

# Diritto Civile

a cura di PIETRO RESCIGNO

con RAFFAELE CATERINA, VINCENZO CUFFARO, PIETRO LAMBERTUCCI, PIER GIUSEPPE MONATERI,  
GIUSEPPE SANTORO-PASSARELLI, SALVATORE PATTI, MICHELE SESTA e GIOVANNA VISINTINI

## FECONDAZIONE ETEROLOGA

CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO, I SEZIONE, 1° aprile 2010, n. 57813/00, pag. 776.

**Fecondazione eterologa e diritti umani**, di MARCO RIZZUTI.

## IMMIGRAZIONE

CASSAZIONE CIVILE, SEZIONI UNITE, 25 ottobre 2010, n. 21799, pag. 782.

## COMODATO DI CASA FAMILIARE

CASSAZIONE CIVILE, III SEZIONE, 7 luglio 2010, n. 15986, pag. 784.

**Una sentenza contro corrente sul comodato di immobile adibito a casa familiare**  
di MAGDA D'AMELIO.

## ASSISTENZA SANITARIA

CASSAZIONE CIVILE, SEZIONE LAVORO, 17 giugno 2010, n. 14642, pag. 789.

**Malattia, vecchiezza e povertà: condizione necessaria ma non sufficiente**, di PIETRO RESCIGNO.

## DIFFIDA AD ADEMPIERE

CASSAZIONE CIVILE, SEZIONI UNITE, 15 giugno 2010, n. 14292, pag. 791.

**Sull'asserita natura negoziale della diffida ad adempiere**, di GIORGIO RISPOLI.

## ABUSO DEL DIRITTO

CASSAZIONE CIVILE, III SEZIONE, 31 maggio 2010, n. 13208, pag. 794.

**Un nuovo caso di abuso del diritto**, di PIETRO RESCIGNO.

## AZIONE REVOCATORIA

CASSAZIONE CIVILE, II SEZIONE, 17 maggio 2010, n. 12045, pag. 796.

## MANCATA FISSAZIONE DI UN TERMINE

CASSAZIONE CIVILE, III SEZIONE, 11 maggio 2010, n. 11371, pag. 798.

**Fissazione del termine nel preliminare: opportuna ma non necessaria**, di GIORGIO RISPOLI.

## DANNO FUTURO

CASSAZIONE CIVILE, III SEZIONE, 27 aprile 2010, n. 10072, pag. 801.

## FORO DEL CONSUMATORE

CASSAZIONE CIVILE, III SEZIONE, 20 marzo 2010, n. 6802 (ordinanza), pag. 802.

## RINUNCIA ALLA FACOLTÀ DI RECESSO

CASSAZIONE CIVILE, III SEZIONE, 17 marzo 2010, n. 6481, pag. 806.

## LESIONE DELL'ALTRUI REPUTAZIONE

CASSAZIONE CIVILE, III SEZIONE, 16 marzo 2010, n. 6325, pag. 809.

CASSAZIONE CIVILE, III SEZIONE, 13 luglio 2010, n. 16382, pag. 809.

**Osservazioni in tema di immunità parlamentare e lesione dell'altrui reputazione attraverso una trasmissione televisiva**, di GIORGIO RISPOLI.

**COMUNIONE LEGALE DEI BENI**

CASSAZIONE CIVILE, I SEZIONE, 26 febbraio 2010, n. 4757, pag. 813.

**RESPONSABILITÀ MEDICA**

CASSAZIONE CIVILE, III SEZIONE, 9 febbraio 2010, n. 2847, pag. 816.

**Il medico (ir)responsabile e il paziente (dis)informato. Note in tema di danno risarcibile per intervento terapeutico eseguito in difetto di consenso**, di GABRIELE CHIARINI.

**MANCATO RECEPIMENTO DELLE DIRETTIVE UE**

TRIBUNALE TORINO, IV SEZIONE, 3 maggio 2010, n. 3145, pag. 825.

**La condanna dello Stato italiano al risarcimento dei danni di una vittima di reato per violazione della Dir. 2004/80/CE**, di LORENZO BAIRATI.

**CLAUSOLA CLAIMS MADE**

TRIBUNALE MILANO, V SEZIONE, 18 marzo 2010, n. 3527, pag. 831.

**La clausola *claims made* tra atipicità del contratto, inesistenza del rischio e limitazione di responsabilità**, di FRANCESCO A. MAGNI.

**USURA**

TRIBUNALE BRINDISI, SEZIONE DISTACCATA FASANO, 10 febbraio 2010, n. 12, pag. 842.

**Reato di usura e nesso di causalità nella responsabilità civile**, di GUGLIELMO BEVVINO.

**FECONDAZIONE ETEROLOGA**

CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO, I SEZIONE, 1° aprile 2010, n. 57813/00 — ROZAKIS *Presidente* — S., H. ed altri (avv. Kinz) - Austria (amb. Trauttmansdorf).

**Filiazione — Procreazione medicalmente assistita — Divieto di utilizzazione di gameti femminili esterni alla coppia — Contrasto con il diritto al rispetto della vita privata — Contrasto con il divieto di discriminazioni irragionevoli — Illegittimità — Risarcimento del danno non patrimoniale** (Convenzione per la Protezione dei Diritti Umani e delle Libertà Fondamentali del 1950, artt. 8, 14).

**Filiazione — Procreazione medicalmente assistita — Divieto di utilizzazione di gameti maschili esterni alla coppia per la fecondazione *in vitro* — Contrasto con il diritto al rispetto della vita privata — Contrasto con il divieto di discriminazioni irragionevoli — Illegittimità — Risarcimento del danno non patrimoniale** (Convenzione per la Protezione dei Diritti Umani e delle Libertà Fondamentali del 1950, artt. 8, 14).

*La norma austriaca in materia di procreazione medicalmente assistita (Fortpflanzungsmedizingesetz del 1992, § 3.1), nella parte in cui vieta l'utilizzo di gameti femminili esterni alla coppia per l'espletamento di una procedura di fecondazione eterologa, mentre in certi casi consente l'utilizzo di quelli maschili, contrasta con la Convenzione per la Protezione dei Diritti Umani e delle Libertà Fondamentali del 1950, ed in particolare con i principi della tutela della vita privata da interferenze della pubblica autorità (art. 8) e con il divieto di discriminazioni irragionevoli (art. 14). Pertanto, tale norma è illegittima e lo Stato austriaco va condannato a*

*risarcire il danno non patrimoniale cagionato ai ricorrenti (1).*

*La norma austriaca in materia di procreazione medicalmente assistita (Fortpflanzungsmedizingesetz del 1992, § 3.2), nella parte in cui vieta l'utilizzo di gameti maschili esterni alla coppia per l'espletamento di una procedura di fecondazione eterologa in vitro, mentre lo consente per il caso di fecondazione eterologa in vivo, contrasta con la Convenzione per la Protezione dei Diritti Umani e delle Libertà Fondamentali del 1950, ed in particolare con i principi della tutela della vita privata da interferenze della pubblica autorità (art. 8) e con il divieto di discriminazioni irragionevoli (art. 14). Pertanto, tale norma è illegittima e lo Stato austriaco va condannato a risarcire il danno non patrimoniale cagionato ai ricorrenti (2).*



*Omissis. — 1. Sull'applicabilità dell'articolo 14 in combinato con l'articolo 8*

56. Il Governo conferma che l'articolo 8 è applicabile al caso di specie e, di conseguenza, non si oppone all'applicabilità dell'articolo 14 della Convenzione. A tal riguardo il Governo richiama le dichiarazioni della Corte Costituzionale che, nella sua sentenza del 14 ottobre 1999, aveva ritenuto che la decisione dei coniugi o dei conviventi di concepire un bambino e di ricorrere, pertanto, alle tecniche di procreazione medicalmente assistita ricadeva entro l'ambito di tutela dell'articolo 8.

57. I ricorrenti concordano con il Governo sull'applicabilità dell'articolo 14 in combinato disposto con l'articolo 8 della Convenzione.

58. La Corte ricorda che la nozione di "vita privata" nell'ambito del significato dell'articolo 8 della Convenzione è un concetto elastico che comprende, inter alia, il diritto di stabilire e sviluppare relazioni con altri esseri umani (si veda il caso Niemietz c. Germania, sentenza del 16 dicembre 1992, Serie A n° 251-B, p. 33, § 29), il diritto allo sviluppo della propria personalità (si veda il caso Bensaid c. Regno

Unito, ricorso n° 44599/98, § 47, ECHR 2001-I) e il diritto di autodeterminarsi (si veda il caso *Pretty c. Regno Unito*, ricorso n° 2346/02, § 61, ECHR 2002-III). Esso comprende elementi come i nomi (si veda il caso *Burghartz c. Svizzera*, sentenza del 22 febbraio 1994, Serie A n° 280-B, p. 28, § 24), l'identità sessuale, l'orientamento sessuale e la vita sessuale, che ricadono nell'ambito della sfera della personalità protetta dall'articolo 8 (si veda, per esempio, il caso *Dudgeon c. Regno Unito*, sentenza del 22 ottobre 1981, Serie A n° 45, pp. 18-19, § 41, e il caso *Laskey, Jaggard e Brown c. Regno Unito*, sentenza del 19 febbraio 1997, Reports of Judgments and Decisions 1997-I, p. 131, § 36), nonché il diritto al rispetto della decisione sia di avere che di non avere un figlio (si veda il caso *Evans c. Regno Unito [GC]*, ricorso n° 6339/05, § 71, ECHR 2007-IV).

59. Nel caso *Dickson c. Regno Unito*, che riguardava il rifiuto di tecniche per l'inseminazione artificiale ai ricorrenti, un detenuto e sua moglie, la Corte dichiarava che l'articolo 8 era applicabile in quanto le tecniche di inseminazione artificiale in questione coinvolgevano la loro vita privata e familiare, la cui nozione ricomprende il diritto al rispetto della loro decisione di diventare genitori genetici (caso *Dickson c. Regno Unito [GC]*, ricorso n° 44362/04, § 66, ECHR 2007-XIII, con ulteriori riferimenti).

60. La Corte, quindi, considera che il diritto di una coppia di concepire un bambino e di ricorrere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita per tale scopo rientra nell'ambito di applicazione dell'articolo 8, in quanto tale scelta è chiaramente un'espressione della vita privata e familiare. Dunque l'articolo 8 della Convenzione è applicabile al caso di specie.

61. Con riguardo all'articolo 14, che è stato richiamato nel caso in esame, la Corte ricorda che esso integra solo le altre disposizioni sostanziali della Convenzione e anche dei suoi Protocolli. Esso non ha un'esistenza indipendente in quanto ha effetto solamente in relazione al "godimento dei diritti e delle libertà" protette da quelle disposizioni (si veda, fra gli altri autorevoli precedenti, il caso *Sahin c. Germania [GC]*, ricorso n° 30943/96, § 85, ECHR 2003-VIII). L'applicazione dell'articolo 14 non presuppone necessariamente la violazione di uno dei diritti sostanziali protetti dalla Convenzione. È necessario, ma anche sufficiente, che i fatti del caso ricadano "nell'ambito" di uno o più degli articoli della Convenzione (si veda il caso *Petrovic c. Austria*, sentenza del 27 marzo 1998, Reports 1998-II, § 22 e il caso *Burden c. Regno Unito [GC]*, ricorso n° 13378/05 §58, ECHR 2008-...).

62. Siccome i ricorrenti lamentano di essere stati vittime di una discriminazione che è priva di una oggettiva e ragionevole giustificazione come richiede l'articolo 14 della Convenzione, tale disposizione è applicabile in combinato disposto con l'articolo 8.

2. *Sull'osservanza dell'articolo 14 in combinato con l'articolo 8*

63. I ricorrenti sostengono di essere in una situazione simile o analoga a quella delle altre coppie che desiderano servirsi di tecniche di procreazione medicalmente assistita ma che, per le loro condizioni di salute, non hanno bisogno di una donazione di ovuli o di sperma. I ricorrenti, quindi sono stati oggetto di una differenza di trattamento. Deve verificarsi lo scopo alla base di quella differenza di trattamento e, se lo scopo è legittimo, deve verificarsi se il trattamento differenziato è giustificato.

64. La Corte ricorda che, agli effetti dell'articolo 14, una differenza di trattamento è discriminatoria se non ha una giustificazione oggettiva e ragionevole, cioè se non persegue uno "scopo legittimo" o se non c'è una "ragionevole proporzionalità tra i mezzi impiegati e lo scopo che si intende realizzare" (si veda, inter alia, il caso *Petrovic*, sopra citato, § 30; e il caso *Salgueiro da Silva Mouta c. Portogallo*, ricorso n° 33290/96, § 29..., ECHR 1999-IX). In relazione a ciò la Corte osserva che la Convenzione è uno strumento vivente che deve essere interpretato alla luce del contesto attuale (si veda, inter alia, il caso *Johnston e altri c. Irlanda*, 18 dicembre 1986, § 53, Serie A n° 112).

65. La Corte ricorda inoltre che gli Stati contraenti godono di un margine di discrezionalità nello stabilire se ed in quale misura delle differenze in situazioni altrimenti simili giustificano un trattamento differente (si veda il caso *Van Raalte c. Olanda*, 21 febbraio 1997, § 39, Reports of Judgments and Decisions 1997-I). Lo scopo di questo margine varierà in rapporto alle circostanze, alla materia e al contesto (si veda il caso *Petrovic*, sopra citato, § 38).

66. I ricorrenti affermano che, a causa della speciale importanza del diritto a fondare una famiglia e del diritto alla procreazione, gli Stati contraenti non godono di un margine di apprezzamento globale nel disciplinare queste materie.

67. Secondo il Governo il legislatore austriaco, nel concepire la disciplina della procreazione assistita e nel decidere in quel contesto quali tecniche di procreazione sono consentite, aveva un margine di discrezionalità particolarmente ampio che è un elemento decisivo per stabilire se una differenza di trattamento in situazioni altrimenti simili persegue uno scopo legittimo.

68. La Corte nota che nel campo della procreazione medicalmente assistita non c'è un approccio uniforme a tale questione fra gli Stati membri della Convenzione (si veda Consiglio d'Europa, Procreazione medicalmente assistita e protezione degli embrioni umani — Studio comparativo sulla posizione di 39 Stati, giugno 1998, CDBI/INF (98) 8). La procreazione medicalmente assistita è regolata nel dettaglio in alcuni Stati, con una certa estensione in altri e in altri Stati non del tutto. Laddove in uno Stato esiste una normativa c'è una grande varietà di tecniche che sono permesse e tecniche che sono proibite. Come si può notare, la stessa posizione dell'Austria esiste nell'ordinamento della Germania. La donazione di sperma è vietata in Italia, Lituania e Turchia, mentre la donazione di ovuli è vietata in Croazia, Germania, Italia, Lituania, Norvegia, Svizzera e Turchia.

69. Siccome l'utilizzazione della fecondazione in vitro fa emergere delicate questioni etiche e morali contro lo sfondo del veloce progresso medico e scientifico, e siccome le questioni sollevate dal caso in esame riguardano aree in cui non c'è una chiara posizione comune degli Stati membri, la Corte ritiene che il margine di discrezionalità concesso allo Stato convenuto deve essere ampio (si veda il caso *X, Y e Z c. Regno Unito*, 22 aprile 1997, § 44, Reports of Judgments and Decisions 1997-II). In linea di principio l'ampia discrezionalità si estende alla sua decisione di intervenire in questa materia e, una volta che è intervenuto, anche alle norme di dettaglio emanate al fine di raggiungere un equilibrio tra gli interessi pubblici e privati in conflitto (si veda il caso *Evans*, sopra citato, § 75). Tuttavia, le differenze nei vari orientamenti adottati dagli Stati contraenti, come tali, non forniscono alcuna soluzione che rappresenti una legislazione accettabile. Non compete alla Corte esaminare attentamente gli argomenti discussi durante l'iter legislativo, né verificare se gli argomenti avanzati dal Governo per giustificare la differenza di trattamento in questione siano pertinenti e sufficienti. Pertanto la Corte dichiara che il caso della prima e del secondo ricorrente e quello della terza e del quarto ricorrente devono essere esaminati separatamente.

a. Il caso della terza e del quarto ricorrente (donazione di ovuli)

70. La terza ricorrente è completamente sterile e non produce ovuli mentre suo marito, il quarto ricorrente, è in grado di produrre sperma adatto per la procreazione. Non è contestabile che, a causa delle loro condizioni di salute, solo la fecondazione in vitro con utilizzo di ovuli provenienti da un donatore potrebbe permettere alla coppia ricorrente di realizzare il loro desiderio di avere un bambino del quale il quarto ricorrente sarebbe il genitore genetico. Tuttavia, il divieto di tecniche eterologhe di procreazione artificiale per la fecondazione in vitro, stabilito nel paragrafo 3 (1) della legge sulla procreazione artificiale, che vieta la donazione di sperma, esclude questa possibilità. Non ci sono eccezioni a questa norma.

71. La giurisprudenza della Corte stabilisce che, per sussumere una questione sul terreno dell'articolo 14, ci deve

essere una differenza di trattamento degli individui in situazioni particolarmente simili (caso D.H. e altri c. Repubblica ceca [GC], ricorso n° 57325/00, § 175, ECHR 2007). Tale differenza di trattamento è discriminatoria se non c'è una giustificazione oggettiva e ragionevole; in altre parole, se non persegue uno scopo legittimo o se non c'è un ragionevole rapporto di proporzionalità tra i mezzi impiegati e lo scopo che si intende realizzare. Gli Stati contraenti godono di un margine di apprezzamento nello stabilire se e in quale misura le differenze in situazioni altrimenti simili giustificano un trattamento differente (caso Stec e altri c. Regno Unito [GC], ricorsi n. 65731/01 e 65900/01, §§ 51-52, ECHR 2006-VI; caso Burden, sopra citato, § 60).

72. Così la Corte deve verificare se la differenza di trattamento tra la terza ricorrente e il quarto ricorrente e una coppia che, per realizzare il suo desiderio di avere un bambino, utilizza tecniche di procreazione artificiale senza ricorrere alla donazione di ovuli, ha una giustificazione oggettiva e ragionevole, cioè se persegue uno scopo legittimo o se c'è un ragionevole rapporto di proporzionalità tra i mezzi impiegati e lo scopo che si intende realizzare.

73. Il Governo sostiene che il divieto di donazione di ovuli per la fecondazione in vitro previsto dal legislatore austriaco persegue uno scopo legittimo ed è proporzionato. Per il governo il legislatore austriaco ha raggiunto un giusto equilibrio tra gli interessi pubblici e privati coinvolti. Esso sostiene che il legislatore deve fissare certi limiti alle possibilità offerte dalle tecniche mediche di procreazione artificiale perché devono essere tenuti in considerazione la natura moralmente ed eticamente delicata e le remore di una larga parte della società circa il ruolo e le possibilità della moderna medicina riproduttiva.

74. La Corte ritiene che le preoccupazioni basate su considerazioni morali o sull'accettabilità sociale non sono in sé stesse sufficienti ragioni per un divieto assoluto di una specifica tecnica di procreazione artificiale come la donazione di ovuli. Tali ragioni potrebbero essere particolarmente rilevanti nel momento in cui si decide se permettere o no la procreazione artificiale in generale, e la Corte sottolinea che non c'è un obbligo per uno Stato di emanare una normativa del genere né un obbligo di permettere la procreazione artificiale. Tuttavia, una volta che è stato deciso di consentire la procreazione artificiale, e nonostante l'ampio margine di apprezzamento concesso agli Stati contraenti, la normativa concepita per tale materia deve essere formata in un modo coerente che permetta ai diversi interessi coinvolti di essere presi in considerazione adeguatamente ed in conformità con gli obblighi discendenti dalla Convenzione.

