovvero della possibile diacronia di condotta illecita ed avveramento del danno*, *ivi*, 1998, 1120 e ss.; ID., *Il danno del nascituro e (molto) altro in una pronuncia della Cassazione penale: un'occasione per riflettere sulla svolta giurisprudenziale in tema di struttura dell'illecito civile*, (nota a Cass. Pen. 13 novembre 2000), *ivi*, 2001, 340 e ss.

In tal senso merita particolare attenzione l'ultima fattispecie considerata rispetto alla quale la Corte non ha adeguatamente riflettuto su un elemento di fatto essenziale.

La condotta dei medici che ha portato al prodursi delle menomazioni è stata spesa anteriormente allo stesso concepimento.

Dal punto di vista materiale non è chi non veda la differenza tra una pratica medica dannosa per un feto già concepito e una pratica medica che porta al concepimento di un feto malato.

Tale differenza si comprende pienamente se si considera il concepito in termini soggettivi e concreti.

Il feto già concepito che subisce gli effetti di una pratica medica a lui dannosa avrebbe infatti potuto nascere sano in assenza di quella stessa pratica.

Nel caso invece di una pratica medica che produce malformazioni congenite, il feto, soggettivamente inteso come titolare di diritti, non cioè come risultato dell'altrui diritto di procreare<sup>7</sup>, non avrebbe potuto comunque nascere sano.

In altri termini ammettere che il nascituro possa essere risarcito per condotte spese materialmente prima del suo concepimento significa, non già tutelare il diritto a nascere sano, ma, evidentemente il suo diritto a non nascere se non sano.

L'unica possibilità è quella di affermare che esista un diritto ad essere concepiti sani: ma chi potrebbe esserne il titolare?

Il principio è dunque viziato da una intrinseca contraddittorietà?

Il vizio argomentativo della Corte discende, come vedremo, dalla scelta delle premesse. Essa ha preso le mosse dalla titolarità del diritto al risarcimento e su quella ha ragionato trascurando l'elemento, centrale, del nesso di causalità.

## 2.2. *Il diritto a non nascere come "espressione verbale di una fattispecie".*

Con la sentenza n.9700 del 3 maggio 2011 la terza sezione civile della Corte di cassazione ha mutato il suo orientamento in modo radicale.

A base del giudizio era la domanda di risarcimento in nome di una minore per il danno patito per la morte del padre in un incidente stradale occorso prima della nascita dell'attrice stessa.

---

<sup>7</sup> Per un approfondimento delle questioni connesse al diritto di procreare cfr. F. CRISTOFARI, *Chiavi di lettura del principio famiglia e identità di genere*, Giappichelli, Torino, 2011, in particolare 9 e ss.; 29 e ss.

La Corte di cassazione sviluppa il proprio ragionamento da una premessa opposta a quella da cui aveva preso le mosse motivando la sentenza 11 maggio 2009, n.10741.

La soggettività giuridica del concepito viene negata e comunque definita come irrilevante (mot. 2):

«Il collegio ritiene che non si ponga alcun problema relativo alla soggettività giuridica del concepito, non essendo necessario configurarla per affermare il diritto del nato al risarcimento e non potendo, d'altro canto, quella soggettività evincersi dal fatto che il feto è fatto oggetto di protezione da parte dell'ordinamento».

La Corte ritiene che l'elemento centrale della sua argomentazione debba essere il bene leso dalla condotta illecita, ovvero il rapporto parentale che non può che instaurarsi dopo la nascita.

«Il diritto di credito è infatti vantato dalla figlia in quanto nata orfana del padre, come tale destinata a vivere senza la figura paterna. La circostanza che il padre fosse deceduto prima della sua nascita per fatto imputabile a responsabilità di un terzo significa solo che condotta ed evento materiale costituenti l'illecito si erano già verificati prima che ella nascesse, non anche che prima di nascere potesse avere acquistato il diritto di credito al risarcimento. Il quale presuppone la lesione di un diritto (o di altra posizione giuridica soggettiva tutelata dall'ordinamento), che nel caso in scrutinio è da identificarsi con il diritto al godimento del rapporto parentale (Cass. nn. 8827 e 8828 del 2003 e Cass., sez. un., n. 26972 del 2008), certamente inconfigurabile prima della nascita. Così come solo successivamente alla nascita si verificano le conseguenze pregiudizievoli che dalla lesione del diritto derivano. Del rapporto col padre e di tutto quanto quel rapporto comporta la figlia è stata privata nascendo, non prima che nascesse. Prima, esistevano solo le condizioni ostative al suo insorgere per la già intervenuta morte del padre che la aveva concepita, ma la mancanza del rapporto intersoggettivo che connota la relazione tra padre e figlio è divenuta attuale quando la figlia è venuta alla luce. In quel momento s'è verificata la propagazione intersoggettiva dell'effetto dell'illecito per la lesione del diritto della figlia (non del feto) al rapporto col padre; e nello stesso momento è sorto il suo diritto di credito al risarcimento, del quale è dunque diventato titolare un soggetto fornito della capacità giuridica per essere nato».

La riflessione sul nesso di causalità è molto rapida. Del resto non era necessario un grande approfondimento rispetto al caso di specie.

«Non è revocato in dubbio il nesso di causalità fra illecito e danno, inteso come insieme di conseguenze pregiudizievoli derivate dall'evento (morte del padre), sicché non può disconoscersi il diritto al risarcimento della figlia. La relazione col proprio padre naturale integra, invero, un rapporto affettivo ed educativo che la legge protegge perchè è di norma fattore di più equilibrata formazione della personalità. Il figlio cui sia impedito di svilupparsi in questo rapporto ne può riportare un pregiudizio che costituisce un danno ingiusto indipendentemente dalla circostanza che egli fosse già nato al momento della morte del padre o che, essendo solo concepito, sia nato successivamente. 2.1.- Questa corte ha, del resto, già esplicitamente negato, pur se in ipotesi di danno provocato al feto durante il parto, che l'esclusione del diritto al risarcimento "possa affermarsi sul solo presupposto che il fatto colposo si sia verificato anteriormente alla nascita", definendo erronea la concezione che, al fine del risarcimento del danno extracontrattuale, ritiene "necessaria la permanenza di un rapporto intersoggettivo tra danneggiante e danneggiato"; ed ha concluso che "una volta accertata, quindi, l'esistenza di un rapporto di causalità tra un comportamento colposo, anche se anteriore alla nascita, ed il danno che sia derivato al soggetto che con la nascita abbia acquistato la personalità giuridica, sorge e deve essere riconosciuto in capo a quest'ultimo il diritto al risarcimento" (così Cass. 22 novembre 1993, n. 11503, sub n. 3 della motivazione; contra, tuttavia, anche se con affermazione meramente assertiva, Cass. 21 gennaio 2011, n. 1410, sub n. 2 della motivazione).

La rapidità diviene però superficialità quando dalla soluzione del caso di specie si vuole ricavare un principio di portata generale

Analogo orientamento è stato espresso, tra le altre, da Cass. 9 maggio 2000, n. 5881, anch'essa concernente un caso di lesione provocata al feto, che ha considerato un errore giuridico il "voler ragionare in termini di acquisto del diritto in rapporto a fatti idonei a determinarlo, però prodottosi prima della nascita, quando nel caso si tratta, per la persona, una volta nata, di non subire inerme una menomazione che, prodottasi durante il completamento della propria formazione anteriore alla nascita, produce i suoi effetti invalidanti rispetto al dispiegarsi della propria individualità di persona che esiste"

