

Cour de cassation. Arrêt du 17 novembre 2000 rendu par l'Assemblée plénière. Pourvoi n°99-13.701. - C.A. Orléans, 5 février 1999. - M. X..., administrateur légal des biens de son fils mineur Nicolas et a. c/ Mutuelle d'assurance du corps sanitaire français et a.

Diritto a non nascere – Risarcibilità dell'esistenza - Ordinamento francese – Wrongful life actions – Giurisprudenza americana. Dès lors que les fautes commises par un médecin et un laboratoire dans l'exécution des contrats formés avec une femme enceinte 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.
(<http://www.courdecassation.fr/moteur/526/diff526.htm>)

Il «diritto a non nascere»: verso il riconoscimento delle wrongful life actions nel diritto francese?

(in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2001, II, 677)

1. L'arrêt della Cour de cassation reso in assemblea plenaria il 17 novembre 2000 in accoglimento di una richiesta risarcitoria - che può farsi rientrare nella definizione di *wrongful life action* (vd. infra) - contribuisce ad un'ulteriore articolazione del dibattito attuale su diritto e bioetica. Difficile, infatti, ignorare la contestualità con il progetto di legge di modifica della legge Veil relativa all'interruzione volontaria di gravidanza e l'iniziativa governativa di riforma delle c.d. *lois de bioéthique* del 1994. Difficile altresì ignorare la contestualità con la nascita del primo neonato francese concepito in vitro dopo una DPI (*diagnostic pré-implantatoire*) che, attuando la selezione dei soli embrioni sani tra i possibili portatori di grave patologia congenita, ha evocato - così come l'arrêt in questione - timori di eugenismo. Di là dal contesto di stretta attualità e su un piano più strettamente giuridico, va rilevato come nel caso *Perruche* si confermi una posizione già espressa dalla stessa corte nel 1996 e come la sentenza che oggi è discussa sia intervenuta solo in seguito al rinvio alla *Cour d'Orleans* che, di fatto - ad ulteriore conferma della delicatezza della materia - non si era conformata ai principi individuati dalla *Cour de cassation*, con quello che è stato definito *arrêt de rébellion*. E' quindi alle motivazioni espresse nel 1996 che si rivolge la nostra attenzione, sia per ciò che concerne l'arrêt *Perruche*, sia per ciò che riguarda l'altro arrêt contestualmente esaminato dalla *Cour*, in accoglimento di un'altra *wrongful life action*.

2. Il caso è noto e merita quindi solo un breve riepilogo. Una donna ai primi mesi di gravidanza si rivolge al proprio medico curante per la verifica di un eventuale contagio da rosolia, malattia dalla quale è affetta la propria figlia. A conoscenza dei rischi che tale patologia determina per il feto, la donna manifesta l'intenzione di interrompere la gravidanza in caso d'esito positivo. Le rassicurazioni ricevute dal laboratorio d'analisi e dal proprio medico, che la ritengono immunizzata, la inducono a portare a termine la gravidanza, ma le gravi patologie che si manifestano nel primo anno di vita del figlio Nicolas attestano l'avvenuto contagio e quindi l'inesattezza della diagnosi. I coniugi *Perruche* decidono di agire in giudizio proponendo due domande di risarcimento: una in nome proprio ed una in rappresentanza del figlio, lamentando in entrambi i casi la mancata possibilità di scelta da parte dei genitori in merito all'interruzione di gravidanza, non effettuata solo a causa dell'inesattezza delle informazioni

ricevute. La negligenza professionale dei convenuti viene individuata come la causa diretta di una nascita che ha condotto i primi ad avere un figlio gravemente handicappato ed il secondo a condurre un'esistenza sofferente.

Il *tribunal d'Évry* riconosce in prima istanza la negligenza colposa dei convenuti (laboratorio d'analisi e medico curante) ed accoglie la richiesta di risarcimento di entrambi gli attori. Adita in secondo grado, la *Cour d'appel* di Parigi conferma l'indennizzo del danno subito dai genitori, ma respinge la domanda del figlio sulla base dell'assenza di nesso di causalità tra le patologie sviluppate, riconducibili alla sola malattia, e l'errore imputabile ai soggetti condannati. È quindi solo su quest'ultimo punto che si pronuncia la Cassazione nel 1996, confermando la posizione del *tribunal d'Évry* e rinviando la causa alla *Cour d'appel* d'Orleans. A seguito del già menzionato *arrêt de rébellion* di questa, si giunge nel 2000 all'ulteriore sentenza della *Cour de cassation* che, di fatto, ripropone la posizione già espressa nel 1996.