75. Il Governo sostiene inoltre che le avanzate tecniche mediche di fecondazione artificiale, come la fecondazione in vitro, implicano il rischio di non essere impiegate solo a scopi terapeutici ma anche per altri obiettivi quali la "selezione" dei nascituri; la fecondazione in vitro pone questo rischio. In aggiunta il Governo afferma che c'è il rischio che la donazione di ovuli possa portare allo sfruttamento e all'umiliazione delle donne, in particolare di quelle provenienti da un contesto economicamente svantaggiato, a causa della pressione esercitata sulla donatrice che, diversamente, non avrebbe effettuato la fecondazione in vitro per soddisfare il proprio desiderio di avere un bambino.

76. La Corte ritiene che i rischi connessi alle nuove tecniche in un settore delicato quale è quello della procreazione medicalmente assistita devono essere seriamente considerati e che il primo compito del legislatore interno è di accertare questi rischi dopo aver attentamente soppesato i diversi interessi pubblici e privati coinvolti e i pericoli che dovrebbero essere fronteggiati. Tuttavia, un divieto assoluto delle tecniche mediche in questione non sarebbe proporzionato, a meno che, dopo attenta riflessione, non si ritenga essere l'unico modo per prevenire efficacemente gravi ripercussioni. Nel caso in esame la Corte non è convinta che il divieto assoluto sia l'unico mezzo a disposizione del legislatore austriaco. Dato che la legge sulla procreazione artificiale riserva questo genere di interventi a medici specializzati, che hanno una

particolare conoscenza ed esperienza in questo campo e che sono essi stessi limitati dalle norme deontologiche della loro professione, e che la legge sulla procreazione stabilisce ulteriori garanzie al fine di minimizzare i rischi, la Corte dichiara che il divieto della donazione di ovuli e di sperma non può essere considerato il solo mezzo, o il meno intrusivo, per raggiungere lo scopo prefissato.

77. Con riguardo alla tesi sul rischio di sfruttamento delle donne e sull'abuso di queste tecniche, la Corte ritiene che questo è un argomento che non riguarda specificamente le tecniche di procreazione in esame ma sembra essere diretto contro la procreazione artificiale in generale. Inoltre, l'eventuale abuso, che indubbiamente deve essere combattuto, non è una ragione sufficiente per proibire in generale una specifica tecnica di procreazione, se esiste la possibilità di disciplinarne l'utilizzo e di predisporre garanzie contro l'abuso. A tal riguardo la Corte osserva che nell'ordinamento austriaco la remunerazione della donazione di ovuli e sperma è vietata dalla legge.

78. In udienza il Governo sottolinea anche che ottenere ovuli ai fini di una donazione è un intervento medico rischioso e serio che ha gravi ripercussioni per il donatore. La Corte riconosce che il legislatore austriaco si sforza di evitare rischi alla salute non necessari, ma nota in primo luogo che, nel caso della fecondazione in vitro omologa, il rischio corso dalla donna di cui gli ovuli sono presi è lo stesso e tale intervento medico è permesso dalla legge sulla procreazione artificiale. Nella misura in cui l'argomento è collegato a quelli riguardanti il rischio di un abuso della donazione di ovuli o della loro commercializzazione, la Corte ritiene che gli argomenti suddetti siano comunque validi in questo contesto.

79. Il Governo afferma anche che la fecondazione in vitro solleva la questione delle relazioni inconsuete in cui le condizioni sociali deviano da quelle biologiche, vale a dire la divisione della maternità in un aspetto biologico ed in uno di "gravidanza" e forse anche in un aspetto sociale.

80. La Corte osserva che, in conformità alla decisione della Corte Costituzionale del 14 ottobre 1999, il legislatore austriaco è stato guidato dall'idea che la procreazione medicalmente assistita debba aver luogo similmente alla procreazione naturale, e in particolare che il principio generale del diritto privato — *mater semper certa est, pater est quem nuptiae demonstrant* — debba essere mantenuto per evitare la possibilità che due persone possano sostenere di essere la madre biologica di uno stesso bambino e per evitare liti fra la madre biologica e la madre genetica nel senso più ampio.

81. Lo scopo di assicurare la certezza legale nel campo del diritto di famiglia mantenendo principi risalenti di questo settore dell'ordinamento, come uno dei suoi tratti essenziali, ha certamente i suoi meriti. Nondimeno, relazioni familiari inconsuete, in senso ampio, sono ben note agli ordinamenti degli Stati contraenti. Le relazioni familiari che non seguono il tipico rapporto genitore-figlio basato su un legame biologico diretto, non rappresentano nulla di nuovo e sono già esistite in passato, sin dall'istituzione dell'adozione, che crea rapporti familiari basati non sulla discendenza ma su un contratto, allo scopo di integrare o di sostituire le relazioni familiari biologiche. Grazie a quest'argomento di comune notorietà la Corte conclude che non ci sono ostacoli insormontabili ad includere rapporti familiari, i quali potrebbero derivare da un valido uso delle tecniche di procreazione artificiale in questione, nella struttura generale del diritto di famiglia e dagli altri settori giuridici collegati.

82. Il Governo adduce un ulteriore argomento militante contro la liceità della donazione di ovuli e di sperma per la fecondazione in vitro, e cioè che i figli ha un legittimo interesse ad essere informati circa la propria reale discendenza, che, con ovuli e sperma donati, potrebbe essere impossibile nella maggior parte dei casi in quanto la reale discendenza di un bambino non è rivelata nelle anagrafi.

83. La Corte non è convinta neanche di questo argomento. A tal proposito ricorda che il rispetto per la vita privata richiede che ognuno debba essere in grado di stabilire la propria identità quale singolo individuo e che il diritto del

singolo a tale informazione è importante per la formazione della sua personalità (si veda, per esempio, il caso *Mikulić c. Croazia*, ricorso n° 53176/99, §§ 53-54, ECHR 2002-I, e il caso *Gaskin c. Regno Unito*, sentenza del 7 luglio 1989, Serie A n° 160, p. 16, §§ 36-37, 39). Questo comprende il diritto ad ottenere le informazioni necessarie per scoprire la verità su aspetti importanti della propria identità, come l'identità dei propri genitori (si veda il caso *Jaggi c. Svizzera*, ricorso n° 58757/00, § 25, ECHR 2006-..., e il caso *Odièvre c. Francia* [GC], ricorso n° 42326/98, § 29, ECHR 2003-III).

84. Tuttavia, un tale diritto non è assoluto. Nel caso *Odièvre*, sopra citato, che riguardava una nascita anonima e l'impossibilità per il ricorrente di ottenere informazioni sui suoi genitori biologici, la Corte dichiarava che non c'era violazione dell'articolo 8 della Convenzione perché il legislatore francese aveva raggiunto un appropriato equilibrio tra gli interessi pubblici e privati coinvolti (si veda il caso *Odièvre*, sopra citato, § 49). La Corte quindi considera che il legislatore austriaco potrebbe trovare una appropriata ed adeguata soluzione bilanciata tra gli interessi dei donatori che richiedono l'anonimà ed i legittimi interessi nell'ottenere informazioni di un bambino concepito attraverso la procreazione artificiale con ovuli o sperma donato.

85. In conclusione la Corte dichiara che il Governo non ha fornito una giustificazione oggettiva e ragionevole per la differenza di trattamento tra la terza e il quarto ricorrente, i quali risultano ostacolati dal divieto della donazione di ovuli per la procreazione artificiale di cui al paragrafo 3 della legge sulla procreazione artificiale nel realizzare il loro desiderio di avere un figlio, e una coppia che fa uso di tecniche di procreazione assistita senza ricorrere alla donazione di ovuli. Di conseguenza, c'è stata violazione dell'articolo 14 della Convenzione in combinato disposto con l'articolo 8 rispetto alla terza ed al quarto ricorrente.

b. Il caso della prima e il secondo ricorrente (donazione di sperma)

86. La prima ricorrente soffre di infertilità alle tube di Falloppio e il secondo ricorrente, suo marito, è altrettanto sterile. Non è controverso che, a causa delle loro condizioni di salute, solo la fecondazione in vitro con utilizzo di sperma di un donatore possa permettere alla coppia ricorrente di realizzare il proprio desiderio di avere un bambino di cui almeno uno dei due ricorrenti sarebbe genitore genetico.

87. Tuttavia, il divieto delle tecniche eterologhe di procreazione artificiale per la fecondazione in vitro, sancito dal paragrafo 3(1) della legge sulla procreazione assistita, che, nel caso della prima e del secondo ricorrente non ammette la donazione di sperma, esclude questa possibilità. Nello stesso tempo il paragrafo 3(2) della legge consente la donazione di sperma per la fecondazione in vivo.

88. Dunque, la Corte deve verificare se la differenza di trattamento tra la prima e il secondo ricorrente che, per realizzare il loro desiderio di avere un bambino, possono solo ricorrere alla donazione di sperma per una fecondazione in vitro, ed una coppia che può legalmente utilizzare sperma donato per una fecondazione in vivo, ha una giustificazione oggettiva e ragionevole, cioè se si persegue uno scopo legittimo o se c'è un ragionevole rapporto di proporzionalità tra i mezzi impiegati e lo scopo che si intende perseguire.

89. La Corte osserva in principio che questa tecnica di procreazione artificiale combina due tecniche che prese da sole sarebbero permesse dalla legge sulla procreazione artificiale, vale a dire, da un lato, la fecondazione in vitro con gameti della coppia e, dall'altro, la donazione di sperma. Così il divieto di queste tecniche legali richiede, secondo la Corte, argomenti particolarmente persuasivi del Governo.

90. La Corte ritiene che gli argomenti addotti dal Governo per giustificare la donazione di ovuli sono poco pertinenti per esaminare il divieto in questione. Alcuni sono relativi alle preoccupazioni contro la procreazione artificiale in generale, laddove non c'è un divieto assoluto nell'ordinamento austriaco. Altri, come la prevenzione dello sfruttamento delle donne in condizioni vulnerabili, la limitazione di eventuali rischi per la salute delle donatrici di ovuli e la prevenzione di

relazioni familiari inconsuete a causa della maternità condivisa, semplicemente non sono applicabili. Altri, come il rischio della selezione eugenetica e i problemi discendenti dall'interesse legittimo dei bambini concepiti attraverso la donazione di gameti di essere informati sulla loro vera discendenza, sono rivolti contro la donazione di sperma che, tuttavia, e permessa se allo scopo di una fecondazione in vivo.

91. Nel giustificare il divieto della donazione di sperma il Governo ha sottoposto un altro argomento. Le ragioni addotte per giustificare questa differenza di trattamento tra la fecondazione in vitro e l'inseminazione artificiale stanno nel fatto che quest'ultima tecnica era già utilizzata da tempo quando la legge sulla procreazione artificiale è entrata in vigore e, siccome è facile da gestire e non richiede necessariamente medici chirurghi specializzati, che l'osservanza del divieto sarebbe impossibile da controllare.

92. Bisogna ricordare che la Convenzione è nata per "garantire diritti non teorici o illusori ma diritti che sono concreti ed effettivi" (si veda, inter alia, il caso *Folger* e altri c. Norvegia [GC], ricorso n° 15472/02, § 100, ECHR 2007-..., e il caso *Salduz c. Turchia* [GC], ricorso n° 36391/02, § 51, 27 novembre 2008). Di conseguenza la Corte deve prendere in considerazione l'effettività di un determinato caso di ingerenza quando giudica se esiste un ragionevole rapporto di proporzionalità tra i mezzi impiegati e lo scopo che si intende perseguire. In tal senso la Corte si dichiara competente anche a verificare se le presunte ingerenze dello Stato siano mezzi effettivi per perseguire un obiettivo legittimo.

93. Anche se fosse accettato questo argomento dedotto dal Governo come questione di pura efficienza esso dovrebbe essere bilanciato con gli interessi dei singoli individui coinvolti (si veda il caso *Evans*, sopra citato, § 77; il caso *X. e Y. c. Olanda*, sentenza del 26 marzo 1985, Serie A n° 91, §§ 24 e 27; il caso *Dudgeon*, sopra citato, § 52 e il caso *Christine Goodwin c. Regno Unito* [GC], ricorso n° 28957/95, § 90, ECHR 2002-VI). Secondo la Corte il desiderio di avere un bambino è un aspetto di particolarmente importante e, nel caso di specie, ha maggior peso degli argomenti dell'efficienza. Così, il divieto in esame difetta di un ragionevole rapporto di proporzionalità tra i mezzi impiegati e lo scopo che si intende perseguire.

94. La Corte, dunque, dichiara che la differenza di trattamento tra la prima e il secondo ricorrente che, per realizzare il loro desiderio di avere un bambino possono solo ricorrere alla donazione di sperma per una fecondazione in vitro, e una coppia che può legalmente ricorrere alla donazione di sperma per una fecondazione in vitro, non ha una giustificazione oggettiva e ragionevole ed è sproporzionata. Di conseguenza c'è stata violazione dell'articolo 14 della Convenzione in combinato disposto con l'articolo 8 con riguardo alla prima e al secondo ricorrente.

## II. SULLA DEDOTTA VIOLAZIONE DELL'ARTICOLO 8

95. I ricorrenti lamentano anche che il divieto delle tecniche eterologhe di procreazione artificiale per la fecondazione in vitro, sancito dai paragrafi 3(1) e 3(2) della legge sulla procreazione artificiale, ha violato i loro diritti riconosciuti dall'articolo 8 della Convenzione.

96. Nel caso di specie la Corte ritiene che, viste le considerazioni svolte rispetto all'articolo 14 in combinato disposto con l'articolo 8, non emergono questioni separate sul terreno del solo articolo 8 della Convenzione

## III. SULL'APPLICAZIONE DELL'ARTICOLO 41 DELLA CONVENZIONE

97. L'articolo 41 della Convenzione stabilisce:

"Se la Corte dichiara che vi è stata violazione della Convenzione o dei suoi protocolli e se il diritto dell'Alta Parte Contraente non permette se non in modo imperfetto di rimuovere le conseguenze di tale violazione, la Corte accorda, se del caso, un'equa soddisfazione alla parte lesa."

### A. Danni

98. Senza distinguere tra danni pecuniari e non pecuniari i ricorrenti richiedono una somma di EURO 20.000 per ciascuna coppia. Essi affermano che in conseguenza del divieto

previsto dalla legge sulla procreazione artificiale hanno patito una grave sofferenza emotiva. Inoltre, sono stati costretti a ottenere le cure necessarie in altri paesi dove sono facilmente reperibili, in conseguenza di ciò essi hanno sostenuto notevoli costi aggiuntivi. Infine, hanno dovuto abbandonare il loro desiderio di avere un figlio proprio e sono dovuti ricorrere all'adozione, che è stata anche una decisione difficile e dolorosa.

99. Nella misura in cui i ricorrenti reclamano danni non pecuniari il Governo si astiene da ogni commento in quanto la sofferenza dei ricorrenti non si presta ad una valutazione in termini monetari. Nella misura in cui i ricorrenti sembrano reclamare un risarcimento rispetto ai danni pecuniari, il Governo afferma che non c'è un nesso causale tra la violazione dichiarata e i danni reclamati rispetto ai costi sostenuti per la sottoposizione alle cure e per le spese occorse per l'adozione.

100. La Corte non trova alcun nesso causale tra la violazione dichiarata e la doglianza relativa ai danni pecuniari. Di conseguenza, nessun risarcimento spetta con riferimento a questo capo. Tuttavia, i ricorrenti hanno indubbiamente subito danni non pecuniari. Sulla base di un giudizio secondo equità la Corte risarcisce ciascuna coppia ricorrente con EURO 10.000 a titolo di risarcimento per i danni non pecuniari.

#### B. Costi e spese

101. I ricorrenti reclamano EURO 15.000 per ciascuno per i costi e le spese sostenuti sia per i processi interni sia per il processo dinanzi alla Corte.

102. Il Governo ritiene questa richiesta eccessiva e, sulla base dei propri calcoli, è disposto a pagare complessivamente solo EURO 22.000 (IVA inclusa) per le spese di consulenza di tutti i ricorrenti nei processi interni e nel processo dinanzi alla Corte.

103. La Corte osserva che i ricorrenti non hanno allegato alcuna fattura che potrebbe giustificare un compenso più alto di quello accettato dal Governo. Di conseguenza, la Corte risarcisce per questo capo EURO 18.333 per costi e spese sostenuti da tutti i ricorrenti nei processi dinanzi alle istanze nazionali e dinanzi alla Corte per le parcelle di entrambi gli avvocati comparsi dinanzi alla Corte.

#### C. Interessi moratori

104. La Corte ritiene appropriato che gli interessi moratori debbano basarsi sul tasso di interesse ufficiale marginale praticato dalla Banca Centrale Europea, al quale si devono aggiungere tre punti percentuali.

#### PER QUESTE RAGIONI, LA CORTE

1. Dichiaro per cinque voti contro due che c'è stata violazione dell'articolo 14 della Convenzione in combinato disposto con l'articolo 8 per quanto riguarda la terza e il quarto ricorrente;

2. Dichiaro per sei voti contro uno che c'è stata violazione dell'articolo 14 della Convenzione in combinato disposto con l'articolo 8 per quanto riguarda la prima e il secondo ricorrente;

3. Dichiaro all'unanimità che non è necessario esaminare il caso anche sul terreno dell'articolo 8 della Convenzione;

4. Dichiaro all'unanimità

(a) che lo Stato convenuto è obbligato a pagare ad ogni coppia ricorrente, entro tre mesi dalla data in cui la sentenza diverrà definitiva ai sensi dell'articolo 44 § 2 della Convenzione, EURO 10.000 (diecimila euro) a titolo di danni non pecuniari e a pagare a tutti i ricorrenti EURO 18.333 (diciottomilatrecentotrentatré euro), più ogni tassa a carico dei ricorrenti, a titolo di costi e spese;

(b) che dal decorso dei tre mesi suddetti fino al pagamento degli interessi semplici sarà pagabile la somma di cui sopra ad un tasso pari al tasso di interesse ufficiale marginale della Banca Centrale Europea durante il periodo di mora più tre punti percentuali;

5. Rigetta all'unanimità le restanti domande dei ricorrenti a titolo di equa soddisfazione. — *Omissis*.



## (1-2) Fecondazione eterologa e diritti umani

La sentenza rappresenta una svolta che non ha precedenti diretti, ma si inserisce tuttavia in una tendenza di progressiva erosione dei limiti legali all'utilizzo della procreazione medicalmente assistita<sup>1</sup>.

La Corte di Strasburgo si pronuncia sul ricorso di due coppie austriache, le quali, per motivi diversi, non potevano accedere alla PMA a causa dei divieti della legislazione nazionale.

La prima coppia era costituita da un uomo fertile e una donna affetta da agonadismo, patologia consistente nell'assenza delle gonadi femminili e, quindi, nell'impossibilità di produrre gameti: per costoro l'unico modo per concepire un figlio era, quindi, rappresentato dall'utilizzo di un ovocita esterno alla coppia, tecnica sempre vietata dalla legge austriaca.

Nella seconda coppia l'uomo era infertile e la donna era affetta da una patologia a livello delle tube di Falloppio, che impediva ai suoi ovuli di raggiungere l'utero: in tal caso, dunque, bisognava ricorrere a gameti maschili esterni, il cui utilizzo era, però, consentito dalla legge austriaca solo ai fini della fecondazione *in vivo* (inutile nel caso di specie, poiché l'ovulo fecondato nel corpo della donna non avrebbe mai potuto raggiungere l'utero) e non per quella *in vitro*, che sarebbe stata, invece, risolutiva.