(così in motivazione, sub 4.1.). 2.2.- Quanto alle modalità di insorgenza del diritto al risarcimento, il caso ora in scrutinio non si differenzia da quello della lesione colposamente cagionata al feto durante il parto, dunque prima della nascita, da cui deriva, dopo la nascita, il diritto del nato al risarcimento per il patito danno alla salute: danno da lesione del diritto alla salute, dunque, e non già del cosiddetto "diritto a nascere sano", che costituisce soltanto l'espressione verbale di una fattispecie costituita dalla lesione provocata al feto, ma che non è ricognitiva di un diritto preesistente in capo al concepito, che il diritto alla salute acquista solo con la nascita. Così come, in altro ambito, null'altro che espressiva di una particolare fattispecie è la locuzione "diritto a non nascere se non sano", alla cui mancanza questa corte ha, in passato (cfr. Cass. 29 luglio 2004, n 14488, seguita da Cass. 14 luglio 2006, n. 16123), correlato la risposta negativa al quesito relativo al se sia configurabile il diritto al risarcimento del nato geneticamente malformato, nei confronti del medico che non abbia colposamente effettuato una corretta diagnosi in sede ecografica ed abbia così precluso alla madre il ricorso all'interruzione volontaria della gravidanza, che ella avrebbe in ipotesi domandato. La diversa costruzione che il collegio ritiene corretta consentirebbe invece, nel caso sopra descritto, una volta esclusa l'esigenza di ravvisare la soggettività giuridica del concepito per affermare la titolarità di un diritto in capo al nato, di riconoscere il diritto al risarcimento anche al nato con malformazioni congenite e non solo ai suoi genitori, come oggi avviene, sembrando del tutto in linea col sistema e con la diffusa sensibilità sociale che sia esteso al feto lo stesso effetto protettivo (per il padre) del rapporto intercorso tra madre e medico; e che, come del resto accade per il padre, il diritto al risarcimento possa essere fatto valere dopo la nascita anche dal figlio il quale, per la violazione del diritto all'autodeterminazione della madre, si duole in realtà non della nascita ma del proprio stato di infermità (che sarebbe mancato se egli non fosse nato)».

Pare di poter affermare che l'argomentazione della Corte sia alquanto confusa.

Vengono equiparate due situazioni tra loro molto differenti proprio in relazione alla nascita che viene assunta quale momento centrale per la disponibilità del diritto al risarcimento.

Il caso del fatto illecito che interviene sul nascituro pregiudicando diritti che egli potrà azionare dopo la nascita è infatti molto diverso

dall'ipotesi di un fatto che non interviene nella sfera giuridica del nascituro, bensì su quella della madre, e costituisce causa diretta di quell'evento, la nascita, cui è subordinato l'esercizio di qualsiasi azione.

Nel primo caso la nascita non costituisce la causa del danno, posto che il soggetto avrebbe astrattamente potuto anche nascere senza patire danni.

Nel secondo caso la nascita, per espressa ammissione della Corte, è causa diretta del danno.

Le implicazioni di questa ricostruzione sono enormi.

Sul piano etico considerare la nascita come fatto dannoso significa prendere una posizione molto netta rispetto ad una concezione relativa della tutela della vita. Intendere cioè la vita non come bene giuridico in sé, quanto in funzione delle capacità di relazione che essa può assicurare all'individuo<sup>8</sup>.

Tale concezione etica della vita imporrebbe al giurista di stabilire delle misure alla stregua delle quali valutare le capacità di relazione dell'individuo per poter indicare la misura del danno patito con la nascita e determinare il risarcimento adeguato<sup>9</sup>.

Pare tuttavia che questo modo di concepire la vita non abbia, per ora, un radicamento certo nel nostro ordinamento<sup>10</sup>.

L'argomentazione della Corte è ancora una volta lontana dalla messa a fuoco della questione che deve passare per una riflessione attenta sul concetto di nesso di causalità.

### 2.3. *La causalità giuridica come giudizio di valore.*

Il concetto giuridico di causalità, diversamente da quello proprio delle scienze naturali, è costruito sulla base di un giudizio di valore<sup>11</sup>.

---

<sup>8</sup> Sulla contrapposizione tra "comunitarismo ed etica della sacralità della vita" e "liberismo ed etica della qualità della vita" cfr. C. TRIPODINA, *Il diritto nell'età della tecnica. Il caso dell'eutanasia*, Jovene, Napoli, 2004, 170 e ss.

<sup>9</sup> Ciò comporterebbe l'esigenza di disciplinare in modo dettagliato la "consulenza genetica". Sul punto cfr. P. SOMMAGGIO, *La consulenza (gen)etica. Nuovi miti. Nuovi oracoli. Libertà della persona*, Angeli, Milano, 2010.

<sup>10</sup> Cfr. I. NICOTRA GUERRERA, *"Vita" e sistema dei valori nella Costituzione*, Giuffrè, Milano, 1997, 93 e ss.

<sup>11</sup> Cfr. V.M. CAFERRA, *Il nesso di causalità nel fatto dannoso*, in M. SPINELLI, *Responsabilità civile*, Adriatica, Bari, 1972, Vol. I, 87: «Il problema della "causalità giuridica" si risolve nella ricerca dei criteri giuridici, che danno rilevanza ad una determinata serie eziologica previamente accertata sul piano extranormativo. Si tratta quindi di accertare se e come viene valutato dall'ordinamento giuridico, ai suoi particolari fini, il nesso di causalità che, per altre scienze diverse dalla scienza giuridica e comunque per comune esperienza, intercorre tra due fenomeni positivi o negativi».

Dal punto di vista meramente fattuale è del tutto evidente che ogni evento non è mai il risultato di una sola causa.

Il concetto giuridico di causalità si costruisce operando un giudizio di valore intorno alle molte cause produttrici di un evento stabilendo quali siano rilevanti per i fini che l'ordinamento intende perseguire<sup>12</sup>.

Così per il diritto penale<sup>13</sup> il rapporto di causalità è ricostruito valutando quali cause siano rilevanti per l'imputazione di un reato<sup>14</sup>.

E analogamente per il diritto civile.

Nell'ipotesi di un inadempimento contrattuale si procederà ad una valutazione delle cause che l'hanno prodotto per stabilire se sia venuta meno l'obbligazione (ad esempio per impossibilità sopravvenuta della prestazione).

E nel caso di responsabilità civile per fatto illecito il nesso di causalità dovrà essere costruito considerando solo i fatti utili a definire come ingiusto il danno prodotto.

Tale giudizio di valore non è stato adeguatamente condotto dalla Corte di cassazione in ordine alla fattispecie del risarcimento per la lesione del diritto a nascere solo se sano.

Come abbiamo avuto modo di vedere la questione si è posta in due ipotesi differenti.

a) Mancata diagnosi da parte del medico di una malattia congenita del nascituro.

b) Pratica medica scorretta (sul piano della comunicazione dei rischi) nei confronti di donna che in ragione di ciò concepirà un figlio malato. Come abbiamo visto questa seconda ipotesi non è neppure stata avvertita dalla Corte di cassazione che l'ha assimilata a quella della lesione del diritto a nascere sano prodotta da una pratica medica scorretta successiva al concepimento.

Le due ipotesi si distinguono per la sequenza delle cause rispetto all'effetto finale rappresentato dalla nascita di un bambino malato.

---

<sup>12</sup> Cfr. R.W. WRIGHT, *Causalità, responsabilità, rischio, probabilità, nude statistiche e prova: sfoltire il cespuglio di rovi chiarendo concetti*, in F. STELLA, (a cura di), *I saperi del giudice. La causalità e il ragionevole dubbio*, Giuffrè, Milano, 2004, 84 e ss.

<sup>13</sup> Cfr. A. MALINVERNI, *Causalità (rapporto di) (diritto penale)*, in *Nov. Dig. It.*, UTET, Torino, 1974, vol.III, 41 e ss.; G. FIANDACA, *Causalità (rapporto di)*, in *Dig. Pen.*, UTET, Torino, 1994, vol.II, 119 e ss.

<sup>14</sup> Ad esempio nel caso dell'omicidio non saranno prese in considerazione tutte le cause che hanno condotto alla morte di un uomo, ma solo quelle che l'ordinamento ha caricato di disvalore ritenendole funzionali all'imputazione. Diversamente sarebbe riconducibile al nesso causale omicidiario anche la scelta della madre della vittima di concepirla e partorirla.

Le cause sono sostanzialmente tre: 1) il concepimento; 2) l'errore medico; 3) la mancata interruzione volontaria della gravidanza.

L'ipotesi a) si realizza secondo la sequenza 1), 2), 3).

L'ipotesi b) si realizza secondo la sequenza 2), 1), 3).

La differente sequenza di tali fattori non è irrilevante sul piano strettamente fenomenico<sup>15</sup>. Nel caso a) l'errore medico non determina la malattia; non la rileva, ma non la determina. Nel caso b) la pratica medica scorretta determina l'insorgere della malattia.

Fino alla decisione del 2009 la Corte di cassazione ha ammesso la domanda di risarcimento in nome del figlio malato nell'ipotesi sub b) dichiarandone l'inammissibilità nell'ipotesi sub a).