Sulla prima domanda (richiesta di risarcimento dei genitori) si possono registrare numerosi precedenti dello stesso segno. La giurisprudenza francese sembra aver accolto il principio in virtù del quale la nascita di un figlio sano, seppur non desiderata (conseguente ad esempio alla mancata riuscita di un'interruzione di gravidanza o di un procedimento di sterilizzazione a scopo contraccettivo), non può dar luogo a risarcimento. La motivazione di questa posizione risiede nell'affermazione che la nascita rappresenta un beneficio per il genitore, incompatibile quindi con la configurazione di un danno. Il risarcimento può invece intervenire se sussistono elementi di particolare rilievo (infermità del figlio) o altre gravi circostanze (ad esempio gravidanza dovuta a violenza carnale o incesto) che connotino tale evento in senso negativo. (*Cour d'appel de Riom* 6 juill. 1989: « La naissance d'un enfant ne peut constituer par elle-même, au plan moral, un dommage et il ne pourrait en être autrement que si l'enfant avait été conçu à la suite d'un viol ; le dommage susceptible de provenir d'une naissance non désirée ne peut résulter que d'un traumatisme d'ordre psychologique, donc essentiellement subjectif, qu'aurait subi la mère (...) Attendu que la naissance, événement exactement contraire, ne peut être présumé causer à la mère qui a mis l'enfant au monde une profonde affliction dont le retentissement se poursuivra longtemps », in Rec. D. 1990, Jurisprudence p.284 appellata in *Cour de Cassation* 1re civ. 25 juin 1991, dove trova conferma: « (...) l'existence de l'enfant qu'elle a conçu ne peut, à elle seule, constituer pour sa mère un prejudice juridiquement réparable, même si la naissance est survenue après une intervention pratiquée sans succès en vue de l'interruption de la grossesse (...). », in Rec. D. 1991, Jurisprudence p.566)

Nelle parole delle Corti emerge l'idea che la nascita di un figlio sano sia un *événement présumé heurieux* equiparabile ad un danno solo in presenza dei fattori menzionati, in mancanza dei quali si nega la risarcibilità di una nascita non desiderata *tout court*. La cautela che si registra nell'accoglimento della richiesta di risarcimento per la mancata possibilità di scelta in merito all'interruzione di gravidanza da parte dei genitori può ricondursi anche alla correlazione che può derivarne e che individua in tale possibilità un vero e proprio diritto, aspetto in merito al quale si scontrano rispettivamente sostenitori e critici di questo tipo di azioni e naturalmente dell'aborto. Va registrato come nelle discussioni relative all'approvazione della legge Veil del 1975 tale visione sembrasse esclusa. (Secondo alcuni autori la configurazione dell'interruzione di gravidanza come diritto sarebbe esclusa anche dal *Conseil constitutionnel*, cfr. Favoreu e Philip in *Rev. Dr. Publ.* 1975, 194 e ss. cit. in M. Heers, *Existe-t-il un droit à l'avortement?*, *Revue de droit sanitaire et social*, janvier-mars 1991, ed. Sirey, Paris, 69 e ss. ed

anche P. Le Tourneau, *De la responsabilité du chirurgien après une tentative infructueuse d'interruption volontaire licite de grossesse*, Rec. D. 1990, Jurisprudence, 284.)

Non si può però ignorare come le proposte di riforma attualmente in discussione sembrino orientate in questa direzione. (La revisione delle *lois de bioéthique* del 1994 sarà discussa in Parlamento nel secondo trimestre del 2001, cfr., per una ricostruzione delle proposte di riforma, tra gli altri: Jean-Yves Nau, *Le gouvernement autorise la recherche sur l'embryon humain*, *Le Monde* 28 novembre 2000.)

Se si afferma che la nascita non accompagnata da elementi di segno negativo rappresenta in ogni caso un beneficio anche quando non desiderata, si dà per presupposta l'intangibilità della vita in tutti i suoi aspetti. Tale visione monistica dell'esistenza determina una correlazione sul piano della tutela giuridica che, preso atto dell'unitarietà del principio, ritiene di poterlo garantire solo affermando l'imprescindibilità d'ogni profilo dello stesso. La tenuta di quest'asserzione presuppone la verifica di tale unitarietà in ambito costituzionale, che sola può attestarne l'effettività o al contrario la mancanza di corrispondenza ai principi fondamentali dell'ordinamento, che potrebbe essere presupposta dalle pronunce giudiziali senza un reale riscontro. Tale verifica presuppone la ricerca di discrasie, intese come elementi di segno contrario all'interno dell'ordinamento che, se presenti, porterebbero a considerare la possibile distanza tra le affermazioni delle corti ed un mutato sentire sociale.