Le coppie si erano, quindi, rivolte, in via di *Verfassungsbeschwerde*, alla Corte Costituzionale nazionale, invocando una violazione del principio di eguaglianza (*ex art. 7 della Costituzione Austriaca*), insita nell'irrazionale distinzione fra i casi di fecondazione eterologa ammessi e quelli vietati. La Corte austriaca aveva rigettato i ricorsi, ritenendo giustificata la distinzione in questione, per cui le coppie si erano rivolte alla Corte di Strasburgo, invocando una violazione degli artt. 8 e 14 della Conv. del 1950.

La Corte Europea affronta la questione prendendo le mosse da alcuni postulati, che considera ormai *ius receptum*. In primo luogo, si afferma che la libertà nelle scelte procreative<sup>2</sup>, ivi compresa la scelta di ricorrere alla PMA e la selezione delle tecniche più opportune, rientra nel concetto di "*private and family life*" tutelata contro le interferenze statali dall'art. 8 Conv.<sup>3</sup>

Nella giurisprudenza della Corte, infatti, questa nozione costituisce un "*broad concept*" da intendere estensivamente, anche se il testo del 1950 prevedeva numerose ed ampie ipotesi di deroga alla tutela del diritto in questione<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> Cfr., per l'Italia, Corte Cost., 8 maggio 2009, n. 151, in *Rep. Giur. It.*, 2009, I, voce "Filiazione", nn. da 89 a 106, ed in *Giur. It.*, 2010, 2, 281, con note di TRUCCO, CHINNI, RAZZANO; Trib. Bologna, 29 giugno 2009, in *Rep. Giur. It.*, 2009, I, voce "Filiazione", n. 108, ed in *Corr. del merito*, 2009, 11, 1062; Trib. Salerno, 9 gennaio 2010, in *Foro It.*, 2010, 3, I, 1018.

<sup>2</sup> Nella definizione di tale libertà, il problema di base emerge

anche dalle locuzioni delle parti: i ricorrenti parlano di "*right to procreation*", mentre il Governo di "*wish for a child*".

<sup>3</sup> Cfr. Corte eur. dir. Uomo, Dickson v. the United Kingdom [GC], n. 44362/04, § 66, ECHR 2007-XIII, in *Rep. Giur. It.*, 2008, I, voce "Filiazione", n. 134, ed in *Fam. Pers. Succ.*, 2008, 2, 188.

<sup>4</sup> Adottando un diverso atteggiamento interpretativo sarebbe

Pertanto, di questo, come di tutti i diritti fondamentali, ogni soggetto deve poter godere in maniera paritaria *ex art. 14 Conv.*, a meno che una differenziazione non possa dirsi ragionevolmente giustificata per la sussistenza di uno scopo legittimo e della proporzionalità fra lo scopo da raggiungere ed i mezzi impiegati.

Il cuore della sentenza è costituito, infatti, dall'esame delle giustificazioni del divieto addotte dal Governo austriaco e dalla loro confutazione.

Preliminarmente il Governo osserva che le norme nazionali devono considerare le convinzioni etico-religiose dei popoli e mirare a raggiungere un compromesso, la cui valutazione sarebbe tendenzialmente sottratta al sindacato dei giudici europei, essendo espressione della discrezionalità propria degli Stati membri.

È noto, però, come tali argomentazioni siano tenute in scarsa considerazione dalla giurisprudenza di Strasburgo quando vengono in gioco i diritti fondamentali della persona<sup>5</sup>.

Entrando nel merito, il Governo offre cinque giustificazioni del divieto di ricorrere ad ovociti esterni alla coppia, che la Corte non ritiene, però, di accogliere.

Quanto all'eventualità che le tecniche eterologhe possano favorire pratiche eugenetiche, i giudici osservano che tale argomento potrebbe giustificare un divieto generale della PMA, ma non le distinzioni in esame. È da osservare che la Corte non si pronuncia, nemmeno incidentalmente, sulla contrarietà dell'eugenetica ai diritti fondamentali<sup>6</sup> e sugli eventuali riflessi di tale contrasto nei confronti delle leggi che in qualche modo consentissero o incoraggiassero pratiche di tale natura.

Secondo la Corte, invece, simili rischi sono comunque esclusi dalla circostanza che le procedure di PMA sono gestite da professionisti di elevata competenza e specializzazione, nei confronti dei quali non si potrebbe che nutrire un atteggiamento di fiducia<sup>7</sup>, argomentazione che ricorda quel filone della nostra giurisprudenza costituzionale che ha assai valorizzato la tutela della autonomia e discrezionalità del medico contro gli interventi legislativi<sup>8</sup>.

Per ciò che attiene al rischio che si sviluppi un commercio di ovuli con conseguente sfruttamento delle donne di umile condizione sociale che vi si sottoponestero, la Corte replica che tale rischio può essere scongiurato, prevedendo che gli ovociti possano essere donati, ma non venduti. Infatti, alla possibilità che di un diritto si abusò, gli Stati non dovrebbero reagire negandolo, ma regolandolo in modo adeguato. Riteniamo di non poter sottacere la debolezza di questo ragionamento, in quanto, anche se uno Stato promul-

gasse tale regolamentazione, questa sarebbe facilmente aggirabile col ricorso ad ovuli venduti in altri Paesi, soprattutto in Paesi poveri, ove più gravi sono le condizioni di sfruttamento e di degradazione delle donne. L'unica soluzione consisterebbe in una regolamentazione globale della PMA, parallela a quella della globalizzazione economica, che da più parti autorevolmente si invoca<sup>9</sup>.

Per quanto riguarda i pericoli che potrebbero derivare da una divisione della figura materna fra la donatrice e la gestante, la Corte osserva che la costituzione di "*unusual family relations*" che vanno oltre il nesso meramente biologico (anche a costo di compromettere il principio "*mater semper certa*"), è da sempre nota ai nostri ordinamenti, che conoscono tutti l'istituto dell'adozione e, comunque, oggi non dovrebbe essere osteggiata. Si riscontra qui l'evoluzione da una genitorialità carnale ad una genitorialità sociale, che secondo autorevole dottrina sarebbe al centro del moderno diritto di famiglia<sup>10</sup>.

Quanto ai problemi che potrebbero sorgere dall'impossibilità per i nati da fecondazione eterologa di conoscere i propri ascendenti naturali, con eventuali conseguenze anche in campo sanitario, la Corte richiama la propria giurisprudenza che aveva affermato l'ammissibilità di norme che prevedano l'anonimato di un genitore<sup>11</sup>.

Infine, con riferimento ai rischi connessi all'intervento chirurgico di prelievo dell'ovulo dalla donatrice, la Corte, giustamente, osserva che essi non si distinguono da quelli che sopporta l'aspirante madre nella fecondazione omologa *in vitro*, che pure non è vietata: pertanto, non bastano a giustificare il divieto in questione.

La sentenza dedica, poi, una trattazione molto più breve all'altro divieto *sub judice*, quello di utilizzo di gameti maschili esterni per la fecondazione *in vitro*. Il Governo rilevava come la scelta austriaca di vietare la fecondazione *in vitro* e permettere quella *in vivo* fosse derivata da una considerazione eminentemente pragmatica, cioè dall'impossibilità di reprimere quest'ultima operazione, che può essere realizzata anche da personale non specializzato, senza mezzi tecnici avanzati. La Corte replica che un'argomentazione efficientistica non può giustificare la compressione di un diritto fondamentale.

Qui interessa soprattutto valutare gli effetti della sentenza sulle leggi in materia di fecondazione eterologa degli altri Paesi e in particolare del nostro.

Si può osservare che, *in subiecta materia*, il quadro europeo si presenta assai vario, anche se la maggior parte degli Stati permette l'utilizzo di questa tecnica e

stato semplice far rientrare in una delle ipotesi di cui all'art. 8.2 Conv. le motivazioni addotte dal Governo austriaco.

<sup>5</sup> Si veda Corte eur. dir. uomo, 3 novembre 2009, in *Foro It.*, 2010, 2, 57, sull'esposizione del crocifisso nelle aule scolastiche italiane.

<sup>6</sup> L'art. 3.2, della Carta dei Diritti Fondamentali dell'UE, invece, vieta espressamente l'eugenetica, oltre al commercio di parti del corpo umano e alla clonazione riproduttiva.

<sup>7</sup> È da osservare che, in passato (non solo nella Germania nazista, ma anche nella democrazia svedese), quasi tutte le teorie eugenetiche sono state elaborate da medici di chiara fama.

<sup>8</sup> È il caso della sentenza 8 maggio 2009, cit., e di alcuni suoi precedenti più discutibili, in cui la Corte ha condannato leggi

regionali che vietavano terapie psichiatriche barbare, come TEC e lobotomia, perché avrebbero compromesso l'autonomia del medico: cfr. Corte Cost. 26 giugno 2002 n. 282, in *Rep. Giur. It.*, 2002, II, voce "Regione", nn. 309 e 310, ed in *Giur. It.*, 2002, 2006., che ha dichiarato incostituzionale la legge della Regione Marche n. 26/01.

<sup>9</sup> FURGUELE, *Modelli familiari nel diritto italiano e straniero*, in *Scritti in onore di M. Comporti*, Milano, 2008, 1338.

<sup>10</sup> FURGUELE, cit., 1337.

<sup>11</sup> Cfr. Corte eur. dir. uomo, Odièvre c. Francia, [GC], n. 42326/98, § 29, ECHR 2003-III, citata nel testo della sentenza, a quanto consta, inedita in Italia; anche il nostro ordinamento conosce, com'è noto, l'anonimato della madre.

la tendenza evolutiva<sup>12</sup> sembra in questa direzione.

Altri<sup>13</sup> la consentono, ma solo in alcune ipotesi: è evidente che tali norme, spesso identiche a quelle austriache, devono ora considerarsi illegittime, perché irragionevoli e discriminatorie. Non a caso la Germania<sup>14</sup> è intervenuta come terzo a sostegno della posizione austriaca, portando all'esame della Corte ulteriori argomenti<sup>15</sup>, che comunque non sono riusciti a modificare l'opinione dei giudici.

Infine, alcuni Stati vietano *tout court* la fecondazione eterologa: è il caso dell'Italia<sup>16</sup>. La sentenza in esame afferma che la Conv. non impone agli Stati di autorizzare la PMA, ove questi intendessero proibirla, ma li obbliga, una volta che abbiano scelto di ammetterla, a regolarla in maniera coerente, per cui si potrebbe sostenere che la legge italiana abbia quella coerenza che la sentenza eleva a criterio primario di valutazione.

Anche alle norme italiane, però, si potrebbe imputare una qualche illogicità, ove si ponessero a confronto non varie ipotesi di fecondazione eterologa, ma, da un lato, la fecondazione eterologa, nel suo complesso vietata<sup>17</sup>, e, dall'altro, la fecondazione omologa, che è, invece, ammessa.

Sono già stati presentati, presso vari tribunali italiani<sup>18</sup>, ricorsi volti a far dichiarare illegittimo il divieto di fecondazione eterologa, sulla base della pronuncia europea in esame. Peraltro, bisogna ricordare che la sentenza, una volta passata in giudicato, potrebbe comportare l'illegittimità delle norme italiane contrastanti con la stessa *ex art.* 117.1 Cost.

È difficile prevedere oggi le conseguenze di un'ormai probabile caduta del divieto di PMA eterologa in Italia. Si potrebbe sostenere che gli effetti concreti saranno pochi, poiché il divieto non è mai riuscito a penetrare nell'ordinamento, come dimostra l'assenza di una giurisprudenza sulla repressione della pratica. Peraltro, la stessa legge che la vieta, fornisce una disciplina della fecondazione eterologa, ispirata alla giurisprudenza precedente<sup>19</sup> (per la quale tale pratica era lecita), che non appare affatto sfavorevole né alla coppia che la utilizza, né al donatore<sup>20</sup>.

Va osservato che la fecondazione eterologa costituisce l'unico metodo con cui le coppie omosessuali possono concepire figli ed è chiaro che una diffusione di questo suo utilizzo comporterebbe una profonda trasformazione sociale. Del resto, i limiti soggettivi all'accesso alla PMA<sup>21</sup>, che, in teoria, lo impedirebbero, sono già stati, per altri aspetti, superati dalla giurispru-

denza di merito<sup>22</sup> e non appaiono, quindi, dotati di una particolare forza di resistenza.

Peraltro, qualora si affermasse un'interpretazione della materia, per cui, una volta ammessa la PMA, qualunque differenziazione al suo interno sarebbe inammissibile, detti limiti sarebbero anch'essi illegittimi. Se, poi, da tutto ciò deriverà una sorta di "autosufficienza riproduttiva" di uno dei due sessi<sup>23</sup>, ipotesi finora appartenuta solo al mito<sup>24</sup>, non possiamo stabilirlo qui.

In ogni caso, si rileva che il sistema della legge 40 era già compromesso prima di questo intervento europeo, per effetto delle citate pronunce interne, che ne hanno disarticolato elementi anche più importanti, come quelli attinenti al diritto alla vita dell'embrione.

Conclusivamente è possibile accennare a due riflessioni suggerite dalla vicenda.

Una attiene al rapporto fra la tecnica, che, spesso sostenuta da massicci interessi economici, produce continuamente nuovi ritrovati dal fortissimo impatto sociale, ed il diritto, che compie uno sforzo titanico, e spesso perdente, per controllare tali processi.

L'altra riguarda il rapporto, interno al mondo delle fonti del diritto, fra la democrazia politica e la giurisdizione, rapporto che, negli ultimi tempi, sembra inclinare sempre più in favore della seconda, come dimostrano anche gli ultimi sviluppi in tema di PMA<sup>25</sup>.

MARCO RIZZUTI

## IMMIGRAZIONE

CASSAZIONE CIVILE, SEZIONI UNITE, 25 ottobre 2010, n. 21799 — CARBONE *Presidente* — SALVAGO *Relatore* — IANNELLI *P.M.* (conf.) — N.P.A (avv. Jassonna) - Procuratore generale presso la Corte d'appello di Perugia.

**Straniero — Minore soggiornante in Italia — Autorizzazione alla permanenza temporanea del genitore irregolare — Condizioni — Diritto all'unità familiare — Diritto alla sicurezza nazionale — Bilanciamento di diritti — Convenzioni internazionali e diritto UE** (Cedu art. 8; Carta dei diritti fondamentali 12 dicembre 2007, art. 7; Patto ONU diritti civili e politici 1966; Conv. ONU diritti del fanciullo 1989, art. 9 e segg.; Dir. 2003/86/CE; Cost. artt. 29 e 30; D.Lgs. 25 luglio 1998, n. 286, art. 31, comma 3).

<sup>12</sup> Danimarca, Svezia e Francia (art. 311-20 *code civil*) prima la proibivano e ora la ammettono.

<sup>13</sup> Austria, Croazia, Germania, Norvegia, Svizzera.

<sup>14</sup> Il § 1 della *Embryonenschutzgesetz*, punisce l'impianto in una donna di un ovocita esterno.

<sup>15</sup> Relative ai conflitti che sorgerebbero, ove la gestante agisse in responsabilità contro la donatrice per difetti del figlio nato dall'ovulo donato, o la donatrice, non riuscendo ad avere altri figli, rivendicasse il prodotto del suo ovocita.

<sup>16</sup> Con Lituania e Turchia.

<sup>17</sup> Legge n. 40/2004, artt. 4.3 e 9.

<sup>18</sup> Bologna, Firenze, Catania, Milano (cfr. *Sole 24 Ore*, 8 aprile 2010): la questione di legittimità costituzionale è già stata sollevata da Trib. Firenze, con ordinanza 13 settembre 2010 e da Id. Catania, con ordinanza 21 ottobre 2010, entrambe in *Nuova*

*Giur. Comm.*, 2011, 1, 43-63, e da Trib. Milano, con ordinanza 2 febbraio 2011, a quanto consta ancora inedita.

<sup>19</sup> Cass., 16 mar. 1999 n. 2315, in *Rep. Giur. It.*, 1999, voce "Filiazione", n. 77, ed in *Dir. Famiglia*, 1999, 622, 1095, con nota di PRANDINI.

<sup>20</sup> Ciò consentirebbe di sostenere che la legge n. 40/2004 non è più logica di quella austriaca.

<sup>21</sup> Legge n. 40/2004, artt. 1 e 4.

<sup>22</sup> Trib. Salerno, 9 gennaio 2010, cit., che dà accesso alla PMA a persone fertili.

<sup>23</sup> MANTOVANI, *Delitti contro la persona*, Padova, 2005, 26.

<sup>24</sup> EURIPIDE, *Ippolito*, vv. 616-24, in un'invettiva misogina immagina una sorta di "banca del seme".

<sup>25</sup> Le decisioni di Corte eur. dir. uomo e Corte Cost. prevalgono sugli esiti opposti del *referendum* del 2005.

*La temporanea autorizzazione alla permanenza in Italia del genitore, irregolarmente soggiornante, di un minore, prevista dall'art. 31, comma 3, del testo unico sull'immigrazione, non richiede necessariamente l'esistenza di situazioni di emergenza o di circostanze eccezionali strettamente collegate alla salute del minore, ma comprende qualsiasi danno effettivo, concreto ed obiettivamente grave, che, in considerazione dell'età e delle condizioni di salute del minore, possa derivare dall'allontanamento del familiare o dal definitivo sradicamento dall'ambiente in cui il minore è cresciuto. Al fine di accertare la sussistenza di tali situazioni il giudice è tenuto, sulla base di fonti interne, internazionali e dell'Unione europea, e della loro prassi applicativa ad operare un bilanciamento del diritto all'unità familiare e del diritto alla sicurezza nazionale (1).*

 *Omissis.* — La giurisprudenza assolutamente prevalente di questa Corte, recepita dal decreto impugnato, ha ritenuto ai fini dell'autorizzazione temporanea all'ingresso od alla permanenza del familiare straniero del minore che si trovi nel territorio italiano, che le condizioni previste nel menzionato art. 31, consistenti nei gravi motivi connessi allo sviluppo psico-fisico del minore stesso, tenuto conto delle condizioni di salute e di età, sono configurabili solo quando sia accertata l'esistenza di una situazione di emergenza, rappresentata come conseguenza della mancanza o dell'allontanamento improvviso del genitore, a carattere eccezionale o contingente, che ponga in grave pericolo lo sviluppo normale della personalità del minore; e che detti motivi non possono quindi essere ravvisati nelle ordinarie necessità di accompagnare il processo di integrazione ed il percorso educativo, formativo e scolastico, trattandosi di esigenze incompatibili con la natura temporanea ed eccezionale dell'autorizzazione, che viene concessa in deroga all'ordinario regime giuridico dell'ingresso e del soggiorno degli stranieri.

*Omissis.* — 3. Tanto premesso, le Sezioni Unite osservano che l'art. 29 Cost. e segg. tutelano la famiglia anche e soprattutto come luogo privilegiato di sviluppo ed affermazione della personalità del minore, ponendolo al centro di un sistema di protezione e fruizione di diritti da esercitarsi nei confronti dei genitori (art. 30) e dei pubblici poteri (art. 31). E che la Corte Costituzionale ha rimarcato l'applicazione generale e paritaria di detti diritti considerati "fondamentali della persona" con specifico riguardo alla condizione degli stranieri già in epoca anteriore al T.U. appr. con D.Lgs. n. 286 del 1998: estendendo il ricongiungimento di cui alla legge allora vigente a fattispecie ulteriori, riferite a nuclei familiari con figli minori attraverso una motivazione incentrata sul diritto del minore alla massima espressione della funzione genitoriale (sent. 203/1997 e 28/1995).

Con la successiva pronuncia 376/2000, ha rilevato quindi che il diritto all'unità familiare merita "una speciale protezione" quando riguarda il destino dei figli minori perché oltre a ricevere una diretta tutela costituzionale è affermato da una serie di disposizioni di trattati internazionali ratificati dall'Italia: dal patto internazionale relativo ai diritti civili e politici (reso esecutivo con la L. n. 881 del 1977) alla Convenzione di New York sui diritti del fanciullo ratificata dalla L. n. 176 del 1991, che approfondisce il contenuto del diritto di famiglia, con particolare riguardo al rapporto genitori-figli, precisando che il fanciullo non può essere separato dai genitori, se non in casi specifici e controllati (art. 9 e segg.).