Come abbiamo visto nell'ipotesi sub a) la Cassazione ha negato l'ammissibilità della domanda sostenendo che in caso contrario si sarebbe introdotto surrettiziamente l'obbligo di abortire per le madri tempestivamente informate intorno alla malattia del nascituro.

Questa giurisprudenza non considera un elemento: forse ritenendolo ovvio.

Nell'ipotesi b) è possibile che la malattia del nascituro determinata dalla cattiva pratica medica sia diagnosticata tempestivamente, prima della nascita. In questo caso la mancata interruzione di gravidanza è imputabile alla scelta della madre.

Potrebbe il figlio nato a causa di tale scelta agire nei confronti della madre?

In un caso di questo tipo la risposta non potrebbe che essere negativa, se non a costo di una palese incoerenza rispetto agli argomenti che giustificano l'affermata inammissibilità della domanda nell'ipotesi a).

In altre parole, secondo la giurisprudenza seguita fino al 2009, ai fini della qualificazione del diritto al risarcimento del danno rileva solo il comportamento del medico quando esso abbia un rapporto causale stretto con l'insorgere della malattia. In nessun caso rileva la condotta della madre.

La Cassazione ritiene di non qualificare la scelta della madre quale elemento del nesso di causalità giuridica.

Con la sentenza n.9700 del 3 maggio 2011 la Corte di cassazione arriva invece a sostenere che la differente sequenza dei fattori nelle due

---

<sup>15</sup> Sulle fasi della vicenda erronea cfr. M. BARNI, *Diritti – doveri responsabilità del medico. Dalla bioetica al biodiritto*, Giuffrè, Milano, 1999, 341 e s.



ipotesi è irrilevante: l'errore medico comporta comunque la nascita di un bambino malato.

In ogni caso la condotta scorretta del medico è valutata ai fini della causalità giuridica.

Nessuna riflessione è condotta sulla valutazione della eventuale scelta della madre che voglia portare a termine la gravidanza ancorché consapevole della malattia del nascituro.

La Corte pare quindi aver mutato il suo giudizio di valore rispetto agli elementi materiali del nesso di causalità: con ciò determinando un mutamento del rapporto di causalità giuridica.

La domanda che occorre porsi è se tale giudizio di valore sia nella disponibilità della Corte di cassazione o se invece, non sia compito del legislatore, stabilire in via generale quali siano i fatti, naturalisticamente intesi, idonei ad entrare nel rapporto di causalità<sup>16</sup>.

Questa domanda ha avuto una risposta molto netta nell'ordinamento francese.

L'analisi della cosiddetta giurisprudenza *Perruche*, e delle conseguenze normative che ha determinato, ci permetterà di arrivare a qualche considerazione generale intorno all'immagine dei rapporti tra Cassazione e legislatore in Italia e in Francia.

### 3. *L'esperienza francese.*

#### 3.1. *La sentenza Perruche.*

Il diritto a nascere solo se sani è stato sancito in modo molto netto dalla *Assemblée Plénière* della Corte di cassazione francese con la decisione n.99-13701 del 17 novembre 2000, con la quale ha dato avvio alla cosiddetta giurisprudenza *Perruche*, dal nome del piccolo Nicolas *Perruche*, nato gravemente malato a causa di un errore diagnostico<sup>17</sup>.

---

<sup>16</sup> Cfr. G. ALPA, *Il giudice e la responsabilità civile*, in M. BESSONE, (a cura di), *Interpretazione e diritto giudiziale. II. Questioni di giurisprudenza costituzionale, civile e processuale*, Giappichelli, Torino, 1999, 182 e s.: «È sempre più difficile, oggi, condividere la tesi di Guido Calabresi e assegnare alla responsabilità civile l'arduo compito di sistema normativo della società mista. Molte valutazioni di ordine politico, economico, sociale, spettano necessariamente al legislatore e non possono essere affidate alla soggettiva e mutevole valutazione del magistrato. Tuttavia non si può non convenire – [...] – che il sistema della responsabilità civile offre strumenti di controllo delle attività private di incommensurabile versatilità, utili pertanto ad amministrare il danno in modo razionale e a preparare, là dove si rende necessario, l'intervento del legislatore».

<sup>17</sup> La decisione *Perruche* ed il suo seguito hanno acceso un vivace dibattito presso l'opinione pubblica e presso la dottrina francesi. Le nostre riflessioni si concentrano essenzialmente sull'aspetto dei rapporti tra giudice e legislatore. Per un approfondimento sugli altri profili della responsabilità civile ma anche e soprattutto

La drammatica vicenda si era svolta tra la primavera del 1982 e il 14 gennaio 1983, giorno della nascita di Nicolas<sup>18</sup>.

Il 17 aprile 1982 il medico di famiglia dei coniugi Perruche diagnosticava la rosolia alla loro figliolina di quattro anni. La signora Perruche che apprende in quei giorni di essere in stato di gravidanza si sottopone nel maggio successivo a tre accertamenti a seguito dei quali si riscontra una condizione di malattia pregressa e quindi insuscettibile di contagio al feto.

Sulla base di questi risultati la Signora Perruche decide di portare a termine la gravidanza; ma la diagnosi era errata e il piccolo Nicolas presenta i sintomi della sindrome di Gregg, gravi ritardi mentali, sordità bilaterale, retinopatia, cardiopatia.

I coniugi Perruche agiscono in sede civile ed ottengono, il 13 gennaio 1992, la condanna del medico e del laboratorio di analisi da parte del Tribunale di grande istanza di Evry che impone il

---

della bioetica cfr. G. ADEZATI, *Dalla disgrazia al danno: come risarcire chi nasce con l'handicap? L'arte di giudicare della Cassazione francese nell'"affaire Perruche"*, in A. BRAUN, cit., 369 e ss.; M. IACUB, P. JOUANNET, *Introduction: Les choix médicaux en matière de procréation*, in M. IACUB, P. JOUANNET, *Juger la vie*, La Découverte. «Cahiers libres», Paris, 2001, 11 e s.; J. CHANTEUR, *Condamnés à mort ou condamnés à vivre? Autour de l'arrêt Perruche*, *Factuels*, Paris, 2002; M.-P. CHARNET, *Notes pour une philosophie de l'embryon*, in *Etudes*, 2002/3, 332 e s.; P. VERSPIEREN, *Naître n'est plus un préjudice*, in *Etudes*, 2002/4, 437 e ss.; ID., *Une éthique sans principes*, in *Journal français de psychiatrie*, 2002/3, n.17, 33 e ss.; O. CAYLA, Y. THOMAS, *Du droit de ne pas naître. A propos de l'affaire Perruche*, Gallimard, Paris, 2002; M. IACUB, *Penser les droits de la naissance*, PUF, Paris, 2002; L. AYNES, *Malheur et préjudice*, in *Journal français de psychiatrie*, 2002/3, n.17, 5 e ss.; D. SALAS, *L'arrêt Perruche est-il scandaleux?*, *ivi*, 10 e ss.; C. LABRUSSE-RIOU, *L'arrêt Perruche consacre-t-il l'eugénisme?*, *ivi*, 18 e ss.; H. LECLERC, *Interrogations autour de l'arrêt Perruche*, *ivi*, 23 e ss.; J.-J.SALOMON, *La fabrique de l'homme nouveau*, *ivi*, 41 e ss.; J. PERIN, *Petite maïeutique à propos de l'arrêt Perruche*, *ivi*, 63 e s.; M. PEYROT, *La judiciarisation de la morale publique*, in *La lettre de l'enfance et de l'adolescence*, 2002/1, n. 47, 89 e ss.; J.-P. AMANN, *L'arrêt Perruche et nos contradictions face à la situation des personnes handicapées. Point de vue*, in *Revue Française des Affaires sociales*, 2002/3, 125 e ss.; L. GOURAND, *L'arrêt du mirage ? L'échographie prénatale avant et après l'arrêt Perruche*, in S. MISSONNIER, B. GOLSE, M. SOULE, (sous la direction de), *La grossesse, l'enfant virtuel et la parentalité*, PUF, Paris, 2003; D.MEMMI, *Faire vivre et laisser mourir. Le gouvernement contemporain de la naissance et de la mort*, La Découverte, Paris, 2003; L. GOURAND, *L'échographiste et l'accès au ventre*, in *Revue française de psychosomatique*, 2004/2, n. 26, 71 e ss.; A. GOSSERIES, *Penser la justice entre les générations. De l'affaire Perruche à la réforme des retraites*, Aubier, Paris, 2004; L. HELMLINGER, D. MARTIN, *La judiciarisation de la médecine, mythe et réalité*, in *Les Tribunes de la santé*, 2004/4, n. 5, 39 e ss.; J. LANSAC, M. SABOURAUD, *Les conséquences de la judiciarisation de la médecine sur la pratique médicale*, *ivi*, 47 e ss.; D. MOYSE, N. DIEDERICH, *L'échographie prénatale après l'arrêt Perruche. Une modification des pratiques ?*, in *Etudes*, 2005/4, Tome 402, 483 e ss.; D. MOYSE, N. DIEDERICH, *Vers un droit à l'enfant normal? L'arrêt Perruche et l'impact de la judiciarisation sur le dépistage prénatal*, érès, Toulouse, 2006; A. KAHN, *Temps, droit et progrès médical*, in *Les Tribunes de la santé*, 2006/4, n.13, 87 e ss.; J. SANCHEZ, *La dignité et la citoyenneté comme fondements des droits des usagers des politiques sociales*, in *Empan*, 2006/4, 19 e s.