Le stesse considerazioni valgono per l'altra richiesta risarcitoria, quella avanzata dai genitori in nome del figlio Nicolas. Si assiste per la prima volta all'accoglimento di tale tipo di richiesta da parte della *Cour de cassation* francese. In questo caso si devono registrare i precedenti di segno contrario, nelle cui motivazioni si possono leggere gli stessi motivi di perplessità che accompagnano oggi questa sentenza. (Cfr. la rassegna di giurisprudenza cit. in F. Bellivier, *Chronologie du contentieux relatif à la naissance d'un enfant handicapé*, in *Du droit de ne pas naître*, *Revue générale de droit médical*, 2000, Les Études Hospitalières Éditions, Bordeaux, 2000, 67 ed anche in N. Gombault, *La responsabilité de l'écographiste du fait de l'absence de dépistage de malformations sur un fœtus*, *Gaz. Pal.*, 16 juillet 1996, ed. Gazette du Palais, Paris, 816.)

Riconoscendo una sorta di *droit à ne pas naître* si opererebbe un'equiparazione tra l'esistenza ed un danno risarcibile. Non va inoltre dimenticato come la *Cour de cassation*, contestualmente all'*arrêt Perruche*, si sia pronunciata su un caso simile ma forse anche più eclatante rispetto a questo, in quanto riconosce il diritto al risarcimento per un errore diagnostico non antenatale ma anteconcezionale. Si tratta, nella fattispecie, di una diagnosi relativa al carattere ereditario della malattia di cui è affetto un uomo, che fonda su di essa la decisione di concepire un figlio. La patologia sviluppata dalla bambina, nata con la stessa malattia del padre, attesta l'inesattezza della diagnosi. Anche in questo caso la *Cour de cassation* accoglie entrambe le richieste di risarcimento: sia quella presentata dai genitori in nome proprio che in rappresentanza della figlia che in questo caso, se la diagnosi fosse stata corretta, non sarebbe stata concepita e che per questo chiede ed ottiene risarcimento (da un *droit à ne pas naître* al diritto a non essere concepiti?). (Cass. Civ.1re, 1re espèce, 26 juin 1996 si può leggere in F. Bellivier, op. cit. a nota prec., 74 ed è stata commentata da J. Roche-dahan, *Un médecin ayant commis une erreur de diagnostic et n'ayant ainsi pas donné aux parents la possibilité d'éviter la venue au monde d'un enfant gravement handicapé peut-il être tenu de réparer le préjudice lié à la naissance même de l'enfant?*, in Rec. D. 1997, Jurisprudence, 35 e J. Penneau, *Responsabilité du médecin chirurgien excluant, après une consultation génétique, un risque de réapparition dans*

la descendance des troubles affectant le père (conception et naissance d'un enfant atteint de ces troubles), Rec. D. 1997, Sommaires commentés, 322.)

Anche i commenti critici seguiti a questa giurisprudenza innovativa assumono a punto di partenza l'intangibilità di un principio: che l'esistenza sia sempre preferibile alla non-esistenza. Come nel caso della richiesta risarcitoria dei soli genitori, si è portati a chiedersi se l'individuazione di tale intangibilità sia effettiva o se si prospetti invece la conciliabilità con i principi costituzionali fondamentali. Se si ritiene che tale conciliazione possa essere operata, o che comunque emerga dall'ordinamento, le critiche a tale giurisprudenza vanno fondate altrimenti.

Le sentenze relative ad alcuni casi d'incesto consentono di svolgere considerazioni in merito. Infatti, se per la prima volta la *Cour de cassation* accoglie una domanda fondata sull'idea che in alcuni casi l'esistenza stessa possa dare luogo ad un risarcimento e quindi essere equiparata ad un danno, lo stesso principio sembra essere emerso in altre sentenze (altrettanto criticate). Si possono citare le richieste risarcitorie proposte da figli nati da rapporti incestuosi (e violenza carnale) che, ai sensi del codice civile, non possono giuridicamente vedere stabilita la paternità. La domanda viene proposta nei confronti dell'autore dell'incesto, individuato come il diretto responsabile di una personalità giuridica destinata a rimanere incompleta. (Cfr. ad es. TGI Lille, 6 mai 1996 in Rec. D. 1997, Jurisprudence, 543 con commento di Xavier Labbé, *L'enfant incestueux, enfant handicapé*, ivi. Vd. anche la giurisprudenza cit. in D. Bourgault-Coudeville, *La recevabilité de l'action civile de l'enfant victime par ricochet du crime de viol commis sur sa mère*, Rec. D. 1999, Jurisprudence, 445.)