Da dette fonti ha tratto conferma del principio "pienamente rinvenibile negli artt. 29 e 30 Cost. in base al quale alla famiglia deve essere riconosciuta la più ampia protezione ed assistenza, in particolare nel momento della sua formazione ed in vista della responsabilità che entrambi i genitori hanno per il mantenimento e l'educazione dei figli minori; tale assistenza e protezione non può non prescindere dalla condizione, di cittadini o di stranieri, dei genitori, trattandosi di diritti umani fondamentali, cui può derogarsi solo in presenza

di specifiche e motivate esigenze volte alla tutela delle stesse regole della convivenza democratica". Questo sistema di valori ritenuti "fondamentali della dignità umana", è divenuto parte integrante del diritto comunitario nel cui ambito è stata adottata la Direttiva 2003/86/CE relativa al ricongiungimento familiare di cittadini di paesi terzi, da interpretare secondo la Corte di Giustizia alla luce dei diritti fondamentali, e più "particolarmente del diritto al rispetto della vita familiare sancito sia dalla CEDU, sia dalla Carta"; ed è stato da ultimo interamente trasfuso nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (Nizza, 7 dicembre 2000), nella versione derivante dal Trattato di Lisbona, del 13 dicembre 2007 [12 dicembre 2007] ed entrata in vigore il 1° dicembre 2009, che ha ribadito il diritto al rispetto della propria vita privata e familiare (art. 7); i diritti dei minori alla protezione e alle cure necessarie per il loro benessere; nonché quelli ad intrattenere regolarmente relazioni e contatti diretti con i genitori, salvo che ciò appaia contrario al loro interesse (art. 24).

4. Alle ricordate norme rivolte alla protezione, con carattere di priorità dell'individuo minorenne si contrappone la materia dell'immigrazione, fondata su principi diversi (e talvolta antitetici) ispirati da esigenze di ordine pubblico e di sicurezza nazionale; e comportante anzitutto la rigorosa regolamentazione delle condizioni che consentono l'ingresso e la permanenza dello straniero nel territorio di ciascuno Stato. Si tratta anche in questo caso di principi e valori tutelati da fonti internazionali tanto da essere stati comunitarizzati dal Trattato di Amsterdam e da consentire interventi legislativi degli organi comunitari (art. 51 Tratt.); i quali con la recente Direttiva 2008/115/CE hanno dettato norme e procedure comuni da applicare negli Stati membri per il rimpatrio di cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare. E la cui operatività richiede un difficile bilanciamento tra i diversi interessi generali ed individuali coinvolti attingendo anche la protezione dei diritti delle famiglie e dei minori immigrati.

*Omissis.* — Nella stessa prospettiva del necessario bilanciamento fra queste contrapposte esigenze la Corte Edu ha disconosciuto al diritto alla vita privata e familiare natura di diritto assoluto, dichiarando che lo stesso può essere sacrificato sulla base di politiche statali di regolamentazione dell'immigrazione; ed ha elaborato una serie di criteri di natura elastica al fine di bilanciare il diritto "au respect de sa vie privée et familiale" di cui all'art. 8 della Convenzione [Cedu] con il limite al suo esercizio costituito dall'ingerenza dei pubblici poteri consentita dal comma 2, sostanzialmente subordinandola ai parametri della "proporzionalità" e "necessità" (Corte Edu, 24 novembre 2009, Omojudi; 22 marzo 2007, Maslov; 18 ottobre 2006, Unerv; 27 ottobre 2005, Keles; 17 aprile 2003, Ylmaz; 11 luglio 2002, Amrollahi; 20 novembre 1999, Baghli).

*Omissis.* — 5. Questo quadro normativo è completato dalla disposizione del D.Lgs. n. 286 del 1998, art. 31, comma 3 la quale prevede una duplice possibilità di autorizzazione temporanea, all'ingresso ed alla permanenza del familiare sul territorio nazionale in deroga alle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione, e nel concorso di gravi motivi connessi con lo sviluppo psicofisico del minore, tenuto conto della sua età e delle sue condizioni di salute: perciò svolgendo la funzione di norma di chiusura del sistema di tutela dei minori stranieri, fondato in via ordinaria sull'istituto del ricongiungimento familiare, ed apportando una eccezione alla disciplina sull'ingresso e sul soggiorno dello straniero dettata dalle norme precedenti quando ricorrano le condizioni per salvaguardarne il "preminente interesse" in situazioni nelle quali l'allontanamento suo o di un suo familiare potrebbe pregiudicarne gravemente l'integrità fisico - psichica. In tale logica, essa attua, completa ed esaurisce il bilanciamento necessario ed equilibrato tra il rispetto alla vita familiare del minore che i pubblici poteri sono tenuti a proteggere e promuovere e l'interesse pubblico generale alla sicurezza del territorio e del controllo delle frontiere che richiede soprattutto il rispetto delle norme sull'immigrazione da parte dei soggetti ad essa sottoposti; e che rappresenta, secondo la Corte Costituzionale e le fonti internazionali menzionate, un

valore primario di pari rango ed egualmente degno di tutela; tanto che la Corte (C)EDU lo ha incluso fra gli interessi pure fondamentali indicati dall'art. 8, comma 2 della Convenzione europea, a fronte dei quali ha considerato recessivi anche quelli del 1 comma, e comunque oggetto di un necessario bilanciamento che ha dato origine al noto catalogo dei parametri contenuti nella decisione Boulif del 2 agosto 2001.

*Omissis.* — 6. Pertanto, l'art. 31, comma 3 non si contrappone a quest'ultima disciplina, né a quella posta dall'art. 28 e segg. sul ricongiungimento familiare, ma va coordinato con l'una e l'altra perché rivolto ad operarne il bilanciamento con l'interesse del minore nel grado più elevato possibile ed oltre il limite posto da quest'ultima normativa, senza per questo pregiudicare l'interesse pubblico alla sicurezza nazionale nonché all'osservanza della disciplina dell'immigrazione. Da qui l'individuazione e la selezione della soluzione ritenuta più adeguata a consentirne il contemperamento, la quale: A) subordina l'autorizzazione alla permanenza del genitore (o familiare) irregolare del minore straniero alla ricorrenza del requisito legale della "gravità dei motivi" e con la necessaria connessione di detta formula allo sviluppo psicofisico del minore: perciò da apprezzare avendo riguardo alla situazione in atto del fanciullo; e soprattutto, allorché si prospetta un deterioramento grave della sua condizione, con giudizio eventualmente prognostico sulle conseguenze che la sua modificazione possa comportare per il minore... B) considera, tuttavia il provvedimento che esclude l'allontanamento in funzione esclusiva della tutela del minore e non del genitore o del familiare che dovrebbe essere espulso; per cui, essendo la sua condizione fisico-psichica una situazione che si modifica ed evolve, la norma ne giustifica una periodica rivalutazione, a seguito della quale (ove la gravità della situazione permane l'autorizzazione (significativamente prevista a tempo determinato) può essere prorogata. Mentre la stessa deve essere immediatamente "revocata quando vengono a cessare i gravi motivi che ne giustificano il rilascio", pur se inizialmente presenti, e gli effetti siano, perciò, raggiunti prima della scadenza naturale del provvedimento.

*Omissis.* — 7. A partire da Cass. 396/2006 è stata, infatti, abbandonata la lettura strettamente sanitaria della norma e limitata al ristretto orizzonte della patologia medica nonché delle evenienze terapeutiche riguardanti la sola salute fisica; e la contestuale Cass. sez. un. 22216/2006 ha rimosso anche la necessità della preesistenza della patologia nell'ipotesi in cui venga richiesta l'autorizzazione alla permanenza del familiare che diversamente dovrebbe essere espulso, osservando che proprio l'allontanamento improvviso del genitore o lo spostamento definitivo dell'intero nucleo familiare possono determinare una situazione futura di grave rischio per il corretto equilibrio psico-fisico del minore che, ancorché non puntualmente prospettata dalla parte ricorrente nell'indicazione dei gravi motivi, deve essere attentamente valutata dal giudice minorile anche attraverso accertamenti tecnici specialistici.

Per cui le Sezioni Unite nel ribadire quest'ultimo arresto, devono concludere che la tecnica di normazione a clausola generale dell'art. 31 induce a comprendervi qualsiasi danno effettivo, concreto, percepibile ed oggettivamente grave che in considerazione dell'età o delle condizioni di salute ricollegabili al complessivo equilibrio psico-fisico deriva, o è altamente probabile, deriverà al minore, dall'allontanamento del familiare o dal suo definitivo sradicamento dall'ambiente in cui è cresciuto.

*Omissis.* — 8. Da qui la necessità che tra il minore ed il genitore espulso sussista — e sia documentato — un rapporto affettivo significativo idoneo a giustificare l'inversione della regola generale secondo cui il figlio minore segue la condizione giuridica del genitore (comma 1); prevedendo invece che quest'ultima possa seguire quella del figlio attraverso la richiesta dello straniero irregolare "di entrare o soggiornare in Italia anche in deroga alle altre disposizioni della presente legge" per la necessità di non privare traumaticamente il minore della figura parentale fino ad allora presente nella sua vita psichica.

*Omissis.* — Una diversa interpretazione legittimerebbe l'utilizzo pretestuoso dei figli minori e dei diritti ad essi riconosciuti dalle fonti nazionali ed internazionali da parte dei genitori nel loro esclusivo interesse; ed attribuirebbe alla norma la funzione che le è estranea, più volte paventata dall'indirizzo restrittivo, di introdurre una modalità anomala di legittimazione del soggiorno di famiglie di stranieri attraverso non già la tutela, ma una forma di strumentalizzazione dell'infanzia che di fatto convertirebbe i diritti dei fanciulli in privilegio per i genitori non regolarmente soggiornanti: sostanzialmente traducendosi in una vera e propria sanatoria permanente di immigrati presenti irregolarmente sul territorio nazionale. — *Omissis.*

 (1) 1. Il ricorso in oggetto riguarda l'interpretazione dell'art. 31, comma 3, D.Lgs. 25 luglio 1998, n. 286 (T.U. sull'immigrazione), concernente l'autorizzazione per gravi motivi alla permanenza temporanea sul territorio nazionale di un familiare, irregolarmente soggiornante in Italia, nell'interesse dei figli minori. Per la Corte, la giurisprudenza "assolutamente prevalente" della Cassazione (sent. nn. 396/2006 e 22216/2006) è nel senso che i gravi motivi previsti dalla norma sopra indicata siano connessi allo sviluppo psicofisico del minore e tengano altresì conto delle sue condizioni di salute e dell'età. In particolare, deve trattarsi di situazioni di emergenza, di carattere eccezionale o contingente, che pregiudichino effettivamente lo sviluppo normale della personalità del minore. I gravi motivi non possono invece essere rinvenuti, come prospettato da un orientamento giurisprudenziale minoritario (cfr. Cass. n. 22080/2009 e n. 823/2009), nelle esigenze ordinarie relative al processo di formazione ed educazione del minore.

2. Quanto ai diritti invocati dalle parti della controversia, la Cassazione ha affermato che il diritto all'unità familiare e il diritto al ricongiungimento familiare trovano riscontro nella Costituzione (artt. 29 e 30) e nella giurisprudenza della Corte costituzionale (sentenze n. 28/1995 e n. 203/1997), quali diritti fondamentali di ogni essere umano "a prescindere dalla condizione, di cittadini o stranieri". Con particolare riguardo all'applicazione del diritto all'unità familiare nei casi di esistenza di figli minori, la Cassazione ha rilevato che è necessaria una protezione particolare, sulla base dell'analisi di numerose fonti internazionali, quali il Patto ONU del 1966 sui diritti civili e politici, la Convenzione ONU del 1989 sui diritti del fanciullo, la Cedu e più recentemente il diritto UE. Tuttavia, tali diritti umani non sono assoluti, ma relativi, e devono essere pertanto coordinati con il diritto dello Stato a tutelare la sicurezza nazionale e a regolamentare i flussi di immigrazione sul proprio territorio. Occorre quindi procedere ad una delicata opera di bilanciamento dei diritti in gioco, che trova altresì conferma nelle anzidette fonti normative e nella loro prassi applicativa.

#### COMODATO DI CASA FAMILIARE

CASSAZIONE CIVILE, III SEZIONE, 7 luglio 2010, n. 15986 — FILADORO *Presidente* — TRAVAGLINO *Relatore* — FUCCI *P.M.* (diff.) — S.A. ed altro (avv. Vinci) - C.A.

### Comodato — Casa familiare — Configurabilità del precario (C.c. art. 1810).

*La destinazione dell'immobile a casa familiare non è idonea ad escludere la configurabilità del comodato precario. I comodatari conservano, pertanto, il diritto di recedere dal contratto ad nutum, non essendo rilevante il fatto che, in sede di separazione tra i coniugi, l'immobile sia stato assegnato all'affidatario dei figli (1).*

 *Omissis.* — *Svolgimento:* S.A. e R.S. convennero in giudizio C.A. dinanzi al tribunale di Lecce chiedendo la restituzione di un immobile da essi attori concesso in comodato al proprio figlio e alla convenuta, all'epoca marito e moglie, perché entrambi lo adibissero temporaneamente ad abitazione familiare.

Il giudice di primo grado accolse la domanda, ordinando alla C. il rilascio dell'immobile.

L'impugnazione proposta da quest'ultima fu accolta dalla corte di appello di Lecce.

La sentenza è stata impugnata dalla S. e dal R. con ricorso per cassazione sorretto da due motivi illustrati da memoria.

La parte intimata non ha svolto attività difensiva.

*Motivi:* Il ricorso è fondato quanto al secondo motivo.

Con il primo motivo, i ricorrenti denunciano la violazione e/o falsa applicazione degli artt. 345, 416, 431 c.p.c.

La doglianza non può essere accolta. — *Omissis.*

Con il secondo motivo, si denuncia una ulteriore violazione ed erronea applicazione degli artt. 1803 e 1810 c.c.

Il motivo è fondato.

Correttamente osservano i ricorrenti come la convenzione negoziale per la quale è processo fosse privo di termine, integrando così la fattispecie del c.d. comodato precario, caratterizzato dalla circostanza che la determinazione del termine di efficacia del *vinculum iuris* costituito tra le parti è rimesso in via potestativa alla sola volontà del comodante, che ha facoltà di manifestarla *ad nutum* con la semplice richiesta di restituzione del bene, senza che assuma rilievo la circostanza che l'immobile sia stato adibito ad uso familiare e sia stato assegnato, in sede di separazione tra coniugi, all'affidatario dei figli, come condivisibilmente affermato da questa corte regolatrice con la sentenza 10258/1997.

È pertanto viziata da errore di diritto la decisione impugnata nella parte in cui ha ritenuto che condizione di legittimità della richiesta di restituzione fosse la sopravvenienza di un urgente e impreveduto bisogno, falsamente applicando, nella specie, la norma di cui all'art. 1809 cc., comma 2.

La sentenza impugnata deve pertanto essere cassata, e il procedimento rinviato alla stessa corte di appello di Lecce che, in diversa composizione, farà applicazione del principio di diritto suesposto.

P. Q. M.

La corte accoglie il ricorso, cassa la sentenza impugnata e rinvia, anche per le spese del giudizio di cassazione, alla corte di appello di Lecce in altra composizione. — *Omissis.*

### (1) Una sentenza contro corrente sul comodato di immobile adibito a casa familiare

**SOMMARIO:** 1. Il caso. — 2. Comodato di immobile adibito a casa familiare: la soluzione delle Sezioni unite. — 3. Le opinioni della dottrina. — 4. Spunti ricostruttivi.

#### 1. Il caso.

La controversia che i giudici della III Sezione civile sono chiamati a dirimere riguarda la restituzione di un immobile. Gli attori avevano concesso in comodato al proprio figlio un appartamento affinché questi, sposato

con figli, lo adibisse temporaneamente ad abitazione familiare. Intervenuta la separazione tra i due coniugi, i proprietari agivano per ottenere la restituzione del bene che era stato assegnato alla donna, affidataria dei figli.

In primo grado il Tribunale ordinava la restituzione dell'immobile, ma la Corte d'appello accoglieva il ricorso della nuora riaffermando il suo diritto di abitare nella casa coniugale. La questione è giunta così dinanzi alla suprema Corte.

Questa rileva come la convenzione negoziale conclusa tra le parti integra la fattispecie del comodato precario, caratterizzato dall'assenza di un termine finale. Proprio tale mancanza fa sì che ai comodanti sia riconosciuto dall'art. 1810 un diritto potestativo di recedere dal contratto: la semplice richiesta del bene sarà sufficiente per far sorgere l'obbligo della restituzione in capo ai comodatari. La Corte precisa come «la circostanza che l'immobile sia stato adibito ad uso familiare e sia stato assegnato, in sede di separazione tra coniugi, all'affidatario dei figli» non faccia venir meno la possibilità per i comodatari di recedere *ad nutum* dal contratto.

#### 2. Comodato di immobile adibito a casa familiare: la soluzione delle Sezioni unite.

Frequentemente i genitori ricorrono al comodato per sopperire alle esigenze abitative delle giovani coppie che contraggono matrimonio. I problemi sorgono, ovviamente, nel caso della separazione dei comodatari, poiché i giudici si trovano a dover comporre e bilanciare contrapposti interessi.

Innanzitutto viene in rilievo l'interesse della prole a non abbandonare la casa in cui ha vissuto fino a quel momento, in modo da non subire, oltre al trauma della separazione dei genitori, l'ulteriore trauma derivato dall'allontanamento dal proprio *habitat*. Di contro c'è l'interesse dei proprietari a recuperare quella che per loro rappresenta un'utilità economica, cui fino a quel momento hanno rinunciato.

La sentenza in commento, motivata in maniera molto succinta, non affronta analiticamente i problemi di cui si è dato conto; nonostante ciò, qualificando la fattispecie come comodato precario, si pone contro l'orientamento dominante nella giurisprudenza. Per ricostruire i termini del dibattito occorre, quindi, far riferimento ai precedenti interventi dei giudici di legittimità, in particolare alla sentenza 21 luglio 2004, n. 13603, ove le Sezioni unite hanno affrontato compiutamente l'argomento.

Tale pronuncia muove dalla considerazione che il giudice della separazione, procedendo all'assegnazione dell'immobile, pone in essere un provvedimento che, pur essendo successivo alla conclusione del contratto di comodato, è destinato a incidere sulla situazione che da quel contratto ha tratto origine. Si pone, quindi, il problema del «coordinamento tra i due titoli di godimento e della interferenza della pronuncia del giudice della separazione (o del divorzio) rispetto al regime proprio del preesistente rapporto contrattuale»<sup>1</sup>.

È pacifico che il provvedimento giudiziale non può incidere sulla sfera giuridica di soggetti che sono rimasti estranei al giudizio all'interno del quale è stato

<sup>1</sup> Cass., Sez. un., 21 luglio 2004, n. 13603, in *Famiglia*, 2004, 870.

emesso: il rapporto tra comodanti e comodatari rimarrà, dunque, regolato dall'originario contratto. L'assegnazione della casa ad un coniuge, infatti, non mira ad innovare la situazione precedente, creando un titolo di legittimazione ad abitare per uno dei coniugi, ma «conserva la destinazione dell'immobile con il suo arredo nella funzione di residenza familiare». L'assegnazione dell'immobile viene conseguentemente costruita come un provvedimento a contenuto negativo, poiché per suo tramite non si attribuisce un diritto, ma si esclude uno dei coniugi dalla utilizzazione del bene, il che determina «una concentrazione della sfera dei beneficiari».