<sup>18</sup> Per una ricostruzione della vicenda sia dal punto di vista medico che da quello processuale cfr. R.-M. LE GOFF, «Responsabilité médicale, pathologie et handicap». «De l'affaire Perruche » ou « Quand le diagnostic prénatal rend urgente et nécessaire la réflexion épistémologique », in *Cités*, 2001/3 n° 7, 139 e ss.

risarcimento dei genitori ma anche del figlio nato per i danni alla propria integrità fisica.

In seguito all'appello proposto dal medico la Corte d'appello di Parigi, il 17 dicembre 1993, conferma la condanna al risarcimento del danno patito dai genitori, ma esclude la risarcibilità del danno patito dal figlio negando l'esistenza di un nesso di causalità tra la diagnosi erronea e la malattia.

I coniugi Perruche ricorrono in Cassazione e la prima sezione civile, con sentenza del 26 marzo 1996, accoglie il ricorso rinviando il giudizio, sul solo punto del nesso di causalità, alla Corte d'appello di Orleans.

Quest'ultima con sentenza del 5 febbraio 1999 conferma l'orientamento della Corte d'appello di Parigi e nega perentoriamente l'esistenza di un nesso causale.

La "ribellione" dei giudici di secondo grado induce la Cassazione, nuovamente investita della questione, a pronunciarsi in *Assemblée plénière*.

La Cassazione doveva fare i conti con un precedente del Consiglio di Stato pronunciato a breve distanza dalla sentenza del 26 marzo 1996 della prima sezione civile, e di segno a questa opposto.

Il 14 febbraio 1997 il giudice amministrativo aveva infatti deciso (Centre hospitalier de Nice c. Quarez), di rigettare il ricorso presentato da una madre in nome del figlio affetto da trisomia 21 nei confronti del centro ospedaliero che non aveva correttamente diagnosticato la malattia in occasione dell'amniocentesi.

Il Consiglio di Stato aveva argomentato la sua decisione sulla base dell'assenza di un nesso causale tra la condotta colpevole dei medici e l'insorgere della malattia.

Con la stessa sentenza esso riconosceva però il diritto dei genitori ad essere risarciti per le spese sostenute per le cure del figlio nelle diverse fasi della malattia.

Il 17 novembre 2000 la Corte di Cassazione giudica in termini antitetici rispetto al nesso di causalità e ritiene che non vi siano ragioni per escludere l'inadempimento dei medici nei confronti della madre come elemento determinante del danno patito dal figlio:

«Attendu, cependant, que dès lors que les fautes commises par le médecin et le laboratoire dans l'exécution des contrats formés avec Mme Perruche 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».

La laconicité della motivazione non deve trarci in inganno. Essa è il frutto di una riflessione articolata e sviluppata da posizioni anche fortemente contrapposte.

Così se il rapporto del consigliere relatore Sargos (paragrafi 39 e 40) ammette l'estensione al figlio del diritto al risarcimento per l'inadempimento contrattuale nei confronti della madre:

«Par un arrêt du 15 décembre 1998 ( Bull.Civ. I . n° 368 ), puis du 18 juillet 2000 (Bull .civ I n° 221 ), la première chambre a d'ailleurs très nettement affirmé, au visa des articles 1165 et 1382 du code civil que *“les tiers à un contrat sont fondés à invoquer l'exécution défectueuse de celui-ci lorsqu'elle leur a causé un dommage, sans avoir à rapporter d'autre preuve”*. 40. Il nous semble donc possible de conclure que l'appréciation du droit qu'à un enfant de demander la réparation du préjudice consécutif à un handicap d'origine endogène ne peut se faire sur le terrain simpliste, sinon erroné, du lien de causalité envisagé biologiquement»

Le conclusioni dell'Avocat Général Sainte Rose sono di segno opposto:

«La cour d'appel de Paris avait rejeté la demande d'indemnisation du préjudice de Nicolas X... en se fondant sur l'absence de lien causal entre l'état de l'enfant et les fautes constatées. La première chambre civile a cassé cette décision, au visa de l'article 1147 du Code civil, en affirmant que *“les parents avaient marqué leur volonté en cas de rubéole de provoquer l'interruption de grossesse et que les fautes commises... étaient génératrices du dommage subi par l'enfant du fait de la rubéole de sa mère”*. Cette motivation elliptique met l'accent sur le dommage causé par la rubéole alors que les praticiens n'ont aucune responsabilité dans sa réalisation. C'est, croyons-nous, à juste raison que la Cour de renvoi a jugé que les fautes médicales - qu'elles soient contractuelles ou non- ne sont pas à l'origine du handicap lequel résulte d'une contamination accidentelle, ni, en amont, de la rubéole contractée par la mère. Ces fautes ont d'ailleurs été commises après la conception comme le souligne l'arrêt attaqué. Nous ne sommes pas dans l'hypothèse où la décision des parents de mettre au monde un enfant a été influencée de manière déterminante par un diagnostic anticonceptionnel erroné ainsi qu'il paraissait avoir été dans l'autre affaire jugée le 26 mars 1996. Nul ne prétend que l'enfant à naître ait été privé de soins de nature à

empêcher ou à minorer les suites de la maladie, ce qui relèverait de la responsabilité médicale de “droit commun”. Il n’est pas davantage allégué que des fautes aient été commises pendant le suivi de la grossesse. La causalité est donc inexistante. Même si l’on retenait la définition la plus large de la causalité, soit l’équivalence des conditions, la situation resterait inchangée».

Dunque il nesso di causalità, inteso come giudizio di valore, come abbiamo avuto modo di sottolineare, rappresenta il punto centrale della questione.

La sentenza della Cassazione francese è emblematica della volontà del giudice di operare direttamente quel giudizio, di essere protagonista della definizione delle fattispecie giuridiche prima che della sussunzione delle fattispecie concrete.

Significative sono le parole con cui si chiudono le conclusioni dello stesso Avocat général. Pur essendo contrarie nel merito al dispositivo della sentenza esse ne condividono “la politica”:

«Si la question essentielle soulevée par les deux pourvois se situe à la frontière du droit et de l’éthique, cela ne signifie pas pour autant qu’elle se situe aux confins de la mission du juge. Elle permet de vérifier, une fois de plus, que l’office du juge est, dans le silence de la loi, d’adapter le droit aux moeurs ou, au besoin, de résister à l’évolution de celles-ci pour préserver les valeurs de la société qu’il estime devoir l’être. La tâche est ici d’importance car elle se rapporte à l’affirmation des nécessaires limites aux extraordinaires pouvoirs que, grâce à l’essor de la biologie et des techniques médicales de prévention ou de prédiction, nous sommes en voie d’acquérir sur nous-mêmes. La décision que vous allez rendre aura valeur de principe et ne sera pas sans incidence sur l’évolution des interruptions thérapeutiques de grossesse et leurs tendances eugéniques ainsi que sur la notion de dignité de la personne humaine et, plus généralement, sur la conception de l’homme que le droit renvoie à la société».

### *3.2. Il dialogo tra Parlamento e Corte di Cassazione.*

La decisione della Corte di cassazione ha avviato un dialogo serrato tra giudice e legislatore.

In reazione alla sentenza sono state presentate numerose proposte di legge da parte di parlamentari di tutti gli schieramenti politici.