Muovendosi nella stessa direzione della *Cour de cassation* nel 1996, anche questa giurisprudenza ha sollevato numerose critiche tra le quali però è dato leggere non tanto - o non solo - la difesa del valore della vita fondata sull'intangibilità della sua tutela in ogni aspetto, quanto i dubbi sull'opportunità del riconoscimento di un "diritto alla vita normale". Pur non escludendo *a priori* la compatibilità di un tale diritto con l'assetto costituzionale, ci s'interroga sull'eventuale "debitore" di esso. (Sono le considerazioni svolte da X.Labbée, op. cit. a nota prec.: "*Faut-il au contraire rabaisser la vie à un concept plus matérialiste, partant du principe que si l'homme peut fabriquer la vie humaine, comme il fabrique des objets de confort ou de consommation, autant que ce soit une vie "de qualité" garantie pour longtemps et contre les vices cachés? (...) Et si le "droit à une vie normale" est pour l'enfant vivant et viable, un droit subjectif...qui en sera le débiteur?"*.)

In tal modo emerge quello che potrebbe essere un profilo critico più convincente, ovvero la pretesa di una giuridicizzazione pervasiva, che contempra ogni possibile evento negativo, concretamente inattuabile.

Si deve quindi osservare come nella giurisprudenza, perlomeno in parte di essa, si sia già aperta una breccia nel senso di ritenere che la tutela costituzionale del valore vita possa prescindere da una visione unitaria e tendenzialmente totalizzante dello stesso, ma l'accoglimento di tale principio sembra non limitarsi all'ambito giurisprudenziale.

Si possono citare altri elementi che, emergendo in singoli tratti dell'ordinamento, vanno a ricomporre un quadro complessivo diversamente orientato, fatta salva la precisazione che, come spesso avviene in caso di opzioni etico-culturali sottese alle norme, le scelte non vengono esplicitate, ma emergono in via surrettizia. Si propone ad esempio il *code de déontologie médicale* nel quale s'impone al medico di evitare ogni pratica qualificabile come *acharnement thérapeutique*. Il medico che si accanisce nella cura, prolungando la vita a costo d'enormi sofferenze,

non è un buon medico, tanto da contravvenire in tal modo alla deontologia professionale. L'assolutezza della preferibilità dell'esistenza alla non-esistenza non sembra essere il principio presupposto da tali disposizioni, così come non sembra esserlo nel momento in cui si consente al paziente di praticare le c.d. cure palliative, o di rifiutare le cure. (Cfr. in particolare gli artt.36 (*Consentement du malade*: «Le consentement de la personne examinée ou soignée doit être recherché dans tous les cas. Lorsque le malade, en état d'exprimer sa volonté, refuse les investigations ou le traitement proposés, le médecin doit respecter ce refus après avoir informé le malade de ses conséquences.») e 37 (*Soulagement des souffrances*: «En toutes circonstances, le médecin doit s'efforcer de soulager les souffrances de son malade, l'assister moralement et éviter toute obstination déraisonnable dans les investigations ou la thérapeutique.») del Code de déontologie médicale (1995) e, per ciò che riguarda le cure palliative, la Loi n° 99-477 du 9 juin 1999.)

L'ordinamento francese sembra raggiungere di volta in volta compromessi culturali sulla base di opzioni non sempre esplicitate ma in sintonia con un sentire sociale che si evolve, in un percorso che può ricondursi ad origine alla legge Veil sino a giungere alle *lois de bioéthique* del 1994 ed all'attuale proposta d'introduzione di sterilizzazione volontaria a scopo contraccettivo (sino ad oggi, lo ricordiamo, vietata nell'ordinamento francese).

Se dall'analisi del dato normativo si passa ad un giudizio di valore, si osserva come la monoliticità del principio presupposto dalle considerazioni critiche seguite all'*arrêt* (di fatto in sintonia con la giurisprudenza di segno contrario che l'ha preceduto), oltre a non trovare pieno riscontro nell'ordinamento, presenti il rischio di una "deriva illiberale".