Nella prospettiva dei giudici di legittimità, tutto ciò è possibile in quanto la nuora, pur non essendo parte formale del contratto, ne è comunque parte sostanziale. Il comodatario riceverebbe, infatti, l'immobile non a titolo personale, ma quale rappresentante dell'intero nucleo familiare a favore del quale è concesso il godimento dell'immobile.

Per quanto riguarda la durata del comodato, dunque, il provvedimento del giudice non incide sulla situazione preesistente<sup>2</sup>: se è stato pattuito un termine, solo alla scadenza di questo dovrà procedersi alla restituzione dell'immobile, senza possibilità di pretendere il bene prima.

Molto più frequentemente, però, la durata del rapporto è indeterminata. In tal caso si pone il problema di come qualificare la fattispecie, essendo questa astrattamente sussumibile negli artt. 1809 o 1810. Si rientrerà nella prima ipotesi ove si ritenga possibile individuare lo specifico uso cui è destinata la cosa; in tal caso il comodatario è obbligato alla restituzione del bene «quando se n'è servito in conformità del contratto», salvo il caso in cui sopraggiunga un urgente e impreveduto bisogno che consente al comodante di pretendere la restituzione immediata. L'art. 1810 troverà, invece, applicazione qualora alla mancata previsione del termine non si possa supplire neanche in via interpretativa; si versa, allora, nell'ipotesi del comodato precario, con conseguente diritto di recesso c.d. *ad nutum*, ovvero il comodatario è obbligato a restituire non appena gli venga richiesto.

Le Sezioni unite — e su questo punto la sentenza in commento innova — escludevano la configurabilità di un comodato precario. Rilevava la Corte come la figura del precario fosse incompatibile con la destinazione del bene a casa familiare, poiché «la nozione di casa familiare quale luogo degli affetti, degli interessi e delle abitudini in cui si esprime la vita familiare e si svolge la continuità delle relazioni domestiche, centro di aggregazione e di unificazione dei componenti del nucleo,

complesso dei beni funzionalmente organizzati per assicurare l'esistenza della comunità familiare [...] appunto in forza dei caratteri di stabilità e continuità che ne costituiscono l'essenza si profila concettualmente incompatibile con un godimento segnato da provvisorietà ed incertezza»<sup>3</sup>.

A parere dei giudici di legittimità, la destinazione dell'immobile alle esigenze familiari è idonea a fungere da termine implicito della durata del rapporto e tale vincolo non può «considerarsi automaticamente caducato per il sopravvenire della crisi coniugale, prescindendo quella destinazione, nella sua oggettività, dalla effettiva composizione, al momento della concessione in comodato, della comunità domestica, ed apparendo piuttosto indirizzata a soddisfare le esigenze abitative della famiglia anche nelle sue potenzialità in espansione».

Ovviamente, tale vincolo di destinazione non può risolversi in una sostanziale espropriazione dei diritti connessi con la titolarità dell'immobile e quindi, in caso di urgente e impreveduto bisogno dei comodanti, i comodatari saranno tenuti alla restituzione dell'immobile *ex art.* 1809<sup>4</sup>.

Le pronunce successive si sono sempre inserite nel solco tracciato dalle Sezioni Unite, attenendosi a questa ricostruzione e non disattendone la soluzione<sup>5</sup>. L'unica voce fuori dal coro è rappresentata dalla sentenza 13 febbraio 2007, n. 3179, ma probabilmente sono state le peculiarità del caso ad indurre i giudici ad ammettere la configurabilità del precario. La casa era stata, infatti, data in comodato da una s.r.l. al suo amministratore delegato, che l'aveva adibita a residenza familiare. I due coniugi si erano poi separati e il giudice aveva assegnato l'immobile alla donna affidataria dei figli. La società aveva allora richiesto l'immobile e la Corte aveva ammesso l'esercizio del diritto di recesso *ad nutum*.

Con riferimento a quest'ultima pronuncia, dalla dottrina è stato sottolineato come i giudici avrebbero potuto meglio argomentare non facendo affatto riferimento all'art. 1810. Ai fini della restituzione dell'immobile, infatti, risultava superfluo ricercare un termine, essendo sufficiente rilevare il mutamento della destinazione d'uso che da solo è idoneo a giustificare l'esercizio del recesso da parte del comodante. Ciò perché, attraverso il provvedimento di assegnazione del giudice, si era determinata «la distrazione del bene sociale dalla realizzazione dello scopo societario (che è di lucro). Se, infatti, è compatibile con l'oggetto sociale l'utilizzo gratuito del bene da parte dell'amministratore, essendo a tale uso sotteso anche un interesse patrimoniale della società, altrettanto non può dirsi quan-

<sup>2</sup> Senza seguito è rimasto l'orientamento espresso dalla Cassazione con la sentenza del 10 dicembre 1996, n. 10977. In tale pronuncia si affermava che l'originario contratto di comodato risultava dal tutto superato dal provvedimento del giudice e pertanto a quest'ultimo bisognava far riferimento per determinare o rideterminare, nel caso in cui fosse già stato originariamente stabilito, il termine del contratto.

<sup>3</sup> Cass., Sez. un., 21 luglio 2004, n. 13603, in *Famiglia*, 2004, 872.

<sup>4</sup> Cass., Sez. un., 21 luglio 2004, n. 13603, «non può peraltro non rilevarsi che un'opzione interpretativa che privasse in modo assoluto il comodante proprietario, che già ha rinunciato ad ogni rendita sul bene in favore della comunità familiare, della possibilità di disporne fino al momento, peraltro imprevedibile

all'atto della conclusione dell'accordo, del raggiungimento della dipendenza economica dell'ultimo dei figli conviventi con l'assegnatario, si risolverebbe in una sostanziale espropriazione delle facoltà e dei diritti connessi alla sua titolarità dell'immobile, con evidenti riflessi sulla sfera costituzionale del risparmio e della sua funzione previdenziale. Una soluzione siffatta sarebbe inoltre palesemente irragionevole, in quanto appresterebbe allo stesso comodante un trattamento peggiore rispetto a quello spettante al successivo acquirente, il quale, in mancanza di trascrizione, è tenuto a subire l'assegnazione per un periodo non superiore a nove anni».

<sup>5</sup> Cfr. ad esempio, Cass. n. 13220/2006, in *Dir. Famiglia*, 2007, 90; Id. n. 16659/2008, in *Riv. Notar.*, 2008, 1442.

do, come nel caso qui in analisi, l'utilizzazione del bene sociale è mutata per volontà unilaterale, così modificandosi anche la causa in concreto dell'operazione economica complessivamente realizzata dalle parti nel caso di specie»<sup>6</sup>.

### 3. Le opinioni della dottrina.

Il problema che riguarda la possibilità per la nuora di diventare la nuova comodataria è stato molto discusso anche in dottrina. La giurisprudenza, per giustificare tale effetto, evoca due alternative: la prima consiste nell'applicare analogicamente la disciplina dettata in materia di locazione e nell'ammettere, conseguentemente, una successione *ex lege* nel contratto; la seconda considera il figlio comodatario non quale singolo, che agisce per proprio conto, ma nella veste di esponente del nucleo familiare nella sua composizione attuale e nelle sue potenzialità espansive. I componenti della famiglia, seppure non parti formali, sarebbero dunque parti sostanziali.

Nessuna delle due costruzioni è, però, esente da critiche.

Innanzitutto la dottrina ha rilevato come la configurazione di una famiglia quale centro di imputazioni giuridiche autonomo e distinto dagli stessi soggetti che la compongono si scontra con lo spirito della riforma del 1975. L'intervento legislativo è stato, infatti, improntato alla definizione di un modello paritario dal quale emerge un'idea di famiglia in termini di «comunità nella quale ciascuno dei compartecipi realizza le prime esigenze di convivenza e di solidarietà umana»<sup>7</sup>, in antitesi alla precedente concezione della famiglia quale ente volto al perseguimento di un superiore interesse.

Non meno problematico si rivela, poi, consentire l'applicazione analogica delle regole dettate in materia di locazione, poiché gli interessi sottesi ai due tipi contrattuali sono diversi: è chiaro che l'identità del comodatario è molto più rilevante rispetto all'identità del conduttore. Nel caso della locazione si può tranquillamente ammettere una successione *ex lege*, poiché l'interesse principale del locatore è quello di riscuotere il canone. Viceversa nel comodato è decisiva la persona del comodatario; a questi si concede l'uso gratuito di un proprio bene esclusivamente in virtù della particolare relazione esistente tra le parti. La rilevanza dell'identità del comodatario è confermata dallo stesso art. 1811 che, in caso di morte del comodatario, dà la possibilità al comodante di esigere dagli eredi l'immediata restituzione del bene anche nel caso in cui fosse stato convenuto un termine e questo non sia ancora scaduto. Diversamente, in materia di locazione, l'art. 6 legge n. 392/1978 dispone che «in caso di morte del conduttore, gli succedono nel contratto il coniuge, gli eredi ed i parenti ed affini con lui abitualmente conviventi». Sembra, allora, poco ragionevole consentire il

recupero dell'immobile in caso di morte del comodatario e non in quello di separazione.

Sulla scorta di tali considerazioni e facendo leva sul carattere di fiducia presente nel comodato, parte della dottrina nega l'ammissibilità dell'assegnazione della casa familiare<sup>8</sup>. Si verificherebbe in sostanza un'impossibilità di fatto o di diritto per il giudice di procedere all'attribuzione, esattamente come accade quando il diritto di godimento sulla casa è attribuito ad uno dei coniugi a titolo di retribuzione di un'attività lavorativa — come nel caso dell'attività di portierato — oppure l'immobile sia demaniale — come nel caso del carabinieri che vive con la sua famiglia nell'appartamento accluso alla stazione.

Tale posizione è, però, del tutto minoritaria; la dottrina dominante è, infatti, concorde nel ritenere che la donna affidataria dei figli possa continuare a godere dell'immobile, sebbene poi si divida nelle motivazioni adottate a sostegno di tale tesi.

Secondo una recente impostazione il carattere fiduciario del contratto di comodato non determinerebbe l'impossibilità dell'assegnazione, ma semplicemente l'impossibilità di succedere *ex lege*. In sostanza l'attribuzione del diritto di godimento al coniuge assegnatario continuerebbe a passare attraverso l'attribuzione al coniuge comodatario, con la conseguenza che l'assegnatario non acquista la qualità di nuovo comodatario.<sup>9</sup> La vicenda successoria, infatti, non può verificarsi perché contraddirebbe il carattere *intuitus personae* del contratto di comodato. Di conseguenza «parte del contratto era e resta il comodatario; con l'assegnazione il giudice limita il diritto di godimento, attraverso la creazione, con sentenza costitutiva, di altro diritto personale di godimento limitativo del primo, a tutela di interessi superiori: quelli dei figli alla continuità del godimento del luogo abitativo. [...] In ordine ai profili dell'atto, con l'assegnazione nulla cambia: né il comodatario (parte), né la causa, né il carattere dell'*intuitus personae*; a livello del rapporto, invece, l'interesse superiore dei figli al c.d. *habitat* può giustificare una limitazione del diritto di godimento in capo al comodatario originario»<sup>10</sup>. Logica conseguenza di tale impostazione è che l'assegnazione non può mutare il termine di durata del comodato: se esso ha termine certo si applicherà l'art. 1809; viceversa, se il comodato è precario, non potrà non applicarsi l'art. 1810.

Un secondo orientamento considera entrambi i coniugi parti del contratto, anche se alla sua conclusione abbia partecipato solo uno di essi. Infatti, qualora il contratto sia successivo al matrimonio, si potrebbero ritenere entrambi i coniugi parti sostanziali, poiché l'indirizzo da accordare alla vita familiare, secondo l'art. 144 c.c., è una decisione comune e si sostanzia nella scelta dell'immobile da abitare. Inoltre «per il comma 2 dello stesso articolo a ciascuno dei coniugi spetta il potere di attuare la decisione concordata: il

<sup>6</sup> FREZZA, *Dal prestito d'uso al comodato nuziale*, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, 2007, 1144.

<sup>7</sup> BIANCA, *Diritto civile*, 2, *La famiglia. Le successioni*, Milano, 2000, 10 e segg.

<sup>8</sup> GABRIELLI, *I problemi dell'assegnazione della casa familiare al genitore convivente con i figli dopo la dissoluzione della coppia*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2003, 138 e seg.

<sup>9</sup> FREZZA, *op. cit.*, 1160 e segg. sulla scia di CIPRIANI, *Il comodato*, in *Trattato di diritto civile del consiglio nazionale del notariato* a cura di Perlingieri, Napoli, 2005, 356.

<sup>10</sup> FREZZA, *op. cit.*, 2007, 1161.

che rileva non solo nei rapporti interni, ma anche verso i terzi, di fronte ai quali i coniugi appaiono come titolari di un reciproco potere di rappresentanza, attribuito dalla legge»<sup>11</sup>. A ciò si obietta che, nonostante entrambi i coniugi abbiano il potere di attuare l'indirizzo concordato, la giurisprudenza esclude la rilevanza di tale attuazione di fronte ai terzi<sup>12</sup>. Come se ciò non bastasse, l'art. 144 deve coordinarsi col regime patrimoniale della famiglia, pertanto il potere di attuazione dell'indirizzo concordato non può risolversi in un coacquisto *ex lege* in capo ad ambedue i coniugi di diritti nascenti da contratti posti in essere singolarmente<sup>13</sup>. Tale impossibilità sussiste non soltanto in caso di separazione dei beni, ma anche in regime di comunione, dal momento che l'art. 179 esclude dal coacquisto ogni diritto che pervenga da liberalità, salva la specificazione nel titolo che essa debba cadere in comunione.

Infine, altra dottrina<sup>14</sup> giustifica l'attribuzione dell'immobile dato in comodato dai nonni del minore ricorrendo all'art. 148, ove viene detto che «quando i genitori non hanno mezzi sufficienti (per adempiere l'obbligo di mantenere, istruire ed educare la prole) gli altri ascendenti legittimi o naturali, in ordine di prossimità, sono tenuti a fornire ai genitori stessi i mezzi necessari affinché possano adempiere i loro doveri nei confronti dei figli». A tale tesi si può innanzitutto obiettare che deve essere dimostrata l'incapacità dei genitori di procurare un'altra dimora ai figli; inoltre non si vede perché far gravare tale obbligo solo sugli ascendenti di un coniuge e non su quelli di entrambi. È stato, inoltre, rilevato come chi è obbligato agli alimenti abbia sempre la scelta di adempiere secondo modalità differenti<sup>15</sup>. Quella dei nonni sarebbe quindi un'obbligazione alternativa e spetterebbe ad essi scegliere se adempiere non recedendo dal contratto di comodato oppure pagando una somma di denaro.

#### 4. Spunti ricostruttivi.

Dal dibattito che si è ricostruito è emerso chiaramente che l'interesse dei figli a non subire, oltre al trauma della separazione dei genitori, l'ulteriore trauma dell'allontanamento dall'ambiente domestico si contrappone all'interesse dei proprietari a rientrare nel possesso del proprio bene.

Per un migliore inquadramento dei problemi, occorre rilevare che la situazione di fatto non è sempre la medesima, ma si può articolare in diverse ipotesi:

- comodato concluso col solo figlio prima che questi decida di sposarsi;
- comodato concluso col solo figlio dopo il matrimonio o comunque in vista di questo;
- comodato concluso dopo il matrimonio con ambedue i coniugi;
- comodato concluso direttamente con i nipoti.

Può, inoltre, essere previsto o meno un termine per la restituzione dell'immobile.

I giudici di legittimità non hanno distinto le varie ipotesi, ma hanno svolto un discorso generale che, se ben può essere applicato al caso del contratto concluso dopo il matrimonio o in vista di questo, è difficilmente riproponibile nelle altre situazioni.

Nel caso in cui il comodato sia a favore dei nipoti è chiaro che la separazione non incide sul contratto, e il genitore assegnatario dei figli si troverà anche a godere dell'immobile.

Negli altri casi si potrebbe forse richiamare l'istituto della presupposizione. È noto che «ricorre un caso di presupposizione allorché da un'interpretazione secondo buona fede della volontà negoziale risulta che le parti, pur non facendone espressa menzione nel contratto, hanno entrambe considerato come pacifica e come determinante per la conclusione dell'affare una data situazione di fatto attuale o futura»<sup>16</sup>; «altrimenti detto, essa è una condizione non svolta. L'inesistenza della situazione di fatto, o il suo venir meno, saranno incompatibili con l'efficacia del contratto»<sup>17</sup>.

Nel nostro caso al momento della conclusione del contratto esiste un famiglia formata o in via di formazione, ma comunque una coppia unita. Del tutto normale appare, quindi, la decisione dei genitori di andare incontro alle esigenze dei giovani sposi consentendo a questi di andare ad abitare in un immobile di loro proprietà. In questo quadro la separazione si configura come un elemento non prevedibile che non può non incidere sul rapporto contrattuale.

Le Sezioni unite hanno giustificato la loro posizione sostenendo che il mutamento della composizione del nucleo familiare non fosse idoneo a legittimare il recesso da parte dei comodanti, poiché il vincolo di destinazione a casa familiare appare indirizzato «a soddisfare le esigenze abitative della famiglia anche nella sua potenzialità in espansione». Tale affermazione sottintende un'equiparazione tra la nascita dei figli — e dunque l'entrata di nuovi soggetti all'interno del nucleo — e l'uscita di un coniuge dalla famiglia; proprio tale equivalenza non appare sostenibile dal momento che la nascita dei figli è una vicenda che attiene al rapporto matrimoniale nel suo naturale evolversi, mentre la separazione dei coniugi attiene alla patologia del rapporto.

D'altro canto le costruzioni della dottrina sembrano non tenere in debito conto la concreta volontà dei comodanti. È chiaro che di norma l'appartamento, seppure dato alla famiglia, è volto ad agevolare immediatamente il figlio del comodante e solo mediatamente la sua famiglia. Una volta che questi, a seguito del provvedimento del giudice, venga escluso dal godimento dell'immobile, sembra ragionevole consentire ai comodanti di recedere dal contratto, a prescindere dall'effettivo bisogno che ne abbiano, per il semplice motivo che è venuta meno una condizione essenziale ai fini

<sup>11</sup> ZATTI, *I diritti e i doveri che nascono dal matrimonio e la separazione dei coniugi*, in *Tratt. Dir. Priv.* a cura di Rescigno, Torino, 1996, II, 263 e segg.

<sup>12</sup> FREZZA, *op. cit.*, 1156, fa riferimento a Cass., 18 giugno 1990, n. 6118.

<sup>13</sup> GABRIELLI, *op. cit.*, 140.

<sup>14</sup> GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2007, 395 e seg.

<sup>15</sup> FREZZA, *op. cit.*, 1158 e seg.

<sup>16</sup> TORRENTE-SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, Milano, 2009, 634.

<sup>17</sup> SACCO[-DE NOVA], *Il Contratto*, in *Tratt. Dir. Civ.* a cura di Sacco, Torino, I, 2005, 546.

della conclusione del contratto. In definitiva non sembra corretto obbligare il *dominus* a consentire che godano dell'immobile soggetti diversi dall'originario comodante.

Naturalmente, qualora volessero, i proprietari potranno sempre procedere alla stipula di un nuovo contratto di comodato in favore della nuora e dei nipoti.

Ovviamente il mancato godimento dell'immobile avrà ripercussioni sull'ammontare dell'assegno di mantenimento, così come restano fermi gli obblighi di assistenza che incombono sugli ascendenti *ex art.* 148 nel caso in cui i coniugi, in seguito alla separazione, non dispongano di sufficienti mezzi per mantenere la prole. Da ultimo occorre ricordare che, ad ulteriore tutela della prole, potrà essere invocato l'art. 1183: il rilascio dell'immobile non sarà immediato ma ancorato ad un termine, stabilito dal giudice, idoneo a consentire alla prole di superare, o quantomeno metabolizzare, il trauma derivato dalla separazione dei genitori; tale periodo di tempo sarà, inoltre, utile alla madre per trovare una nuova sistemazione, possibilmente non lontano dalla casa coniugale, in modo da evitare un cambiamento delle abitudini dei figli.