Il 13 dicembre 2000 veniva depositato il progetto di legge del deputato Mattei (n.2806) finalizzato ad introdurre «il divieto di intentare un'azione per il risarcimento del danno causato da un handicap trasmesso naturalmente».

Nella stessa data veniva depositato il progetto di legge del deputato Jean-François Chossy (n.2805) «finalizzato a rendere irricevibile le domande di risarcimento per il semplice fatto di essere nati», progetto espressamente orientato a contrastare una giurisprudenza che «reconnait [...] que la vie handicapée peut ne pas être une valeur préférable à la mort et constituer un préjudice».

Il 9 gennaio 2001 era il deputato Bernard Accoyer ad esercitare l'iniziativa legislativa chiedendo una moratoria sulle domande relative all'accertamento della responsabilità per il fatto della nascita o del mantenimento in vita in ragione del fatto che «le lieu d'un tel débat ne se trouve pas dans une enceinte judiciaire, aussi prestigieuse soit-elle mais bien au coeur même de la Nation c'est-à-dire au Parlement».

Il 21 settembre 2001 il senatore Claude Huriet depositava un progetto di legge (n.442) finalizzato a riaffermare la necessità di un nesso di causalità diretta tra l'errore medico e il prodursi dell'handicap.

Il 26 settembre 2001 i deputati Georges Sarre e Jean-Pierre Chevènement avanzavano una proposta di legge (n.3628) volta a garantire il riconoscimento della dignità di ogni forma di vita umana prevedendo a tal fine una modifica dell'articolo 16 del codice civile in forza della quale nessuno avrebbe potuto agire dolendosi del solo fatto di essere nato.

Queste proposte non hanno però avuto un seguito legislativo. In occasione della approvazione della legge sulla modernizzazione sociale il 6 dicembre 2001, è stata infatti seguita l'indicazione del Ministro della Sanità, Bernard Kouchner, che riteneva necessaria una maggiore riflessione su una giurisprudenza che poteva ancora svilupparsi in più direzioni.

La Corte di cassazione di parte sua ribadiva il proprio orientamento con tre pronunce dell'Assemblée Plénière datate 13 luglio 2001, la n. 97-17359, la n. 97-19282 e la n.98-19190.

Ad essere confermato non è soltanto il principio di diritto. Con le tre sentenze la Cassazione mantiene un atteggiamento<sup>19</sup>, e lo mantiene con

---

<sup>19</sup> Atteggiamento che, per altro, era stato apertamente manifestato dal Primo Presidente della Cassazione, Guy Canivet, l'11 gennaio 2002 nel discorso di apertura dell'anno giudiziario quando, ricordando la giurisprudenza del Conseil constitutionnel sulla pratica delle validations législatives, ha ribadito che «il

una consapevolezza che ancora una volta ci viene documentata dalle conclusioni, pur contrarie dell'Avocat Général Sainte Rose.

Il magistrato di Parquet suggerisce espressamente alla Corte di cassazione di non insistere in un atteggiamento che potrebbe portare all'intervento del legislatore. Le suggerisce di impedire «l'intrusione» del legislatore. Di conservare col *self restraint* quel che un eccessivo attivismo potrebbe toglierle:

«Si la proposition de loi de M. Matteï tendant à interdire l'action exercée au nom de l'enfant, dite action de vie préjudiciable, n'a pas eu de suite à l'Assemblée nationale, le malaise social n'a pas disparu pour autant. La commission des affaires sociales de l'Assemblée nationale a récemment procédé à des auditions sur le thème : affaire P..., faut-il légiférer ? Le 28 mars 2001, le Sénat a adopté un amendement de M. Huriet complétant l'article 16 du Code civil par un alinéa ainsi rédigé : "Nul n'est recevable à demander une indemnisation du seul fait de sa naissance". Ce texte a été rejeté par l'Assemblée nationale le 17 avril mais avec la volonté d'attendre les développements de la jurisprudence. Il vous appartient, afin d'éviter l'intrusion du pouvoir législatif [il corsivo è mio] justifiée par les considérations évoquées se rapportant à l'éthique, au respect de l'être humain et à l'évolution de la santé publique, de ne pas confirmer une décision dont on a pu dire qu'elle soulevait davantage de problèmes qu'elle n'en résolvait».

E a questo atteggiamento il legislatore ha reagito con altrettanta fermezza e consapevolezza approvando la legge n. 2002-303 del 4 marzo 2002<sup>20</sup> relativa ai diritti dei malati ed alla qualità del sistema sanitario in forza della quale:

«I. - Nul ne peut se prévaloir d'un préjudice du seul fait de sa naissance. La personne née avec un handicap dû à une faute médicale

---

n'appartient ni au législateur ni au gouvernement de censurer les décisions des juridictions, d'adresser à celles-ci des injonctions et de se substituer à elles dans les litiges relevant de leur compétence. Ni l'un ni l'autre ne peuvent donc se livrer à des remontrances sur des jugements et arrêts, à plus forte raison s'ils se rapportent à des affaires en cours». Anche se non è stato fatto alcun riferimento diretto alla giurisprudenza Perruche, ed anche se il Presidente Canivet ha ricordato correttamente che la giurisprudenza costituzionale riconosce, in relazione ai poteri del Parlamento che «ces principes ne s'opposent pas à ce que, sauf en droit pénal, mais même dans les matières ayant donné lieu à des procès pendants et si l'intérêt général le commande, le législateur modifie rétroactivement les règles que le juge devra appliquer», gli osservatori più attenti hanno colto il tono polemico. In tal senso P. AVRIL, J. GICQUEL, *Chronique constitutionnelle française (1<sup>er</sup> janvier – 8 mai 2002)*, in *Pouvoirs*, 2002/3, 139.

<sup>20</sup> I primi tre commi del paragrafo I dell'articolo 1 della legge sono stati codificati dalla legge n. 2005-102 del 11 febbraio 2005 e costituiscono oggi l'articolo L. 114-5 del "Code de l'action sociale et des familles". La stessa legge ha ripreso, adattandolo, l'ultimo comma dello stesso paragrafo I.

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. 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 relève de la solidarité nationale. Les dispositions du présent I sont applicables aux instances en cours, à l'exception de celles où il a été irrévocablement statué sur le principe de l'indemnisation.

II. - Toute personne handicapée a droit, quelle que soit la cause de sa déficience, à la solidarité de l'ensemble de la collectivité nationale.

III. - Le Conseil national consultatif des personnes handicapées est chargé, dans des conditions fixées par décret, d'évaluer la situation matérielle, financière et morale des personnes handicapées en France et des personnes handicapées de nationalité française établies hors de France prises en charge au titre de la solidarité nationale, et de présenter toutes les propositions jugées nécessaires au Parlement et au Gouvernement, visant à assurer, par une programmation pluriannuelle continue, la prise en charge de ces personnes.

IV. - Le présent article est applicable en Polynésie française, en Nouvelle-Calédonie, dans les îles Wallis et Futuna ainsi qu'à Mayotte et Saint-Pierre-et-Miquelon».

La volontà di reagire alla giurisprudenza della Cassazione è espressa esplicitamente dal rapporto depositato all'Assemblea nazionale dal deputato Jean-François Mattei a nome della Commissione affari culturali, familiari e sociali (n. 3462 del 12 dicembre 2001).

È di per sé sufficiente la lettura dell'indice del documento: *Introduction. 1) Une jurisprudence inacceptable. 2) L'indispensable intervention du législateur. 3) Travaux de la commission.*

La risarcibilità del danno patito per il solo fatto di essere nati viene esclusa in termini categorici sulla base di una definizione molto precisa della causalità giuridica.

Non solo. La legge stabilisce anche che i genitori non potranno agire neppure in nome proprio in relazione ai costi necessari per affrontare le difficili condizioni di vita dei figli. Queste spese saranno a



carico della previdenza sociale: la scelta politica di fondo è evidentemente quella di non qualificare la nascita di un figlio quale fatto dannoso per gli interessi patrimoniali di chicchessia.

La legge non opera quindi una scelta tra la giurisprudenza del Consiglio di Stato (che ammetteva il risarcimento per i genitori per le spese derivanti dalle cure al figlio) e della Corte di cassazione. Essa apre una terza via.