Si possono citare ad esempio le due pronunce della *cour administrative* di Parigi (1997) nelle quali si è negato che i testimoni di Geova, ai quali era stata praticata una trasfusione nonostante il loro rifiuto espresso, potessero ottenere ristoro del pregiudizio morale subito. Nel bilanciamento tra autonomia del paziente ed obbligazione del medico prevale la seconda, perlomeno in presenza di fattori quali il pericolo di vita e l'urgenza della decisione. (CAA Plén., 9 juin 1998, Mme Sénanayake et Mme Donyoh (deux espèces) che possono essere lette, unitamente al commento, in J.M. Auby, *note de jurisprudence*, Revue du Droit Public, éd. Juridiques associées, Paris, 1, 1999, 235.)

Tale prevalenza sottende l'antinomia che sembra porsi in insanabile contraddizione anche con l'accoglimento della richiesta di Nicolas Perruche: la vita è un bene irrinunciabile e non un danno risarcibile. L'effettività di tale antinomia, peraltro, sembra presupporre la limitazione dell'oggetto di tutela al concetto di "*vie biologique*", una delle componenti della "*vie qualitativement déterminée*" che in essa non si esaurisce e che, se considerata, potrebbe condurre ad altra soluzione. (G.Pellissier, *La vie privée entre volonté individuelle et ordre public: le paradigme des refus de soins*, Rec. D. 1999, Jurisprudence, 277: "Tel est bien le noeud du problème: l'intégration de la vie dans l'ordre public suppose une conception générale de cette notion, réduite à son plus petit dénominateur commun biologique, à laquelle s'opposent les volontés individuelles d'une vie qualitativement déterminée.".)

Tali considerazioni sembrano ricercare la maggior efficacia della tutela costituzionale dell'esistenza nel valore irrinunciabile della stessa. Il corollario che ne consegue, l'inclusione di tale principio nell'ambito di un valore supremo dell'ordinamento (quasi un principio d'*ordre public*), tuttavia, mal si concilia con un altro valore meritevole di tutela: la libertà di scelta dell'individuo. Emerge pertanto l'opportunità, anche con l'ausilio degli strumenti comparatistici, dell'individuazione di profili critici che, fondandosi

sulla maggiore aderenza ai principi del "diritto vivente", propongano l'emancipazione dai profili tradizionalmente messi in luce dalla giurisprudenza di segno contrario, nella ricerca di altri principi costituzionali (eventualmente) messi in discussione.

3. La dottrina di *common law*, in particolare statunitense, individua in via sistematica una serie di modelli – circolati non solo in ambito anglosassone ma richiamati dalla stessa dottrina francese in commento alla sentenza in oggetto – nei quali s'introduce il concetto di "risarcibilità dell'esistenza". Si configurano ad esempio le *wrongful birth*, *wrongful pregnancy*, *wrongful living* e *wrongful life actions*, tutte sottocategorie del comune *genus medical negligence claim*. (Per una disamina delle tipologie menzionate cfr. M.A.Berenson, *The wrongful life claim – the legal dilemma of existence versus nonexistence: "to be or not to be"*, in *Tulane law review*, 1990, 64, 895 ed anche la ricostruzione operata in *Hester v. Dwivedi* (2000), 89 *Ohio St.3d* 575.)

Le domande di risarcimento accolte nell'*arrêt Perruche* possono farsi rientrare nelle definizioni di *wrongful birth* e *wrongful life action*. Entrambe imputano a *medical malpractice* (generalmente diagnosi errate in relazione a malattie congenite del nascituro) la causa diretta di una nascita che, se le informazioni fossero state corrette, non sarebbe intervenuta, potendo optarsi per l'interruzione di gravidanza. La differenza risiede nei soggetti attivi dell'azione che in un caso viene presentata dai genitori (*wrongful birth*) e nell'altro dal soggetto stesso (*wrongful life*). Il problema dell'ammissibilità di queste azioni viene talvolta risolto a monte dall'intervento legislativo con l'adozione di atti che ne bandiscono l'esperibilità *tout court*. (Cfr. H.Teff, *The action for 'wrongful life' in England and the United States*, *International and Comparative Law Quarterly*, 1985, 34 (3), 426 : «Two states have prohibited the action completely : South Dakota-SD Code L, paras.21-55-1 to 21-55-4, and Minnesota-Minn.Stat. Ann. para.145.424(1) (West).».)

Nello stesso senso si può citare l'esempio inglese, dove si respinge la proponibilità delle *wrongful life action* sulla base del divieto contenuto nel *Congenital Disabilities (Civil Liability) Act*. (*McKay v. Essex AHA* (1982) Q.B. 1166, 1169 : «There can be no claim for wrongful life in respect of births occurring after the passing of the Congenital Disabilities (Civil Liability) Act 1976 : see section 4 (5) of the Act. This appeal, therefore, will have no effect on the future course of the law.».)