In questa prospettiva si dovrebbe ammettere la possibilità che gli effetti del contratto vengano meno anche qualora sia stato esplicitamente convenuto un termine.

Soluzioni diverse potrebbero rivelarsi controproducenti sotto diversi punti di vista. È chiaro, infatti, che attraverso la disciplina delle vicende della casa familiare l'ordinamento non può che tendere alla protezione dei soggetti deboli<sup>18</sup>; tuttavia ciò non può condurre a risultati iniqui.

Innanzitutto, la ricostruzione dell'assegnazione quale provvedimento a contenuto negativo finisce per apparire una misura sanzionatoria che non è detto sia giustificata. L'affidamento dei figli prescinde, infatti, dai profili della colpa nella separazione, per cui potrebbe ben capitare che il coniuge cui sia stata addebitata la separazione, in quanto assegnatario dei figli, si trovi a godere dell'immobile di proprietà dei suoceri. È chiaro che tale situazione non può che aumentare i contrasti tra i coniugi, cosa che certamente non giova alla prole (quella prole che tramite l'istituto dell'assegnazione si vorrebbe tutelare) che facilmente diventerà oggetto di contesa all'unico fine di ottenere la casa. Occorre, peraltro, osservare che, in seguito alla riforma sull'affidamento condiviso (L. 8 febbraio 2006, n. 54), una lettura

rigida dell'interesse dei figli alla conservazione della casa familiare sembra difficilmente proponibile: è chiaro, infatti, che l'interesse dei figli a conservare la vecchia abitazione non è più la stella polare della disciplina<sup>19</sup>.

Si deve poi considerare il fatto che, per evitare spiacevoli sorprese future, le parti dovrebbero sempre concludere il contratto per iscritto esplicitando che la casa è concessa ad un soggetto in quanto tale e non quale esponente dell'intero gruppo familiare<sup>20</sup>. In sostanza si finisce per spingere le parti a ordinare la propria sfera giuridica in vista della disgregazione della famiglia che si sta per costituire. Tutto ciò non fa che suggerire l'idea che con il matrimonio non si costituisce un nucleo familiare stabile e destinato a durare nel tempo, ma si pone in essere un rapporto temporaneo destinato a concludersi come qualsiasi altro rapporto contrattuale previsto dal legislatore. Tale idea di famiglia non appare certo auspicabile.

MAGDA D'AMELIO

#### ASSISTENZA SANITARIA

CASSAZIONE CIVILE, SEZIONE LAVORO, 17 giugno 2010, n. 14642 — SCIARELLI *Presidente* — CURZIO *Relatore* — MATERA P.M. (conf.) — V.R. in qualità di tutore dell'interdetta C.L.M. (avv.ti Menghini, Carapelle) - ASL di Torino (avv. Zuccarello)

*Conferma App. Torino, 3 maggio 2006.*

**Sanità — Assistenza sanitaria — Soggetto affetto da demenza di Alzheimer — Ricovero in residenza sanitaria assistita — Acquisizione del diritto a percepire il contributo regionale a sostegno del ricovero — Parere positivo dell'Unità di valutazione geriatrica istituita presso la Asl — Sufficienza — Esclusione — Collocazione in graduatoria utile per rientrare nel novero dei posti coperti in base alle disponibilità di bilancio — Necessità — Fattispecie** (Cost. art. 32; legge n. 833/1978, artt. 1 e segg., 25 e seg.; D.P.C.M. 14 febbraio 2001, art. 3)

*La valutazione positiva ottenuta dall'UVG (Unità di val. geriatrica) dell'ASL regionale per il ricovero presso una RSA (residenza sanitaria assistita) è condizione necessaria per acquisire il diritto a percepire il contributo,*

<sup>18</sup> QUADRI, *Comodato e "casa familiare": l'intervento delle sezioni unite*, in *Corriere Giur.*, 2004, 1449.

<sup>19</sup> TODOROVA, *Assegnazione della casa familiare concessa in comodato. Il vincolo di destinazione del bene e il diritto di recesso ad nutum del comodante*, in *Corriere Giur.*, 2007, 1415 nota come sempre in virtù della riforma legislativa l'interesse di figli possa soccombere di fronte all'interesse egoistico del soggetto titolare del diritto reale o personale sull'appartamento. L'art. 155 *quater* stabilisce, infatti, che «il diritto al godimento della casa familiare viene meno nel caso che l'assegnatario non abiti o cessi di abitare stabilmente nella casa familiare o conviva *more uxorio* o contragga nuovo matrimonio». Analizzando le cause che giustificano il venir meno del provvedimento di assegnazione, è stato giustamente rilevato come la convivenza *more uxorio* sia un fatto che non è in grado di far venire meno l'interesse dei figli a conservare l'ambiente domestico in cui si è svolta la loro

vita fino alla separazione dei genitori. Anzi, se mai, l'inizio di una nuova convivenza, specialmente se avviene a distanza molto ravvicinata dalla separazione, è una vicenda idonea a turbare ulteriormente la prole.

<sup>20</sup> VACIRCA, *I rapporti tra comodato e assegnazione della casa familiare*, in *Riv. Notar.*, 2008, 1445, nota che «si evidenzia la necessità, per il comodante-proprietario [...] che non voglia correre il rischio di vedersi privato del bene per un tempo eccessivamente lungo, di non porre in essere un contratto di comodato verbale. Una prima soluzione consiste nel convenire espressamente l'assenza di un termine qualificandolo, in modo esplicito, quale comodato precario» ovvero «fare emergere con chiarezza dal contratto che il bene immobile viene attribuito ad uno dei coniugi quale singolo e non quale esponente del suo nucleo familiare, avendo cura di stabilire, altresì, che l'eventuale crisi matrimoniale determinerà la cessazione del vincolo contrattuale».

ma non sufficiente, rimanendo l'acquisto subordinato alle disponibilità di bilancio (1).

 **Omissis.** — **Fatto e Diritto:** V.R., in qualità di tutore di C.L.M., chiese che fosse riconosciuto il diritto della C., affetta da demenza da Alzheimer, ad essere ospitata presso la RSA “Anni Azzurri” di (Omissis) o altra struttura analoga, in regime convenzionale a decorrere dal 25 luglio 2002 e che fosse accertato che la ASL (Omissis) di Torino, convenuta in giudizio, avendo proceduto all’inserimento solo a decorrere dal 18 febbraio 2004, aveva illegittimamente omesso l’inserimento dal 25 luglio 2002. Chiedeva poi la condanna della ASL al risarcimento del danno determinato da tale omissione in misura di 31.956,21 Euro (55,77 Euro, pari alla quota sanitaria di assistenza giornaliera, per 573 giorni dal 25 luglio 2002 al 18 febbraio 2004).

Il Tribunale respinse il ricorso e la Corte d’Appello di Torino ha confermato la decisione con sentenza pubblicata il 3 maggio 2006.

Il ricorso è articolato in quattro motivi. La ASL si difende con controricorso. Con il primo motivo si denuncia la violazione dell’art. 32 Cost, L. n. 833 del 1978, artt. 1, 2, 3, 19, 25 e 26; L. n. 421 del 1992, art. 1, lett. g); D.Lgs. n. 502 del 1992, artt. 1 e 3-septies, art. 3 del D.P.C.M. 14 febbraio 2001, all. 1C D.P.C.M. 29 novembre 2001. Il quesito di diritto è il seguente: “dica la Corte se in base alle su indicate norme le prestazioni sanitarie somministrate all’interno di un nucleo protetto per dementi di una Residenza sanitaria assistita debbano essere qualificate quali prestazioni sanitarie a rilevanza sociale e non già prestazioni sociali a rilevanza sanitaria e se, pertanto, rispetto alla fruizione delle stesse sussista un diritto soggettivo assoluto dei singoli che si sostanzia nel diritto al ricovero in RSA ove la ASL preposta, per il tramite dell’organo competente (Unità di valutazione geriatria - UVG) abbia riconosciuto la sussistenza dei necessari requisiti sanitari in capo al richiedente”.

Con il secondo motivo si denuncia la violazione delle stesse norme “sotto altro profilo, anche in relazione al D.P.C.M. 22 dicembre 1989, all. A e ad una serie di delibere regionali”. Il quesito è il seguente: “dica la Corte se in base alla normativa indicata, il conseguimento del parere favorevole alla collocazione in RSA da parte della Unità di valutazione geriatria - UVG istituita presso la ASL determini la concreta ed attuale esercitabilità del diritto soggettivo assoluto del singolo al ricovero stesso”.

Con il terzo motivo si denuncia una violazione dell’art. 112 c.p.c., perché la Corte avrebbe errato nel ricostruire l’oggetto della domanda ed avrebbe pertanto rigettato una domanda diversa da quella effettivamente proposta, in quanto il ricorrente non ha mai richiesto il rimborso della componente alberghiera del ricovero in RSA. Con il quarto motivo si denuncia un vizio di omessa, insufficiente e contraddittoria motivazione circa un fatto controverso e decisivo per il giudizio, costituito dalla “natura delle prestazioni di ricovero in RSA”, in quanto dalla loro definizione quali prestazioni sanitarie oppure meramente assistenziali derivava l’accoglimento o il rigetto della domanda risarcitoria formulata.

Il punto cruciale è costituito dai motivi 1, 2 e 4 del ricorso, che debbono essere trattati congiuntamente perché è comune la questione posta, consistente nello stabilire se il parere favorevole della Unità di valutazione geriatria istituita presso la ASL dia luogo ad un diritto assoluto al ricovero nelle RSA. Secondo i giudici di Torino la normativa statale e regionale piemontese subordina il ricovero in RSA, oltre che a tale parere, anche alla disponibilità di bilancio. Per la Corte di Torino il parere favorevole dà luogo all’inserimento nelle liste di attesa, ma perché si possa procedere al ricovero è necessario che il soggetto si collochi nella lista di attesa in posizione tale da essere ricompreso nel novero dei posti che vengono coperti in base alle disponibilità di bilancio.

Situazione che nel caso della C. si è verificata solo nel (Omissis) (il ricovero è avvenuto il (Omissis)).

Pertanto, poiché non è stato allegato che, collocata in lista d’attesa, la C. sia stata illegittimamente superata da altri ri-

chiedenti, il suo diritto è sorto solo quando la ASL, sussistendo i presupposti socio-sanitari e la disponibilità di bilancio, ha potuto provvedere al pagamento della componente sanitaria del suo ricovero.

La decisione della Corte di Torino è pienamente condivisibile.

Dalla lettura di tutta la normativa richiamata dal ricorrente non è dato individuare una disposizione che colleghi automaticamente al parere positivo dell’Unità di valutazione geriatria la nascita di un “diritto assoluto” (questa la terminologia usata dal ricorrente).

Tale parere costituisce condizione necessaria, ma non sufficiente, per acquisire il diritto a percepire il contributo regionale a sostegno del ricovero in una residenza sanitaria assistita. Ma il contributo pubblico sarà dovuto solo quando l’anziano abbia raggiunto nella graduatoria stilata sulla base delle domande una posizione tale da rientrare nel novero di quelle coperte dalla relativa voce di bilancio (la L.R. Piemonte 18 gennaio 1995, n. 8, ancora espressamente tali finanziamenti ai vincoli di bilancio).

Nel caso in esame, la signora C. ha raggiunto tale posizione utile in graduatoria solo nel (Omissis) e da quell’epoca ha percepito il contributo. Né il tutore ricorrente ha sostenuto che la collocazione in graduatoria sia stata scorretta o che la C. sia stata irregolarmente scavalcata da altri soggetti. — *Omissis.*

### (1) **Malattia, vecchiezza e povertà: condizione necessaria ma non sufficiente**

La nota alla sentenza della S.C. non ha carattere tecnico, poiché il Collegio non era chiamato a risolvere delicate questioni giuridiche e non è incorso in errori nell’applicazione della legge o in una incoerente motivazione. Con un’antiquata terminologia potrebbe perciò parlarsi di un’annotazione “di costume”, con la parola intendendo riflettere sulla realtà politico-sociale del nostro paese rispecchiata nella decisione. Una donna ultraottantenne, affetta da Alzheimer e in condizione di grave disagio economico, fa valere la pretesa al contributo regionale per il ricovero in una residenza sanitaria assistita; ha ottenuto il parere positivo dell’Unità di valutazione geriatria ed è stata inserita nell’elenco dei beneficiari, anche per l’impossibilità di ottenere un sostegno economico dai familiari (da una risalente giurisprudenza individuati nella larga cerchia dei soggetti su cui grava l’obbligo degli alimenti).

La pronuncia risponde in primo luogo ad un quesito che rivela come il sistema, a fronte dei problemi della materiale esistenza delle persone e della sopravvivenza di vecchi malati, reagisca con giochi di parole con cui si diletta una distratta burocrazia: il contributo regionale al ricovero della povera donna è prestazione sanitaria a rilevanza sociale — qualifica assistita da un maggior grado di tutela — o è prestazione sociale a rilevanza sanitaria, classificazione che vale a relegarla su un più basso gradino?

Il tutore dell’aspirante al ricovero aveva configurato la pretesa come un diritto “assoluto” che nasce con il positivo parere dell’unità di valutazione geriatria. Sulla denominazione come “assoluto” del diritto al contributo della Regione la S.C. si astiene dall’esprimersi, ma sembra condividere l’idea che si tratti di una pretesa “giustiziabile”, per usare un altro inelegante vocabolo del gergo dei giuristi.

Ma all’esercizio viene in concreto opposto, dai giudici di merito e di legittimità, un ostacolo insuperabile: la favorevole valutazione tecnica dell’autorità ammini-

strativa — e cioè l'accertamento che la persona è irreversibilmente malata, vecchia e indigente — è condizione necessaria ma non sufficiente; la donna avrebbe potuto chiedere il “platonico” riconoscimento del diritto se fosse stata esclusa dalla “lista di attesa” o se il contributo fosse stato elargito a soggetto collocato più in basso nella graduatoria; ma ogni aspettativa è preclusa dalla mancanza dell'altra condizione — espressa o implicita in ogni promessa e impegno dei pubblici poteri — delle disponibilità di bilancio.

La condizione ulteriore, e di fatto preminente e decisiva della disponibilità di bilancio sarà sempre di difficile se non impossibile avveramento, se le regioni continueranno a dare nei bilanci priorità alle indennità di consiglieri che organizzano simpatici intrattenimenti notturni o alle macchine blu che accompagnano i presidenti ad incontri galanti, come abbiamo appreso da cronache che potremmo definire rosa-nero, se la formula per avventura non offendesse i calciatori del Palermo che indossano la maglia di quel colore.

Ancora una “moralità” di sapore brechtiano può trarsi dalla triste vicenda.

Siamo portati ad interrogarci sulla evidente ipocrisia dei discorsi in cui fanno a gara di presenza e di sdegno taluni partiti politici e confessioni religiose, nel rifiutare ogni spazio per l'autodeterminazione dei singoli vista come strada che conduce a legittimare suicidio ed eutanasia. Converrà chiedersi perché venga intanto ignorata, e quindi nei fatti giustificata ed accettata, quella che in anni ormai lontani venne denunciata da osservatori ricchi di cultura ed umanità, tra i primi Norberto Bobbio, come una vera e propria “eutanasia da abbandono”<sup>1</sup>.

PIETRO RESCIGNO

## DIFFIDA AD ADEMPIERE

CASSAZIONE CIVILE, SEZIONI UNITE, 15 giugno 2010, n. 14292 — CARBONE *Presidente* — BUCCIANTE *Relatore* — GOLIA P.M. (diff.) — A.R. (avv. Falcetta) - B.A. ed altro (avv.ti Ribaudò, Carzeri, Finzi).

**Obbligazioni e contratti — Risoluzione — Diffida ad adempiere — Procura — Libertà della forma in caso di diffida inerente ad atto per cui non è prevista la forma scritta *ad substantiam* — Inammissibilità** (C.c. artt. 1324, 1392, 1454).

*La procura relativa alla diffida ad adempiere deve essere rilasciata per iscritto indipendentemente dalla forma richiesta per il contratto destinato ad essere risolto* (1).

 *Omissis*. — Sull'altra questione, sollevata con il motivo di impugnazione in esame, si è verificato nella giurisprudenza di legittimità un contrasto, per la cui composizione il ricorso è stata assegnato alle sezioni unite.

Negli esatti termini il cui si pone in questo giudizio, la questione è stata affrontata soltanto in tre sentenze, che le hanno dato soluzioni divergenti: secondo Cass. 25 marzo 1978 n. 1447 “affinché la diffida ad adempiere, intimata alla parte inadempiente da un soggetto diverso dall'altro contraente, possa produrre gli effetti di cui all'art. 1454 c.c., è necessario che quel soggetto sia munito di procura scritta del creditore, e che tale procura sia allegata, o comunque portata a conoscenza del debitore con mezzi idonei, atteso il carattere negoziale della diffida medesima, quale atto unilaterale destinato a incidere sul rapporto contrattuale determinandone la risoluzione per l'inutile decorso del termine assegnato”; da questo indirizzo si è discostata Cass. 26 giugno 1987 n. 5641, con cui si è deciso che “l'art. 1350 c.c., stabilisce l'obbligo della forma scritta per la conclusione o la modifica dei contratti relativi a diritti reali immobiliari, ma né esso, né altra disposizione di legge prevedono analogo requisito di forma per ogni comunicazione o intimazione riguardante l'esecuzione di detti contratti; pertanto, è pienamente valida ed efficace la diffida ad adempiere un contratto preliminare di compravendita, intimata, per conto e nell'interesse del contraente, da persona fornita di un semplice mandato verbale, come pure quella sottoscritta da un falsus procurator, e successivamente ratificata dalla parte interessata”; in una posizione intermedia si è infine collocata Cass. 1 settembre 1990 n. 9085, ritenendo che “per il combinato disposto degli artt. 1324 e 1392 c.c., la procura per la diffida ad adempiere a norma dell'art. 1454 c.c., ancorché questa sia atto unilaterale, deve essere fatta per iscritto soltanto nei casi previsti dalla legge e quindi se per il contratto, che si intende risolvere, la forma scritta sia richiesta *ad substantiam* o anche soltanto *ad probationem* e non quando riguardi beni mobili, per cui può essere anche conferita tacitamente, sempre che promani dall'interessato e sia manifestata con atti o fatti univoci e concludenti, restando in facoltà dell'intimato di esigere a norma dell'art. 1393 c.c. che il rappresentante, o chi si dichiara tale, giustifichi, nelle forme di legge, i suoi poteri”. Altre decisioni — come quelle richiamate nella sentenza impugnata, insieme con Cass. 5641/87 — non sono pertinenti, poiché non si riferiscono specificamente, come invece quelle sopra citate, alla procura per l'intimazione ad adempiere.

Ritiene il collegio che debba essere seguito l'orientamento tracciato da Cass. 1447/78.