Inoltre la legge ha effetto retroattivo trovando come unico limite l'avvenuta formazione del giudicato. Ciò non è senza significato sotto il profilo che ci interessa: il legislatore non vuole lasciare alcuno spazio alla regola giurisprudenziale.

### *3.3. La giurisprudenza della Corte Europea per i Diritti dell'Uomo e il suo seguito.*

Nel dialogo tra giudici e legislatore è intervenuta anche la Corte Europea per i Diritti dell'Uomo in due occasioni.

Essa è stata adita la prima volta dai coniugi Lionel e Christine Draon divenuti genitori, il 10 dicembre 1996, di un bambino affetto da gravi patologie psicomotorie non diagnosticate nella fase prenatale.

La coppia agiva nei confronti del centro ospedaliero davanti al Tribunale amministrativo di Parigi nel marzo del 1999. Durante il procedimento veniva approvata la legge n. 2002-303 del 4 marzo 2002 che impediva, con effetto retroattivo, di valutare a fini risarcitori le spese sostenute dai genitori per accudire il figlio nelle diverse fasi della malattia.

Analoga la vicenda dei coniugi Didier e Sylvia Maurice.

Questi, il 25 settembre 1997, erano divenuti genitori di un bambino affetto da amiotrofia spinale, malattia che non era stata diagnosticata nella fase prenatale a causa di un errore medico in forza del quale essi non avevano potuto valutare l'ipotesi delle interruzione di gravidanza (scelta che gli stessi coniugi avevano già in precedenza compiuto in analoga situazione).

La coppia aveva agito nei confronti del centro di analisi mediche davanti al Tribunale amministrativo di Parigi nel dicembre del 2000. Nel corso del lungo procedimento giunto fino al Consiglio di Stato veniva approvata la legge n. 2002-303 del 4 marzo 2002 con le conseguenze già descritte.

Il 6 ottobre 2005 la Corte Europea per i Diritti dell'Uomo pronunciava due sentenze di condanna nei confronti della Francia la decisione n. 1513/2003 Draon vs. France e la decisione n. 11810/03, Maurice vs France.

La Corte fondava la condanna sulla violazione dell'articolo 1 del 1° protocollo addizionale alla Convenzione Europea per i Diritti dell'Uomo in forza del quale uno Stato può limitare il diritto al godimento di un bene solo in presenza di un prevalente interesse pubblico.

La Corte ha attribuito il valore di "bene", ai sensi dell'articolo 1 del 1° protocollo, alla aspettativa risarcitoria dei genitori.

Essa è stata qualificata come legittima in ragione della costante giurisprudenza della Corte di cassazione e del Consiglio di Stato.

La legge n. 2002-303 del 4 marzo 2002, introducendo retroattivamente una nuova disciplina del risarcimento per il danno causato da una erronea diagnosi prenatale ha rappresentato, agli occhi della Corte, una lesione di tale legittima aspettativa in ragione della sproporzione tra l'interesse pubblico conseguito e l'invasività dello strumento utilizzato (la retroattività della legge).

Le decisioni della Corte Europea hanno avuto un seguito immediato presso la Corte di cassazione e il Consiglio di Stato francesi.

Questi applicando il principio di convenzionalità<sup>21</sup>, che consente ai giudici francesi di disapplicare una legge quando essa sia contraria alla CEDU, hanno pronunciato diverse sentenze (Corte di Cassazione: 24 gennaio 2006, n.02-12260, prima camera civile; 30 ottobre 2007, n. 06-07-17325, prima camera civile; 8 luglio 2008, n.02-07-12159, prima camera civile. Consiglio di Stato: 24 febbraio 2006, n.250704, quinta e quarta sottosezioni riunite) con le quali si disapplicava la legge n. 2002-303 del 4 marzo 2002 relativamente a fattispecie determinatesi prima della sua entrata in vigore.

Così la Corte di cassazione<sup>22</sup> (24 gennaio 2006, n.02-12260) ha affermato il principio:

---

<sup>21</sup> Cfr. M. CAVINO, *L'eccezione di incostituzionalità delle leggi*, in M. CAVINO, A. DI GIOVINE, E. GROSSO, *La Quinta Repubblica francese dopo la riforma costituzionale del 2008*, Giappichelli, Torino, 2010, 124.

<sup>22</sup> E nello stesso senso il Consiglio di Stato, 24 febbraio 2006, n.250704, quinta e quarta sottosezioni riunite: «Considérant que, si selon l'article 1<sup>er</sup> du premier protocole additionnel à la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, une personne peut être privée d'un droit de créance en réparation d'une action en responsabilité, c'est à la condition que soit respecté le juste équilibre entre les exigences de l'intérêt général et les impératifs de sauvegarde du droit au respect des biens; que l'article 1<sup>er</sup> I de la loi du 4 mars 2002, en excluant du préjudice des parents les charges particulières découlant du handicap de l'enfant tout au long de sa vie, en

«Attendu, toutefois, que si une personne peut être privée d'un droit de créance en réparation d'une action en responsabilité, c'est à la condition, selon l'article 1er du protocole n° 1 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, que soit respecté le juste équilibre entre les exigences de l'intérêt général et les impératifs de sauvegarde du droit au respect des biens; que tel n'est pas le cas en l'espèce, dès lors que l'article 1er I, en prohibant l'action de l'enfant et en excluant du préjudice des parents les charges particulières découlant du handicap de l'enfant tout au long de la vie, a institué un mécanisme de compensation forfaitaire du handicap sans rapport raisonnable avec une créance de réparation intégrale quand les époux Y... pouvaient, en l'état de la jurisprudence applicable avant l'entrée en vigueur de cette loi, légitimement espérer que leur préjudice inclurait les charges particulières découlant tout au long de la vie de l'enfant, du handicap; d'où il suit, ladite loi n'étant pas applicable au présent litige, que le moyen est inopérant».

#### 3.4. *La posizione del Conseil constitutionnel.*

La legge n. 2002-303 del 4 marzo 2002 è entrata in vigore senza essere preventivamente controllata dal *Conseil constitutionnel*.

Ciò ha indotto a non poche perplessità<sup>23</sup> dal momento che la sua efficacia retroattiva poneva sul piano della costituzionalità gli stessi interrogativi che la Corte di Strasburgo aveva risolto su quello della convenzionalità.

La riforma costituzionale del 2008 introducendo in Francia il controllo di costituzionalità delle leggi a posteriori<sup>24</sup> ha consentito anche

---

subordonnant l'engagement de la responsabilité de l'auteur de la faute à une faute caractérisée et en instituant un mécanisme de compensation forfaitaire des charges découlant du handicap ne répondant pas à l'obligation de réparation intégrale, a porté une atteinte disproportionnée aux créances en réparation que les parents d'un enfant né porteur d'un handicap non décelé avant sa naissance par suite d'une faute pouvaient légitimement espérer détenir sur la personne responsable avant l'entrée en vigueur de cette loi ; que dès lors les dispositions de l'article 1<sup>er</sup>, I de la loi du 4 mars 2002, en ce qu'elles s'appliquent aux instances en cours sous la seule réserve qu'elles n'aient pas donné lieu à une décision statuant irrévocablement sur le principe de l'indemnisation, sont incompatibles avec l'article 1er du premier protocole additionnel à la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ; qu'il suit de là que les règles édictées par la loi nouvelle restrictives du droit de créance dont se prévalaient M. et Mme X ne pouvaient recevoir application à l'instance engagée par eux pour obtenir réparation des conséquences dommageables résultant de la naissance le 23 septembre 1992 de leur fille Eva porteuse d'un handicap non décelé par le centre hospitalier universitaire de Brest pendant la grossesse de Mme X».

<sup>23</sup> Cfr. D. DE BECHILLON, *Elargir la saisine du Conseil constitutionnel?*, in *Pouvoirs*, 2003/2, n° 105, 103 e ss.

<sup>24</sup> Cfr. M. CAVINO, *L'eccezione di incostituzionalità*, cit., 123 e ss.

al giudice costituzionale di pronunciarsi su tale delicata vicenda<sup>25</sup>, con la sentenza 2010-2 QPC del 11 giugno 2010<sup>26</sup>.

Il *Conseil constitutionnel* ha dichiarato la illegittimità costituzionale del comma 2 del paragrafo II dell'articolo 2 della legge n. 2005-102 del 11 febbraio 2005 che permette l'applicazione retroattiva della legge n. 2002-303 del 4 marzo 2002 (ora articolo L.114-5 del *Code de l'action sociale et des familles*).