Accanto all'opera sistematica della dottrina, e in ausilio alla sua configurazione, si riscontrano numerose pronunce giudiziali relative ad entrambi i tipi d'azione. Ad una parziale apertura (seppur ancora controversa) verso l'indennizzo dei danni derivanti da *wrongful birth*, corrisponde generalmente il rigetto quasi unanime delle *wrongful life actions*.

Vanno tuttavia segnalate le sentenze delle Corti Supreme di almeno tre Stati americani che non solo ne hanno riconosciuto l'esperibilità, ma hanno accolto le richieste risarcitorie presentate. (*Turpin v. Sortini* 643 P.2d 954 [Cal.1982], *Procanik by Procanik v. Cillo* 478 A.2d 755 [NJ 1984], *Harbeson v. Parke-Davis Inc.* 98 Wash.2d 460 [Wash 1983]).

Questa giurisprudenza assume a fondamento l'idea che in alcuni casi l'ordinamento possa riconoscere il principio della preferibilità della non-esistenza all'esistenza. (Cfr. *Procanik v. Cillo* In *Procanik v. Cillo*: "The proposition that nonexistence can be chosen over existence, though philosophically remarkable, is not judicially indefensible or unprecedented" e, nello stesso senso, *Turpin v. Sortini*: "While it thus seems doubtful that a child's claim for general damages should properly be denied on the rationale that the value of impaired life, as a matter of law, always exceeds the value of nonlife (...)", entrambe cit. supra.)

Gli stessi principi trovano invece smentita nelle argomentazioni della giurisprudenza maggioritaria che, come detto, esclude la proponibilità di tali azioni. Due sono le principali cause d'ostacolo all'accoglimento dei danni derivanti da *wrongful life*. In primo luogo la contrarietà ad un principio di *public policy*: la "*sanctity of human life*". In secondo luogo si contesta la possibilità concreta di ricostruire un danno che includa la comparazione tra l'esistere e il non-esistere. Essendo quest'ultima la stessa motivazione richiamata nelle pronunce favorevoli per limitare l'accoglimento della richiesta risarcitoria ai soli *special damages* (escludendo quindi i *general damages*), è sull'altra questione che si fonda l'eventuale proponibilità di queste domande. La sensazione di predominanza della "causa ideologica" (*sanctity of human life*) trova peraltro riscontro nelle parole delle Corti che riconoscono che, pur nella possibilità di quantificare il danno, la "*preciousness of human life*" costituirebbe in ogni caso un ostacolo insormontabile. (Gleitman v. Cosgrove, 49, N.J. 22 (1967): "(...) even if [such] damages were cognisable...a claim for them would be precluded by the countervailing public policy supporting the preciousness of human life.", cit. in H.Teff, cit. supra.)

Il richiamo alla *public policy* riporta all'unitarietà che s'intende stabilire a tutela del valore vita. E' lo stesso principio emerso nella giurisprudenza canadese che, in analogia a quanto riscontrato nei precedenti francesi, ha accordato risarcimento solo ai casi in cui equiparare la nascita ad un danno potesse trovare giustificazioni che non lo ponessero in contrasto con l'ordine pubblico. (Kealey v. Berezowski (1996) 30 O.R. (3d) 37)

In Kealey v. Berezowski (1996, Cour de l'Ontario – Division générale), infatti, si giunge ad enunciare la gerarchia di valori culturale sottesa alla pronuncia: "*Dans notre hiérarchie des valeurs sociales, les avantages que représente un enfant sont considérés tellement importants et essentiels que nous avons tendance à considérer les adultes qui, par choix, n'ont pas d'enfant comme étant un peu différents et nous sympathisons avec ceux qui voudraient en avoir mais qui ne le peuvent pas.*" per concludere quindi che "*En Ontario, l'ordre public reconnaît la valeur inhérente des enfants.*"

In queste ultime considerazioni emerge l'esplicitazione dei principi che le sentenze sinora considerate si limitano a presupporre. Si può ritenere come il nodo della questione vada riportato in ultima analisi a quelli che abbiamo indicato come «compromessi culturali» (ad esempio l'interruzione volontaria di gravidanza, la sterilizzazione a scopo contraccettivo o, in alcuni ordinamenti, l'eutanasia). L'alto grado di conflittualità che caratterizza tali opzioni difficilmente si emancipa dai valori culturali, religiosi e morali che le determinano, sui quali non è dato recepire un'identità comune. Se lo svolgimento delle argomentazioni giurisprudenziali deve assumere a punto di partenza posizioni compromissorie, si comprende come l'individuazione di alcuni dei diritti che ne scaturiscono possano a volte configurarsi come posizioni deteriori, il cui grado di tutela non può che essere secondario rispetto ai valori che si ritengono prevalenti. Tale configurazione può ricondursi in via d'ipotesi alla mancanza di condivisione del bilanciamento di valori operato in sede legislativa. Per tale motivo si ritiene che un giudizio sulle *wrongful life actions* comporti la necessità di una disamina complessiva dell'ordinamento che si affranchi dal richiamo a *public policy* o *ordre public* e che si confronti con la possibilità di contemperare il valore della tutela dell'esistenza con una sistematizzazione che tenga in maggior conto la libertà di scelta dell'individuo.