Le norme che vengono in considerazione sono gli artt. 1454, 1324 e 1392 c.c., che rispettivamente dispongono: — “Alla parte inadempiente l'altra può intimare per iscritto di adempiere in un congruo termine, con dichiarazione che, decorso inutilmente detto termine, il contratto s'intenderà senz'altro risolto... Decorso il termine senza che il contratto sia stato adempiuto, questo è risolto di diritto”; — “Salvo diverse disposizioni di legge, le norme che regolano i contratti si osservano, in quanto compatibili, per gli atti unilaterali tra vivi aventi contenuto patrimoniale”; — “La procura non ha effetto se non è conferita con le forme prescritte per il contratto che il rappresentante deve concludere”. La diffida ad adempiere va certamente compresa tra gli atti equiparati ai contratti, data la sua natura prettamente negoziale: si tratta di una manifestazione di volontà consistente nell'esplicazione di un potere di unilaterale disposizione della sorte di un rapporto, di per sé idonea a incidere direttamente nella realtà giuridica, poiché dà luogo all'automatica risoluzione ipso iure del vincolo sinallagmatico, senza necessità di una pronuncia giudiziale, nel caso di inutile decorso del termine assegnato all'altra parte. È pertanto soggetta alla disciplina dei contratti, e in particolare a quella della rappresentanza, compresa la norma che estende alla procura il requisito di forma prescritto per il relativo negozio: norma la cui applicazione non è impedita da alcuna incompatibilità né

<sup>1</sup> Così si intitolava il libro edito nel 1988, a Torino, con contributi di C.M. MARTINI, BATTISTACCI, DOGLIOTTI, CAPPELLINI, M. TRABUCCHI e altri, fra i quali l'autore di questo breve commento. Sul tema v. inoltre L. ROSSI CARLEO, *Un diritto so-*

*vente negato: l'assistenza agli anziani non autosufficienti*, in *Studi Rescigno*, II, Milano, 1998, 779, anche per i richiami; F. SANTANERA, *Anziani cronici non autosufficienti e morbo di Alzheimer: diritti esigibili spesso negati*, in *Dir. fam. e persone*, 2010, 1905.

dall'esistenza di una qualche diversa disposizione. Poiché dunque la diffida deve essere rivolta all'inadempiente "per iscritto", è indispensabile che la procura per intimarla venga rilasciata in questa stessa forma dal creditore al suo rappresentante, indipendentemente dal carattere eventualmente "solenne" della forma richiesta per il contratto destinato in ipotesi a essere risolto (carattere peraltro presente nella specie, dato che a norma dell'art. 1543 c.c., "la vendita di un'eredità deve farsi per atto scritto, sotto pena di nullità" e nella successione del de cuius erano compresi anche beni immobili). Non contrastano con questa comunque ineludibile conclusione i precedenti della giurisprudenza di legittimità (Cass. 25 marzo 1995 n. 3566, 26 marzo 2002 n. 4310) nei quali si è fatto cenno alla possibilità che la diffida ad adempiere venga "fatta nella forma più idonea al raggiungimento dello scopo", ma esclusivamente con riferimento alle modalità della sua trasmissione e senza affatto disconoscere che debba rivestire forma scritta.

Il principio da enunciare è quindi: "La procura relativa alla diffida ad adempiere di cui all'art. 1454 c.c., deve essere rilasciata per iscritto, indipendentemente dal carattere eventualmente solenne della forma richiesta per il contratto destinato in ipotesi ad essere risolto". — *Omissis*.

### (1) **Sull'asserita natura negoziale della diffida ad adempiere**

La decisione è sintomatica della difficoltà dell'odierno interprete a districarsi fra le tradizionali categorie concettuali dogmatiche. Secondo le Sezioni unite qualora la diffida ad adempiere sia intimata alla parte inadempiente da un soggetto diverso rispetto al creditore questi dovrebbe essere munito di procura scritta<sup>1</sup> perché detto atto possa produrre gli effetti di cui all'art. 1454 c.c.; ciò indipendentemente dal carattere eventualmente solenne della forma del contratto destinato a risolversi, poiché la diffida ad adempiere avrebbe natura negoziale<sup>2</sup>.

Tale ultimo assunto non sembrerebbe tuttavia condivisibile. E infatti la differenza fra negozio e atto giu-

ridico in senso stretto si coglie sotto il profilo effettuale. Questo perché la caratteristica propria del negozio risiede nella natura determinante della volontà rispetto agli effetti<sup>3</sup>. In particolare in tale istituto la determinazione volitiva delle parti incide direttamente sugli effetti della pattuizione posta in essere (ad es. in una compravendita i contraenti possono scegliere se affidare ad un terzo la determinazione del prezzo, come distribuire le spese, eventuali limiti della garanzia per i vizi e l'evizione, il diritto di riscatto o la riserva di proprietà in capo all'alienante, il luogo della consegna della cosa venduta, l'apposizione di una condizione sospensiva o risolutiva oppure di un termine iniziale o finale ecc.). Tale elemento differenzia il negozio dall'atto giuridico in senso stretto, in cui la volontà dell'agente rileva soltanto in relazione al compimento dell'azione, mentre gli effetti che si producono sono quelli determinanti *ex ante* dalla legge e non già quelli scelti dalle parti<sup>4</sup>. Si pensi alla mora del debitore. In tale ipotesi il creditore può decidere se porre in essere o meno tale atto ma, ove abbia scelto — ai sensi dell'art. 1219 c.c. — di costituire in mora il debitore, gli effetti di detto atto saranno esclusivamente quelli cristallizzati nel disposto degli artt. 1221 (effetti sul rischio), 1223 (risarcimento del danno derivante dall'inadempimento o dal ritardo) e 1224 (interessi nelle obbligazioni pecuniarie) c.c.

Orbene anche la diffida ad adempiere sembrerebbe appartenere alla categoria degli atti giuridici in senso stretto piuttosto che a quella dei negozi<sup>5</sup>.

E infatti, qualora alla parte inadempiente sia richiesto di adempiere entro un congruo termine (c.d. diffida) a pena di risoluzione del contratto e questa non si conformi a tale precetto le conseguenze giuridiche saranno inderogabilmente ed unicamente quelle sancite al comma 3 dell'art. 1454 c.c., ossia la risoluzione *ipso*

<sup>1</sup> La pronuncia *de quo* risolve un contrasto giurisprudenziale precedentemente insorto. Cfr. Cass., 25 marzo 1978, n. 1447, in *Mass. Giur. It.*, 1978; Id., 26 giugno 1987 n. 5641, in *Vita Notar.*, 1987, 716, per cui «l'art. 1350 c.c. stabilisce l'obbligo della forma scritta per la conclusione o la modifica dei contratti relativi a diritti reali immobiliari, ma né esso, né altra disposizione di legge prevedono analogo requisito di forma per ogni comunicazione o intimazione riguardante l'esecuzione di detti contratti. Pertanto, è pienamente valida ed efficace la diffida ad adempiere un contratto preliminare di compravendita, intimata, per conto e nell'interesse del contraente, da persona fornita da un semplice mandato verbale, come pure quella sottoscritta da un *falsus procurator* e successivamente ratificata dalla parte interessata»; Id., 25 marzo 1995 n. 3566, in *Giust. Civ. Mass.*, 1995, 692, secondo cui «la diffida ad adempiere può essere fatta nella forma più idonea al raggiungimento dello scopo, non richiedendo la legge una forma particolare, ed è sufficiente per la sua operatività che essa pervenga nella sfera di conoscibilità del destinatario (nella specie la sentenza impugnata, confermata dalla suprema Corte, aveva ritenuto che l'invio di una lettera raccomandata costituisce mezzo idoneo a diffidare ed a costituire in mora l'amministratore di un condominio)». Per Id., 26 marzo 2002, n. 4310, in *Contratti*, 2002, 1007, con nota di SOLDA, «la diffida ad adempiere può essere fatta nella forma più idonea al raggiungimento dello scopo, non richiedendo la legge una forma particolare, ed essendo sufficiente per la sua operatività che essa pervenga nella sfera di conoscibilità del destinatario. (Nella specie, la sentenza impugnata, confermata dalla suprema Corte, ha ritenuto che l'invio di una lettera raccomandata con avviso di ricevimento alla residenza anagrafica del de-

stinatario, indicata anche nel contratto preliminare, costituisce mezzo idoneo a diffidare ed a costituire in mora il contraente inadempiente)».

<sup>2</sup> Nel senso della natura negoziale della diffida ad adempiere AULETTA, *La risoluzione per inadempimento*, Milano, 1942, 431; NATOLI, voce "Diffida ad adempiere", in *Enc. Dir.*, 1964, XII, 509; DALMARTELLO, voce "Risoluzione del contratto", in *Noviss. Dig. It.*, 1969, XVI, 141; BIANCA, *Diritto civile*, V, *La responsabilità*, Milano, 1994, 306; SACCO, *Risoluzione per inadempimento*, in *Digesto Civ.*, 1998, XVIII, 63. In giurisprudenza Cass., 27 dicembre 1957, n. 4767, in *Giust. Civ.*, 1958, I, 461.

<sup>3</sup> Sul punto SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, 9<sup>a</sup> ed., Napoli, 2002, 125. In argomento cfr. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, 2<sup>a</sup> ed., Torino, 1960; STOLFI, *Teoria del negozio giuridico*, Padova, 1961; CANDIAN, *Intorno alla teoria del negozio giuridico*, in *Temi*, 1947, 92 e segg.; CARIOTA FERRARA, *Definizione del negozio giuridico come esercizio di un diritto, di una facoltà o di un potere*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1961, 321 e segg.; FERRANTE, *Negozio giuridico. Concetto*, Milano, 1949; SCOGNAMIGLIO, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, Napoli, 1950; DE GIOVANNI, *Fatto e valutazione nella teoria del negozio giuridico*, Napoli, 1958.

<sup>4</sup> Sul punto MIRABELLI, *L'atto non negoziale nel diritto privato italiano*, Milano, 1998, 381.

<sup>5</sup> In tal senso COSTANZA, *Risoluzione per inadempimento*, in *Comm. C.C.* a cura di Scialoja, Branca, Roma-Bologna, 1990, 444. In giurisprudenza v. Cass., 12 giugno 1952, n. 1681, in *Repertorio Foro It.*, 1952, voce "Obbligazioni e contratti", 273, che ricostruisce la diffida ad adempiere come atto giuridico in senso stretto e più precisamente come atto di un procedimento monitorio.

*iure* del predetto contratto<sup>6</sup>. Non ci sarebbe dunque alcuno spazio per l'esplicazione della determinazione volitiva delle parti sul piano effettuale<sup>7</sup>.

Ciò anche ove si ammetta in capo all'intimante<sup>8</sup> il potere di disporre dell'effetto risolutorio della diffida ad adempiere.

Questo perché attraverso siffatta modalità dispositiva la volontà dell'intimante inerebbe comunque l'azione e non gli effetti dell'atto, ossia la scelta se porlo o meno in essere. Ciò analogamente a quanto avviene, ad esempio, in tema di ritiro di un testamento segreto (art. 608 c.c.) in precedenza consegnato al notaio, che non possa valere come olografo. In tal caso il potere dispositivo del testatore esplicherebbe un effetto caducatorio nei confronti del negozio testamentario ai sensi dell'art. 685 c.c., ma il ritiro resterebbe comunque un atto giuridico in senso stretto perché le conseguenze sarebbero sempre quelle determinate dalla legge.

Sembrerebbe inoltre poco condivisibile l'argomentazione che desume la natura negoziale della diffida ad adempiere dalla sua similitudine con la clausola risolutiva espressa<sup>9</sup>.

E infatti questa similitudine consisterebbe soltanto in una certa analogia effettuale (ovvero l'attitudine a determinare la risoluzione del negozio posto in essere fra le parti) atteso che la clausola risolutiva espressa (art. 1456 c.c.) — a differenza della diffida — è una porzione autonoma del contratto cui inerisce, peraltro oggetto di specifica trattativa fra le parti.

Di conseguenza parrebbe opportuno negare il carattere negoziale della diffida ad adempiere e affermare la sua contiguità con la costituzione in mora piuttosto che con la clausola risolutiva espressa. Pertanto alla diffida non sarebbe applicabile il disposto dell'art. 1324 c.c., che estende la disciplina dei contratti anche agli atti unilaterali a contenuto patrimoniale (ad es. le promesse al pubblico di cui all'art. 1989 c.c.).

Tale conclusione — lungi dal risolversi in un'asserzione dal sapore squisitamente teorico — inciderebbe sulla disciplina concretamente applicabile alla forma della procura relativa alla diffida<sup>10</sup> ex art. 1454 c.c.

A tal proposito la norma di riferimento è costituita dall'art. 1392 c.c. in tema di rappresentanza<sup>11</sup>, che prevede l'inefficacia della procura ove questa non sia conferita nelle forme prescritte per il contratto che il rappresentante deve concludere.

Sarebbe pertanto tale atto (ossia il negozio da risolvere nella fattispecie concreta) a fungere da termine di riferimento ("contratto") ai sensi dell'art. 1392 c.c. e non già la diffida di cui all'art. 1454 c.c., che costituirebbe un mero atto giuridico in senso stretto e come tale privo di contenuto negoziale. Sicché la procura relativa alla diffida ad adempiere dovrebbe avere la medesima forma prescritta per il contratto che si intende risolvere.

Ciò analogamente a quanto asserito da costante giurisprudenza in relazione alla contigua ipotesi della forma della procura relativa all'atto di costituzione in mora<sup>12</sup>.

GIORGIO RISPOLI

<sup>6</sup> Nel senso della non riconducibilità degli effetti della diffida alla volontà del dichiarante SANTORO PASSARELLI, *op. cit.*, 107; MESSINEO, *Manuale del diritto civile e commerciale*, 9ª ed., Milano, 1962, I, 454.

<sup>7</sup> V. VITI, *La disponibilità dell'effetto risolutorio nella diffida ad adempiere*, in *Giur. It.*, 2009, 11, 2416 e segg.; FRENDA, *Diffida ad adempiere: il problema della reversibilità degli effetti risolutivi*, in *Obbligazioni e contratti*, 2009, 3, 237 e segg.

<sup>8</sup> In argomento RUVOLO, *Le Sezioni Unite mutano il loro granitico orientamento in tema di diffida ad adempiere e rinuncia all'effetto risolutorio*, in *Corriere Giur.*, 2009, 3, 355 e segg.; LETIZIA, *Sulla disponibilità degli effetti della diffida ad adempiere da parte dell'intimante*, in *Europa e Dir. Priv.*, 2008, 2, 525 e segg.; RINALDI, *Brevi note in tema di rinuncia agli effetti della risoluzione*, in *Riv. critica dir. privato*, 2008, 2, 329 e segg.

<sup>9</sup> Così MOSCO, *La risoluzione per inadempimento*, Napoli, 1950, 149.

<sup>10</sup> In argomento MAGRI, *Diffida ad adempiere del rappresentante munito di procura scritta*, in *Contratti*, 2010, 10, 872 e segg.; BECCARI, *È efficace la diffida ad adempiere sottoscritta dall'avvocato privo di procura scritta?*, in *Corriere Giur.*, 2010, 9, 1183 e segg.

<sup>11</sup> Cfr. *ex multis*, Cass., Sez. un., 21 ottobre 2009, n. 22234, in *Giust. Civ. Mass.*, 2009, 10, 1469, per cui «il conferimento del potere di rappresentanza, sia nella forma esplicita della procura, sia come facoltizzazione implicita in un altro negozio, consiste sempre in una dichiarazione unilaterale ricettizia indirizzata alla controparte, o comunque destinata ad esserle resa nota, con la quale si autorizza un atto altrui di disposizione, assumendo in anticipo su di sé le conseguenze che ne deriveranno; pertanto, con tale autorizzazione, l'autorizzante immette preventivamente nella propria sfera, appropriandosene, l'assetto che verrà dato ai propri interessi dal rappresentante nei confronti della controparte»; Id., 28 maggio 2007 n. 12488, in *Mass. Giur. It.*, 2007, secondo cui «ai fini del conferimento della rappresentanza a vendere beni immobili è necessario che il rappresentato faccia pervenire volontariamente la procura alla persona nominata

rappresentante, trattandosi di atto unilaterale recettizio, perché, ove il rappresentato abbia rilasciato la procura ma l'abbia trattata presso di sé o presso un fiduciario, non può ritenersi che sia stato conferito il relativo potere. Infatti, l'atto di attribuzione di detto potere di rappresentanza ad un terzo, allorché sia soggetto alle prescrizioni di forma in relazione al negozio da compiere, non può assumere efficacia in conseguenza della mera conoscenza dell'esistenza dell'atto stesso da parte del soggetto investito del potere, perché la sola predisposizione dell'atto medesimo non costituisce di per sé manifestazione della volontà di conferire il suddetto potere, ben potendo avvenire in una fase preparatoria in cui la volontà del rappresentato non si sia ancora definitivamente formata. Da ciò consegue che è soltanto con la volontaria consegna (da ricondursi, perciò, ad un comportamento consapevole) dell'atto in questione che il "dominus" manifesta l'intenzione di farsi effettivamente rappresentare, rendendone edotto il rappresentante».

<sup>12</sup> Sul punto Cass., 23 febbraio 2009, n. 4347, in *Giust. Civ. Mass.*, 2009, 2, 284, per cui «la forma scritta prevista per la costituzione in mora, che ha natura di atto giuridico in senso stretto, non è prescritta anche per il conferimento della relativa procura, non operando in tale ipotesi il richiamo fatto dall'art. 1324 c.c., in tema di atti unilaterali aventi contenuto patrimoniale, alla disciplina propria dei contratti. Ne consegue che la procura per la costituzione in mora può risultare da un comportamento univoco e concludente del mandatario idoneo — secondo un apprezzamento di fatto rimesso al giudice del merito — a rappresentare al terzo che l'atto è compiuto per un altro soggetto, nella cui sfera giuridica è destinato a produrre effetti»; Id., 16 aprile 2007 n. 9046, in *Mass. Giur. It.*, 2007, secondo cui «anche se l'atto di costituzione in mora — idoneo ai fini dell'interruzione della prescrizione — richiede la forma scritta, tuttavia analoga formalità non è imposta per il conferimento della relativa procura, non operando in tale ipotesi il richiamo fatto dall'art. 1324 c.c. alla disciplina propria dei contratti per gli atti unilaterali tra vivi aventi contenuto patrimoniale. Pertanto, l'esistenza di un potere rappresentativo a detti

## ABUSO DEL DIRITTO

CASSAZIONE CIVILE, III SEZIONE, 31 maggio 2010, n. 13208 — TRIFONE *Presidente* — AMENDOLA *Relatore* — FUZIO P.M. (parz. diff.) — IGAR S.r.l. - Comune di Termini Imerese (avv. Valvo)

*Cassa App. Palermo, 10 novembre 2005*

**Obbligazioni e contratti — Inadempimento — Pretestuosa richiesta di risoluzione in presenza di altri rimedi — Abuso** (C.c. art. 1175).

*La slealtà del comportamento della parte che invochi la risoluzione del contratto per inadempimento pur avendo altre vie per tutelare i propri interessi si ripercuote sulla valutazione della gravità dell'inadempimento; infatti la pretestuosità della condotta dell'attore in risoluzione si risolve nel riconoscimento della scarsa importanza dell'inadempimento (1).*

 *Omissis.* — Con atto notificato il 17 settembre 2002 il Comune di Termini Imerese intimava sfratto per morosità a I.G.A.R. s.r.l., conduttrice di un immobile, con annessa zona termale, di sua proprietà. Secondo il locatore, che contestualmente citava l'intimata per la convalida, la società conduttrice si era resa inadempiente nel pagamento dei canoni di locazione.

Resisteva I.G.A.R. S.r.l., la quale eccepeva che il credito vantato dal Comune di Termini Imerese si era estinto per compensazione con il maggior credito, di cui alla sentenza della Corte d'appello di Palermo n.1051 del 1999, da essa maturato nei confronti dell'ente locatore. Spiegava anzi la convenuta domanda riconvenzionale per la condanna dell'Amministrazione intimante ai danni da lite temeraria ex art. 96 cod. proc. civ.

Con sentenza depositata il 19 febbraio 2004 il giudice adito dichiarava la risoluzione del rapporto di locazione per grave inadempimento del conduttore; rigettava la domanda riconvenzionale proposta dalla parte resistente che veniva altresì condannata al pagamento della somma di euro 185.924,48, a titolo di penale.