L'argomentazione seguita dal giudice costituzionale è coerente con la sua giurisprudenza in tema di *validations législatives*<sup>27</sup> in forza della quale l'intervento retroattivo del legislatore è legittimo quando finalizzato alla tutela di un interesse di rilievo costituzionale, non lesivo di un interesse di pari importanza e pertanto proporzionato (ragionevole).

Nel caso di specie, come già aveva sostenuto la Corte di Strasburgo, la retroattività della legge comportava una lesione sproporzionata dei diritti del cittadino e pertanto doveva essere dichiarata illegittima<sup>28</sup>.

---

<sup>25</sup> Il giudice costituzionale è stato investito della questione dal Consiglio di Stato (decisione di rinvio n.329290 del 14 aprile 2010), secondo la procedura prevista dall'articolo 61-1 della Costituzione. Oggetto del giudizio a quo era la domanda di risarcimento per errore diagnostico, commesso nel 1992, formulata da una madre, in nome proprio, e in nome del figlio affetto da malattia congenita.

<sup>26</sup> In argomento cfr. V. LARRIBAU-TERNEYRE, *A question prioritaire de constitutionnalité, réponse prioritaire*, in *Droit de la famille*, n° 7-8, juillet 2010, 2 e s.; D. VIGNEAU, *La loi "anti-perruche" validée par le Conseil constitutionnel*, in *Dictionnaire Permanent Bioéthique*, n° 206, juillet 2010, 1 e ss.; ID., *La constitutionnalité de la loi "anti-perruche"*, *Recueil Dalloz*, n° 30, 1976 e ss.; F. HAMON, *Le «droit de ne pas naître» devant le Conseil constitutionnel*, in *Les petites affiches*, 29 juillet 2010 n° 150, 4 e ss.; C. DE SALINS, *La "loi Anti Perruche". Conclusions sur Conseil d'Etat 14 avril 2010, Mme L., req. n°329290*, in *Revue française de droit administratif*, 2010, n°4, 696 e ss.; V. BERNAUD, L. GAY, *Le Conseil constitutionnel face au contentieux du handicap non décelé au cours de la grossesse*, in *Recueil Dalloz*, n° 30, 2010, 1980 e ss.; PH. PEDROT, J SAINTE-ROSE, *La validation par le Conseil constitutionnel du dispositif "anti-Perruche" et du régime de responsabilité des professionnels et établissements de santé*, in *Recueil Dalloz*, n° 32, 2086 e ss.; S. MAHE J.-A. ROBERT, *Le Conseil constitutionnel face au dispositif "anti-perruche"*, in *Gazette du palais*, n°286-287, octobre 2010, 16 e ss.; P. PUIG, *Le Conseil constitutionnel et la modulation dans le temps des décisions QPC*, in *Revue trimestrielle de droit civil*, 2010, n° 3, 517; N. NEFUSSY-VENTA, *Les "bébés" des arrêts Perruche et Quarez : une espèce en voie de disparition*, in *Droit de la famille*, n°12, 2010, 19 e ss.; P. DE BAECKE, *Le régime de la réparation du préjudice causé par une erreur dans le diagnostic prénatal devant le juge de la question prioritaire de constitutionnalité*, in *Constitutions*, 2010, n° 3, 403 e ss.

<sup>27</sup> Cfr. M. CAVINO, *Profili formali e sostanziali della separazione dei poteri. Il Conseil constitutionnel francese e le validations législatives*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2000, in particolare 576 e ss.

<sup>28</sup>«22. Considérant en conséquence que, si le législateur peut modifier rétroactivement une règle de droit ou valider un acte administratif ou de droit privé, c'est à la condition de poursuivre un but d'intérêt général suffisant et de respecter tant les décisions de justice ayant force de chose jugée que le principe de non-rétroactivité des peines et des sanctions ; qu'en outre, l'acte modifié ou validé ne doit méconnaître aucune règle, ni aucun principe de valeur constitutionnelle, sauf à ce que le but d'intérêt général visé soit lui-même de valeur constitutionnelle; qu'enfin, la portée de la modification ou de la validation doit être strictement définie; 23. Considérant que le

La sostanza normativa della legge viene invece dichiarata conforme a Costituzione.

Quanto all'esclusione della possibilità di agire in giudizio per il solo fatto di essere nati il giudice costituzionale afferma chiaramente che solo il legislatore è abilitato a definire in termini generali a quali condizioni possa essere invocata la responsabilità civile, contrattuale e da fatto illecito<sup>29</sup>. Esso deve rispettare il principio di uguaglianza evitando che la differente qualificazione del regime di responsabilità possa risultare discriminatoria<sup>30</sup>: entro quel limite il legislatore si muove nel pieno delle sue attribuzioni e la sua azione è conforme a Costituzione.

E nel caso di specie, secondo il *Conseil constitutionnel*, il limite è stato rispettato.

«6. Considérant, en premier lieu, qu'il ressort des termes des deux premiers alinéas de l'article L. 114-5 du code de l'action sociale et des familles qu'il n'est fait obstacle au droit de l'enfant de demander réparation aux professionnels et établissements de santé que lorsque la faute invoquée a eu pour seul effet de priver sa mère de la faculté d'exercer, en toute connaissance de cause, la liberté d'interrompre sa grossesse ; que ces

---

paragraphe I de l'article 1er de la loi du 4 mars 2002 susvisée est entré en vigueur le 7 mars 2002; que le législateur l'a rendu applicable aux instances non jugées de manière irrévocable à cette date ; que ces dispositions sont relatives au droit d'agir en justice de l'enfant né atteint d'un handicap, aux conditions d'engagement de la responsabilité des professionnels et établissements de santé à l'égard des parents, ainsi qu'aux préjudices indemnisables lorsque cette responsabilité est engagée; que, si les motifs d'intérêt général précités pouvaient justifier que les nouvelles règles fussent rendues applicables aux instances à venir relatives aux situations juridiques nées antérieurement, ils ne pouvaient justifier des modifications aussi importantes aux droits des personnes qui avaient, antérieurement à cette date, engagé une procédure en vue d'obtenir la réparation de leur préjudice; que, dès lors, le 2 du paragraphe II de l'article 2 de la loi du 11 février 2005 susvisée doit être déclaré contraire à la Constitution».

<sup>29</sup> «4. Considérant qu'aux termes de l'article 34 de la Constitution: «La loi détermine les principes fondamentaux... du régime de la propriété, des droits réels et des obligations civiles et commerciales»; qu'il est à tout moment loisible au législateur, statuant dans le domaine de sa compétence, d'adopter des dispositions nouvelles dont il lui appartient d'apprécier l'opportunité et de modifier des textes antérieurs ou d'abroger ceux-ci en leur substituant, le cas échéant, d'autres dispositions, dès lors que, dans l'exercice de ce pouvoir, il ne prive pas de garanties légales des exigences de caractère constitutionnel; que l'article 61-1 de la Constitution, à l'instar de l'article 61, ne confère pas au Conseil constitutionnel un pouvoir général d'appréciation et de décision de même nature que celui du Parlement ; que cet article lui donne seulement compétence pour se prononcer sur la conformité d'une disposition législative aux droits et libertés que la Constitution garantit».

<sup>30</sup> «5. Considérant que l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 dispose que la loi «doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse »; que le principe d'égalité ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général pourvu que, dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit».

professionnels et établissements demeurent tenus des conséquences de leur acte fautif dans tous les autres cas ; que, par suite, le premier alinéa de l'article L. 114-5 n'exonère pas les professionnels et établissements de santé de toute responsabilité;

7. Considérant, en deuxième lieu, qu'après l'arrêt de la Cour de cassation du 17 novembre 2000 susvisé, le législateur a estimé que, lorsque la faute d'un professionnel ou d'un établissement de santé a eu pour seul effet de priver la mère de la faculté d'exercer, en toute connaissance de cause, la liberté d'interrompre sa grossesse, l'enfant n'a pas d'intérêt légitime à demander la réparation des conséquences de cette faute ; que, ce faisant, le législateur n'a fait qu'exercer la compétence que lui reconnaît la Constitution sans porter atteinte au principe de responsabilité ou au droit à un recours juridictionnel;

8. Considérant, en troisième lieu, que les dispositions contestées ne font obstacle au droit de l'enfant né avec un handicap d'en demander la réparation que dans le cas où la faute invoquée n'est pas à l'origine de ce handicap ; que, dès lors, la différence de traitement instituée ne méconnaît pas le principe d'égalité».