Un ausilio in questo senso può giungere dalle considerazioni svolte dalla *Ohio State Supreme Court* in una pronuncia di poco precedente l'*arrêt* della *Cour de cassation*. Nel settembre del 2000 tale *Court* respinge la domanda di risarcimento avanzata da Alicia Hester (7 anni, rappresentata

in giudizio dal padre). (Hester v. Dwivedi, cit. supra.) L'esistenza di Alicia è molto simile a quella di Nicolas Perruche, trovando causa diretta nell'inesattezza di una diagnosi che, se avesse rilevato la grave patologia dalla quale è affetta (*spina bifida*), avrebbe condotto i suoi genitori ad un'interruzione di gravidanza. L'esito giudiziale, tuttavia, è diverso, in quanto "Ohio does not recognize a claim for wrongful life". A sostegno di tale decisione, la Corte richiama in via autoreferenziale – tra gli altri – il caso Anderson che rientra nella c.d. categoria di *wrongful living actions*, riguardando non l'inizio ma la fine della vita. Il caso di specie riguarda un paziente che, nonostante la manifesta volontà di rifiutare qualsivoglia *lifesaving treatment*, viene rianimato dopo un arresto cardiaco. In seguito alla rianimazione l'uomo subisce un attacco che lo porta a morire come non avrebbe voluto: semiparalizzato, dopo un anno d'agonia. Pur ammettendo l'importanza della volontà del paziente, la Corte ritiene di non poterne risarcire il mancato rispetto, ancora una volta sulla base del bilanciamento tra "life" e "nonexistence". (Anderson v. St Francis-St George Hosp., Inc. (1996), 77 Ohio St.3d 82.)

Ad una prima analisi, sembra potersi stabilire un parallelo con i casi Hester e Perruche nel medesimo oggetto della richiesta risarcitoria: un'esistenza penosa alla quale, nella logica degli attori, sarebbe stata preferibile una non-esistenza. Emergono tuttavia alcuni elementi che inducono ad operare un distinguo.

La differenza emerge se si considera come in questi casi il soggetto che propone domanda di risarcimento è lo stesso che ha avuto la possibilità di esprimersi, rifiutando consapevolmente di voler condurre un'esistenza sofferente. Nel caso Perruche (come nel caso Hester) i diretti protagonisti non sono in grado di comunicare se tale opzione li trovi favorevoli.

Il riferimento alla volontà del paziente induce ad interrogarsi sull'opportunità di spostare l'attenzione dall'intangibilità di una visione monistica della tutela dell'esistenza, ai concetti di volontà e quindi dignità dell'individuo.

4. Si profila il possibile contrasto tra tale principio ed il mancato rispetto della volontà e libertà di scelta dell'individuo, evidente nel caso Anderson, mentre nel caso Perruche si fonda su una presunzione sulla quale il soggetto interessato non può esprimersi.

Il concetto di *dignité humaine*, nel diritto francese, è stato espressamente inserito nel *bloc de constitutionnalité* dal *Conseil constitutionnel* in occasione del vaglio di costituzionalità delle c.d. *lois de bioéthique* (un altro compromesso culturale). (Décision 343-344 DC du 27 juillet 1994, Rec., p.100, R.J.C. I-592.)¹

Adottando la stessa tecnica di giudizio riscontrata ad esempio in occasione dell'affermazione del *droit de la santé* (1975), pur non ravvisando nella fattispecie alcuna contrarietà al principio, se ne afferma contestualmente l'inserzione nei principi alla luce dei quali tale vaglio va effettuato (trovandosi non nella Costituzione del 1958 ma, come il *droit de la santé*, nel *Preamble* della *Constitution* del 1946). La compatibilità stabilita tra tale principio e le leggi del 1994, portatrici di numerosi principi innovativi in materia di bioetica specie per ciò che concerne la disciplina della fecondazione assistita, sembrerebbe condurre ad una visione più liberale rispetto alle considerazioni sinora svolte. Anche in questo caso, tuttavia, s'individua l'intangibilità del principio indicandolo come una delle componenti dell'*ordre public*. In tal modo anche la *dignité* assume carattere oggettivo (e quindi irrinunciabile), dato che emerge poi puntualmente nelle pronunce giudiziali. Si può citare ad esempio il noto caso "*lancer de nain*" concernente uno spettacolo ritenuto contrario alla dignità umana, nonostante la diversa opinione dei protagonisti dello stesso

che avrebbero voluto proseguire nella loro attività professionale. L'oggettiva configurazione del principio s'impone e trova conferma nell'opinione del *Conseil d'Etat*, in accoglimento di una concezione universalistica che considera l'individuo innanzi tutto alla luce dei principi universali che derivano dalla comune appartenenza all'*humanité*. («*En effet, soutenir que le Conseil d'Etat entendrait « moraliser l'individu » et le restreindre dans sa conduite privée revient à situer la dignité dans le paradigme de la liberté. Dès lors, il serait parfaitement exact que cette décision instaurerait un « ordre moral ». Mais, si l'on se situe dans le paradigme de l'humanité, la perspective change du tout au tout: la défense de la dignité n'a plus affaire à l'individu « libre » mais à l'individu qui appartient à l'humanité. Il en résulte que toute considération relative à sa plus ou moins grande liberté n'a plus de raison d'être.*», Bernard Edelman, *La dignité un concept nouveau*, Rec. Dalloz, 1997, Chroniques, 185 e ss. La sentenza cui ci si riferisce (c.d. «*lancer de nain*») si può leggere in CE, ass., 27 oct 1995, Ville d'Aix-en-Provence, JCP 1996, II, n.22630.)

Si ritiene che l'emancipazione di tale concetto dall'*ordre public* consenta di escludere l'imposizione di un rapporto alternativo tra tutela costituzionale della vita e libertà di scelta dell'individuo. Con ogni probabilità, considerare i due principi su un piano di parità comporta l'accoglimento di un ulteriore compromesso culturale, fondato sulla possibilità di affermare la propria identità individuale in un ambito d'autonomia tale da poter prescindere dalla necessaria adesione ai principi universali derivanti dall'appartenenza all'*humanité*. Il nucleo della *dignité humaine* che si collega ad una visione universale dei diritti, forse, non dovrebbe essere utilizzato per tutelare l'individuo dalle proprie scelte nel momento in cui si allontana da tale concezione oggettiva, rapportandosi piuttosto alla tutela di chi tali scelte non è in grado di effettuare, non potendo esprimere la propria volontà. Paradossalmente, una visione di tale concetto che non si rapporti alla necessaria intangibilità dell'esistenza in ogni suo aspetto offre lo spunto per un possibile profilo critico del caso in oggetto, non presentando l'intrinseca debolezza che si è riscontrata nelle opinioni già esaminate.

Accanto a queste considerazioni si osserva inoltre come aprire la via ad un doppio risarcimento non contribuisca certo ad invertire la tendenza della c.d. medicina difensiva, specie considerando l'importanza acquisita proprio dalla medicina predittiva. L'estensione del nesso di causalità alla quale si assiste genera costi che difficilmente potranno essere sopportati se la via imboccata dalla *Cour de cassation* si consoliderà nell'ordinamento francese. Non ci si rammarica del fatto che al giovane Nicolas siano garantiti i mezzi per ottenere la migliore assistenza, ma ci si domanda se tale garanzia debba essere il risultato di una sentenza o se piuttosto non debba rientrare nei meccanismi dello stato sociale. (Cfr. *Naissance, handicap et lien de causalité*, interview di Denis Mazeaud, di Pierre Rancé in Le Dalloz, 2000, n.44, V.) Di là dall'opportunità di una tale operazione, si considera come la copertura giudiziale che si offre a tali meccanismi attraverso le singole pronunce possa essere sostenibile in presenza di un numero di casi non elevato. E' dato ritenere, purtroppo, che un riconoscimento generalizzato delle *wrongful life actions* dovrà confrontarsi con un congruo numero di domande e ci s'interroga sulla sostenibilità di costi generati in assenza di un razionale disegno d'allocazione delle risorse. In questo senso si legge la pretesa di giuridicizzazione onnicomprensiva: una sorta di trionfalismo giudiziario che genera aspettative alle quali difficilmente potrà dare risposta e che conduce, nell'opinione di chi scrive, ad un livello elevato di conflittualità che contrappone, ancora una volta, medici e pazienti.

Cinzia Picocchi