Quanto alla legittimità della esclusione della possibilità per i genitori di quantificare a fini risarcitori le spese sostenute per accudire il figlio, tra i diversi argomenti addotti dal *Conseil constitutionnel*, uno pare essere significativo e capace di giustificare anche la decisione sulla legittimità del divieto di azione in capo al figlio per il fatto di essere nato.

Il giudice costituzionale afferma chiaramente che le scelte etiche di portata generale spettano *solo* al legislatore<sup>31</sup>:

« 14. Considérant, en deuxième lieu, qu'il résulte des travaux parlementaires de la loi du 4 mars 2002 susvisée que les dispositions critiquées tendent à soumettre la prise en charge de toutes les personnes atteintes d'un handicap à un régime qui n'institue de distinction ni en fonction des conditions techniques dans lesquelles le handicap peut être décelé avant la naissance, ni en fonction du choix que la mère aurait pu faire à la suite de ce diagnostic ; qu'en décidant, ainsi, que les charges particulières découlant, tout au long de la vie de l'enfant, de son handicap, ne peuvent constituer un préjudice indemnisable lorsque la faute invoquée n'est pas à l'origine du handicap, *le législateur a pris en*

---

<sup>31</sup> Cfr. B. MATHIEU, *Neuf mois de jurisprudence relative à la QPC. Un bilan*, in *Pouvoirs*, 2011, n. 137, 69 e s.

*compte des considérations éthiques et sociales qui relèvent de sa seule appréciation [il corsivo è mio]».*

#### 4. Conclusioni.

Le esperienze italiana e francese relativamente al diritto a non nascere si distinguono per il diverso grado di approfondimento della questione.

Come abbiamo avuto modo di chiarire da subito, tale differenza dipende essenzialmente dall'atteggiamento tenuto fino ad ora dalla Corte di cassazione italiana.

Sul tema essa non ha manifestato quell'attivismo che ha caratterizzato la sua giurisprudenza su altri temi, eticamente sensibili e non.

Attivismo<sup>32</sup> che ha invece rappresentato la cifra della giurisprudenza della Cassazione francese.

I giudici francesi si sentono protagonisti, non meno dei colleghi italiani, di un processo di rinnovamento del ruolo della magistratura nella architettura dello Stato costituzionale.

Il dibattito sui rapporti tra legislazione e giurisdizione, attuale in tutti i contesti democratici, ha assunto in Francia come in Italia una particolare declinazione a partire dagli anni novanta del secolo scorso, a causa dell'intervento sempre più frequente della magistratura sull'ambito politico<sup>33</sup>.

I fenomeni corruttivi e gli scandali hanno posto, in Italia come in Francia, non già la questione della soggezione della politica al diritto: essa ha una risposta scontata in ogni Stato di diritto costituzionale.

La questione posta, soprattutto dall'atteggiamento della magistratura che agendo come corpo sociale più che come potere dello Stato ha spesso condotto opere di moralizzazione più che di ripristino della legalità<sup>34</sup>, è stata quella della abilitazione alla produzione del diritto cui la politica deve soggiacere.

---

<sup>32</sup> Sul tema cfr. G. CANIVET, *Activisme judiciaire et prudence interprétative. Introduction générale*, in *Archives de philosophie du droit*, 2006, n.50, 9 e ss.

<sup>33</sup> Cfr. V. ROUSSEL, *La judiciarisation du politique, réalités et faux semblants*, in *Mouvements*, 2003/4, n.29, 12 e ss.; A. DE ANDRADE, L. MATHIEU, *Le juge: dernier recours face aux questions de société?. Dialogue entre Antoine Garapon et Géraud de la Pradelle*, ivi, 66 e ss.

<sup>34</sup> Cfr. J.-P. ROYER, J.-P. JEAN, B. DURAND, N. DERASSE, B. DUBOIS, *Histoire de la justice en France*, PUF, Paris, 2010, 1168: «Il y aurait ainsi trois types de magistrats, sans d'ailleurs que les catégories soient hermétiques et sans interdire un passage possible de l'une à l'autre. Il y aurait d'abord *le judex miles*, *le juge soldat*, bâti sur le modèle classique du défenseur de l'ordre qui est aussi soldat du droit, qu'il applique et ne

In Italia come in Francia la magistratura ha rivendicato una preminenza sulla legislazione che supera sicuramente la mite composizione descritta, vent'anni or sono, da Gustavo Zagrebelsky<sup>35</sup>.

Pare del tutto evidente che tale rivendicazione è incompatibile con la natura dello Stato di diritto costituzionale.

Se è vero che nello Stato costituzionale pluralista non c'è posto per un signore del diritto, se è vero che legislatore e giudici devono cooperare prendendosi cura del diritto, è però altrettanto chiaro che tale cooperazione presuppone una netta differenza di ruoli che affida al legislatore il compito di affermare in linea generale, le opzioni di valore condivise nella società, attribuendo ai giudici la funzione, non meno importante, di mobilitare quelle opzioni di fondo nella esperienza del concreto, contaminando le une e l'altra ma avendo ben chiaro che le une e l'altra sono distinte dalla forza della legittimazione democratica che sorregge direttamente le une e non l'altra<sup>36</sup>.

Questo è il senso delle parole del *Conseil constitutionnel* relativamente al diritto a non nascere: «le législateur a pris en compte des considérations éthiques et sociales qui relèvent de sa seule appréciation».

---

veut ou dit ne vouloir qu'appliquer, en dehors de toute autre considération. Ce modèle est traditionnel et transgénérationnel et même transséculaire, il est de toutes les époques, il n'a pas à se justifier et retire sa légitimité naturelle de sa désignation officielle. A côté et possédant, bien sûr, la même légitimité originelle, il y aurait celui que l'on pourrait appeler *le judex sacerdos*, *le juge-prêtre*, celui qui, ayant ou non gardé des fonctions effectives au palais mais devenu un moraliste plus qu'un magistrat, a mis toutes ses forces dans la redéfinition et la défense des valeurs, qui fait participer la justice au grand mouvement sociétal contemporain du retour à l'éthique qui s'observe dans nombre de professions, de la médecine à l'école en passant par le droit et les instituts d'éthique. Il y aurait en troisième lieu, toujours issu du même corps, *le judex salvator*, *le juge-sauveur*, plus politique que juge et qui éventuellement entrera lui-même en politique, celui qui a décidé de donner un grand coup de pied dans la termitière et de voler au secours de la République en danger».

<sup>35</sup> G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Einaudi, Torino, 1992, 213.

<sup>36</sup> S. SICARDI, *Percorsi e vicende del Terzo Potere dallo Stato liberale allo Stato costituzionale: da uno sguardo d'insieme alla situazione italiana*, in ID., (a cura di), *Magistratura e democrazia italiana: problemi e prospettive*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2010, in particolare 22 e ss., e A. DI GIOVINE, *Potere giudiziario e democrazia costituzionale*, *ivi*, 37 e ss. sottolineano come l'interpretazione della Costituzione, quale base normativa delle scelte politiche, spetta anzitutto ai rappresentanti politico elettivi ma non solo ad essi. Pare di potere affermare che nella attuale configurazione della dinamica tra i poteri dello Stato tale giusta considerazione potrebbe essere così riformulata: l'interpretazione della Costituzione, quale base normativa delle scelte politiche, spetta senza dubbio anche ai giudici, ma non solo ad essi. Sul tema cfr. R. BADINTER, *Une si longue méfiance*, in *Pouvoirs*, 1995, n.74, 7 e ss.; A. GARAPON, *La question du juge*, *ivi*, 13 e ss.; P. BOURETZ, *Entre la puissance de la loi et l'art de l'interprétation: l'énigmatique légitimité du juge*, *ivi*, 71 e ss.; D. LUDET, *Quelle responsabilité pour les magistrats?*, *ivi*, 119 e ss.; C. GUARNIERI, P. PEDERZOLI, *La magistratura nelle democrazie contemporanee*, Laterza, Roma, Bari, 2002, 164; R. ROMBOLI, *L'attività creativa di diritto da parte del giudice dopo l'entrata in vigore della Costituzione*, in G. CAMPANELLI, (a cura di), *Controllare i giudici? (cosa, chi, come, perché)*, Giappichelli, Torino, 42 e ss.