Proposto gravame dalla società soccombente, la Corte d'appello, con sentenza depositata il 10 novembre 2005, in parziale riforma della decisione impugnata, dichiarava inammissibile la domanda di condanna di I.G.A.R. s.r.l. al pagamento della somma di euro 185.924,48, conseguentemente eliminando la relativa statuizione. Confermata nel resto l'impugnata sentenza. — *Omissis.*

2.1 Col secondo mezzo la società ricorrente lamenta violazione degli artt. 112 cod.proc.civ., 1175 e 1375 cod. civ., nonché del principio generale di buona fede, omessa o insufficiente motivazione su un punto decisivo della controversia, ex art. 360, primo comma, nn. 3, 4 e 5 cod. proc. civ. Rileva, riportando testualmente il contenuto dell'atto di appello (pagine 7 e 9), che in sede di gravame era stato segnatamente evidenziato come il Comune, omettendo di trattenerne sulle somme pagate a I.G.A.R. quanto da questa dovuto a titolo di canoni di locazione, aveva violato l'obbligo di comportarsi secondo correttezza e buona fede.

Malgrado ciò, il decidente nulla aveva statuito sul punto, così incorrendo nel vizio di omessa pronuncia. Ripercorsi i momenti salienti della vicenda per cui è controversia, e richiamata la nozione di abuso del diritto, torna l'impugnante a ribadire che la condotta del Comune di Termini Imerese — il cui debito, peraltro, sopravanzava di gran lunga la misura del credito da esso vantato nei confronti di I.G.A.R. per canoni di locazione — era assolutamente contrario a buona fede, essendo chiaramente volto a determinare l'inadempimento del conduttore al fine di chiederne successivamente lo sfratto per morosità (confr. Cass. n. 20399 del 2004).

2.2 Le critiche sono fondate.

La Corte territoriale, all'esito di una diffusa esposizione delle censure svolte dall'appellante in punto di gravità dell'inadempimento addebitato al conduttore, ha liquidato i relativi motivi di gravame ritenendoli, in termini puramente assertivi, assorbiti dal rigetto dell'eccezione di compensazione. Trattasi, all'evidenza, di motivazione meramente apparente, che omette di farsi carico, malgrado le sollecitazioni dell'impugnante, dell'innegabile peculiarità dei rapporti tra le parti il cui sviluppo, se non consentiva di escludere tout court l'inadempimento del conduttore, esigeva puntuali verifiche in ordine alla sua gravità, in un assetto normativo in cui, per consolidato diritto vivente, tale valutazione deve essere operata alla stregua e di parametri oggettivi, attinenti all'economia complessiva del rapporto, e di criteri soggettivi, relativi al comportamento di entrambe le parti e alla eventuale incolpevolezza delle rispettive condotte (confr. Cass. civ., 18 febbraio 2008, n. 3954).

In particolare non poteva il giudice di merito sottrarsi alla valutazione della condotta del locatore in termini di correttezza e buona fede, indiscutibile essendo che la mancata detrazione dei pur reclamati canoni dovuti da I.G.A.R. dalle somme poste in pagamento dal Comune, costituì il passaggio obbligato per la successiva intimazione di sfratto per morosità, intervenuta con assai peculiare tempismo, e ciò tanto più che l'omessa compensazione, peraltro specificamente opposta dalla controparte, costrinse l'Ente a esborsi che ben avrebbe potuto evitare, se non avesse avuto il trasparente intento — di cui andrà scrutinata la corrispondenza a un interesse meritevole di tutela secondo l'ordinamento giuridico — di cristallizzare e rendere irreversibile l'inadempimento del conduttore.

2.3 Valga al riguardo considerare che, per consolidato insegnamento giurisprudenziale, il principio della buona fede oggettiva, intesa come reciproca lealtà di condotta delle parti, deve accompagnare il contratto in tutte le sue fasi, da quella della formazione a quelle della interpretazione e della esecuzione (confr. Cass. civ. 11 giugno 2008, n. 15476; Cass. civ. 18 settembre 2009, n. 20106), comportando, quale ineludibile corollario, il divieto, per ciascun contraente, di esercitare verso l'altro i diritti che gli derivano dalla legge o dal contratto per realizzare uno scopo diverso da quello cui questi diritti sono preordinati (confr. Cass. civ. 16 ottobre 2003, n. 15482), nonché il dovere di agire, anche nella fase della patologia del rapporto, in modo da preservare, per quanto possibile, gli interessi della controparte, e quindi, primo tra tutti, l'interesse alla conservazione del vincolo.

Peraltro, l'assenza nel nostro codice di una norma che sanzioni in via generale l'abuso del diritto — che costituisce il vero punto critico delle risposte giudiziarie di volta in volta sollecitate sul punto — non ha impedito, a una giurisprudenza attenta alle posizioni soggettive in sofferenza, di san-

fini può essere provato con ogni mezzo di prova e, quindi, anche mediante presunzioni. (Nella specie, alla stregua dell'enunciato principio, la suprema Corte ha cassato con rinvio la sentenza impugnata nella cui motivazione non era stato spiegato perché il conferimento della procura alle liti ad un legale per il recupero del credito in via giudiziaria relativo ad interessi e rivalutazione su ratei pensionistici non potesse essere utilizzato come argomento di prova per dedurne che lo stesso avesse ricevuto mandato per ottenere in via stragiudiziale il pagamento del medesi-

mo credito con l'invio di un telegramma a sua firma, senza che la circostanza che il conferimento della procura alle liti fosse presumibilmente successivo alla spedizione dell'atto stragiudiziale e al compimento della prescrizione potesse essere di ostacolo alla valutazione di quei fatti, in funzione della prova dell'esistenza del potere rappresentativo, proprio in virtù dell'affermata libertà di forma caratterizzante quest'ultimo aspetto)». Conf. Cass., 3 dicembre 2002, n. 17157, in *Giust. Civ. Mass.*, 2002, 2107.

zionare con l'illegittimità la cosiddetta interruzione brutale del credito, e cioè il recesso di una banca da un rapporto di apertura di credito tutte le volte in cui, benché pattiziamente consentito, esso assuma connotati di arbitarietà (confr. Cass. civ. 21 febbraio 2003, n. 2642; Cass. civ. 16 ottobre 2003, n. 15482 cit.); ovvero di colpire con l'invalidità la delibera assembleare affetta da eccesso di potere della maggioranza, in quanto adottata ad esclusivo beneficio della stessa e in danno dei soci di minoranza (confr. Cass. civ. 11 giugno 2003, n. 27387), spingendosi al punto da prefigurare, in ambito contrattuale, in nome del dovere inderogabile di solidarietà di cui all'art. 2 della Costituzione, un sindacato — anche in senso modificativo o integrativo — dello statuto negoziale (confr. Cass. civ. sez. un. 15 novembre 2007, n. 23726; Cass. civ. 20 aprile 1994, n. 3775; Cass. civ. 24 settembre 1999, n. 10511; Cass. civ., sez. un., 13 settembre 2005, n. 18128) nonché un controllo di ragionevolezza di singole clausole, in funzione di contemperamento degli opposti interessi dei paciscenti (confr. Cass. civ. 18 settembre 2009, n. 20106).

2.4 Con particolare riguardo alle problematiche sottese al presente giudizio, ritiene il collegio che l'apprezzamento della slealtà del comportamento della parte che invochi la risoluzione del contratto per inadempimento pur avendo altre vie per tutelare i propri interessi, non possa non ripercuotersi sulla valutazione della gravità dell'inadempimento stesso, che dell'abuso del creditore della prestazione costituisce l'interfaccia. Non par dubbio infatti che il giudizio di preteusità della condotta dell'attore in risoluzione si risolve nel riconoscimento della scarsa importanza dell'inadempimento, avuto riguardo all'interesse dell'altra, a un interesse, cioè, che poteva essere preservato senza ricorrere al mezzo estremo dell'ablazione del vincolo.

L'inemendabile carenza argomentativa della sentenza impugnata su tali, dirimenti profili della controversia, oggetto di specifiche censure rimaste, in sostanza, prive di risposta, impone l'accoglimento del secondo motivo di ricorso. — *Omissis*.

### (1) Un nuovo caso di abuso del diritto

Il fervore suscitato dalla sentenza della Cassazione che reca il numero 20106 dell'anno 2009 ha fatto passare sotto silenzio una pronuncia resa dalla III Sezione civile a breve distanza di tempo (il 31 maggio 2010, n.13208). La decisione merita non minore evidenza; ma sia consentito sperare che non abbia a provocare una ripresa del dibattito dopo i molti interventi registrati, apprezzabili anche nelle divagazioni a cui si sono abbandonati (lo sottolinea dalle pagine di *Contratto e impresa* Galgano<sup>1</sup>, che fornisce utili chiarimenti sulla base della diretta conoscenza del caso e opportunamente si augura, come chi scrive, che la polemica venga considerata conclusa).

Tra le due vicende giudiziarie il lettore curioso può scoprire anche un non intrinseco collegamento. Estensore della più recente sentenza della S.C. è la stessa persona che in veste di giudice monocratico aveva esaminato e deciso, negando ingresso alla tesi dell'abuso di diritto, la questione relativa al recesso del concedente da una pluralità di contratti di concessione, vale a dire il caso *Renault* che la suprema Corte ha deliberato e risolto con la sentenza n. 20106/2009.

Stavolta non si trattava dell'esercizio di un diritto potestativo, qual è il recesso da un rapporto di durata, un potere contemplato in contratto e attribuito alla società

produttrice di autoveicoli nei confronti dei concessionari rivenditori. Il fatto, ridotto in termini elementari, anche stavolta è di estrema semplicità e può considerarsi esemplare per chi voglia ancora considerare e discutere il tema dell'abuso. La vicenda concettuale e storica della categoria va del resto costruita attraverso i casi che l'esperienza pratica incontra e affida ai giudici, un'esperienza che non bisogna chiudere nei ristretti confini di un paese e della sua giurisprudenza.

Della sentenza, che risulta di scorrevole stesura ed è chiaramente motivata, al lettore interessato a cogliere i profili linguistici e filologici (senza l'ambizione di un discorso che sia all'altezza di pagine come quelle di B. Mortara Garavelli<sup>2</sup>) vanno segnalate due parole che sembrano rispondere a forme di espressione e di stile separate nel tempo da un secolo e mezzo. La sentenza, a proposito degli elementi di fatto nuovi e difforni da quelli allegati nelle precedenti fasi processuali e dalla preclusione a introdurli nel giudizio di legittimità, parla di "piste ricostruttive", con una terminologia che forse risente dell'abitudine moderna ai viaggi e alle pratiche sportive. Con un linguaggio tra arcaico e dialettale si ripresenta invece, e viene citata nel testo della sentenza, la formula della norma sulla compensazione iscritta nel codice post-unitario (l'art. 1285), dove della compensazione si leggeva che essa opera a prescindere da qualunque accordo delle parti, «anche senza la saputa dei debitori».

Conviene ritornare alla concreta fattispecie. Un comune siciliano, locatore di un immobile con annessa zona termale, intimava lo sfratto per morosità alla società alberghiera conduttrice del complesso; la società eccepeva l'estinzione della pretesa per compensazione con il maggior credito ad essa spettante per lavori eseguiti sul bene, credito già accertato con sentenza della Corte d'appello (pronuncia impugnata dal Comune con ricorso a quel tempo pendente dinanzi alla Corte di cassazione); faceva altresì valere la circostanza che intanto in una lettera ad essa indirizzata il Comune aveva in modo esplicito manifestato l'intento di dar corso a due mandati di pagamento per un importo superiore all'ammontare dei canoni locativi non versati.

A distanza di pochi giorni dalla missiva, ritenendo illiquido e inesigibile il credito della società alberghiera, la Giunta comunale aveva autorizzato il sindaco a promuovere l'azione di sfratto. Le sentenze di merito avevano dichiarato la risoluzione del rapporto per inadempimento grave del conduttore, e il Tribunale l'aveva condannato altresì ad una pesante penale poi cancellata in grado di appello. L'interesse della decisione di legittimità risiede nella nuova applicazione che dalla suprema Corte si fa del divieto di abuso, attraverso un rapido ma esauriente richiamo dei precedenti più significativi costruiti da «una giurisprudenza attenta alle posizioni soggettive in sofferenza» nonostante «l'assenza nel nostro codice di una norma che sanzioni in via generale l'abuso del diritto, che costituisce il vero punto critico delle risposte giudiziarie di volta in volta sollecitate».

La pronuncia, respingendo il primo motivo di ricorso, esclude l'operatività nel caso di specie dell'istituto

<sup>1</sup> In corso di pubblicazione.

<sup>2</sup> *Le parole e la giustizia*, Torino, 2001.

della compensazione, sia giudiziale che legale (figura, quest'ultima, su cui insisteva la società ricorrente, censurando la diversa qualificazione adottata dai giudici di appello), poiché del credito per i lavori realizzati era mancata la definitività dell'accertamento, almeno nel senso che il conduttore non aveva assolto l'onere di rendere inequivocabilmente noto l'esito favorevole della pronuncia di legittimità resa già prima della sentenza d'appello nel giudizio di sfratto.

Inoperante sul terreno della compensazione, l'esistenza del credito è considerata rilevante sul piano dei doveri di correttezza e di buona fede: in breve, abusa della pretesa il locatore che si avvale dell'inadempimento del conduttore circa l'obbligazione di pagare i canoni e chiede la risoluzione del contratto facendo leva sulla gravità dell'inadempimento, mentre dispone di altri strumenti per realizzare agevolmente l'aspettativa creditoria. Nell'ipotesi considerata ben poteva il creditore imputare al credito insoddisfatto il debito che su lui gravava e che traeva origine da una diversa fonte (nella specie, il credito nato dal compimento di lavori eseguiti sulla base di un accordo autonomo e distinto dal rapporto locativo).

La saggezza del diritto romano, e di Marco Aurelio che di quella saggezza è considerato figura esemplare, ebbe a riassumere l'idea in una breve proposizione assai nota, che felicemente racchiude una esperienza ricca di strumenti processuali al servizio di sostanziali prerogative: *dolo facit qui petit quod redditurus est* (D. 44, 4, 8). Non ho avuto mai predilezione per formule e brocardi, talora con toni rispettosi rimproverando ai vecchi maestri l'abitudine o la rassegnazione ad accettarli e tramandarli; ma debbo riconoscere che i latinetti hanno spesso una suadente espressività e comunicano il senso di una rara elementare sapienza. Si comprende allora perché nella voce "Compensazione" del vecchio *Digesto italiano*<sup>3</sup>, partendo proprio dall'enunciato attribuito all'imperatore filosofo Contardo Ferrini scorgesse nelle linee dell'istituto «come un brano di diritto romano attuale».

PIETRO RESCIGNO

## AZIONE REVOCATORIA

CASSAZIONE CIVILE, II SEZIONE, 17 maggio 2010, n. 12045 — TRIOLA *Presidente* — GIUSTI *Relatore* — RUSSO *P.M.* (conf.) — Falanga ed altri (avv. Morante) - Banca di Credito cooperativo Cassa rurale ed artigiana del Sannio soc. coop. a r.l. (avv. Rosapepe).

**Responsabilità patrimoniale — Azione revocatoria ordinaria — Fondamento — Credito litigioso — Ammissibilità** (C.c. art. 2901).

**Responsabilità patrimoniale — Azione revocatoria ordinaria — Adempimento debito scaduto — Datio in solutum — Configurabilità — Esclusione** (C.c. art. 2901).

*È ammissibile l'azione revocatoria a tutela di un credito la cui esistenza è controversa tra le parti* (1).

*Non costituisce atto dovuto, come tale escluso dall'ambito applicazione dell'azione revocatoria, il pagamento di un debito scaduto mediante datio in solutum o donazione remuneratoria. (Nel caso di specie la Corte ha confermato la pronuncia di secondo grado che aveva giudicato assoggettabile ad azione revocatoria ordinaria l'atto di donazione di usufrutto di un immobile da parte del coniuge separato in favore dell'altro coniuge, già titolare del diritto di assegnazione nonché in favore dei figli a titolo di adempimento degli obblighi di mantenimento)* (2).

 *Omissis.* — 3. Il terzo motivo (mancanza dei requisiti soggettivi dell'azione) deduce che erroneamente la Corte di merito non ha considerato che la Cassa non poteva considerarsi creditrice del d'Errico, dal momento che l'ingiunzione era stata opposta e che il d'Errico stesso aveva in precedenza proposto un separato giudizio per veder riconosciuto ed accertato un proprio credito per oltre lire 210.000.000, vantato nei confronti della Cassa.

3.1. Il motivo è infondato, per la parte in cui non è inammissibile.

Poiché anche il credito eventuale, in veste di credito litigioso, è idoneo a determinare l'insorgere della qualità di creditore che abilita all'esperimento dell'azione revocatoria avverso l'atto di disposizione compiuto dal debitore, nel giudizio *ex art.* 2901 cod. civ., è sufficiente al creditore precedente l'allegazione di un decreto ingiuntivo ottenuto nei confronti del preteso debitore per dimostrare la titolarità di un credito meritevole di tutela, in quanto già esaminato e ritenuto provato in sede monitoria, sicché la pendenza del giudizio di opposizione ai sensi dell'art. 645 cod. proc. civ. avverso detto decreto non osta alla declaratoria di inefficacia dell'atto pregiudizievole alle ragioni del creditore (Cass., Sez. Un., 18 maggio 2004, n. 9440; Cass., Sez. I, 13 luglio 2005, n. 14709; Cass., Sez. II, 1 giugno 2007, n. 12849; Cass., Sez. III, 27 gennaio 2009, n. 1968).

Quanto, poi, alla doglianza secondo cui il giudice del gravame non avrebbe tenuto conto di un controcredito vantato dal d'Errico nei confronti della Banca, si tratta di censura che non può trovare ingresso in questa sede, perché i ricorrenti, ancora una volta in violazione del principio di autosufficienza, non indicano in materia circostanziata quali risultanze processuali dimostrerebbero che detto elemento di fatto sia stato allegato e provato nel corso delle pregresse fasi di merito.

4. Con il quarto mezzo i ricorrenti lamentano che la Corte partenopea abbia ommesso di rilevare la mancanza del presupposto oggettivo per l'azione revocatoria, giacché il bene di cui è causa sarebbe stato assegnato in usufrutto alla Falanga sin dal 1978, in sede di separazione consensuale dei coniugi, e la donazione impugnata dalla Cassa aveva costituito unicamente l'occasione per dare veste formale e solenne alla cessione di quel diritto, già precedentemente avvenuta con l'omologazione della separazione dei coniugi.

Con il quinto motivo (violazione e falsa applicazione dell'art. 2034 cod. civ.) i ricorrenti lamentano che la Corte d'appello abbia rigettato le loro deduzioni in ordine alla natura remuneratoria della donazione della nuda proprietà ai figli, in relazione al fatto che il d'Errico, che non aveva adempiuto l'obbligo di mantenimento, aveva inteso così compensare tali omissioni.

Il sesto motivo lamenta la violazione e falsa applicazione dell'art. 2901 cod. civ., per non avere la Corte di merito considerato che la donazione costituiva adempimento di un debito scaduto del d'Errico nei confronti dei donatari, come tale irrevocabile.

4.1. I tre motivi — i quali, stante la loro connessione, possono essere esaminati congiuntamente — sono privi di fondamento.

<sup>3</sup> *Digesto italiano*, VII, 3, rist., Torino, 1925, 155.

La Corte d'appello, interpretando il verbale di separazione consensuale omologata, ha accertato che, con la concordata assegnazione alla moglie, affidataria dei figli, della casa coniugale, era stato costituito in suo favore un diritto personale di godimento. Ora, posto che l'interpretazione di una convenzione, per ricavarne quale sia l'oggetto, costituisce un'attività riservata al giudice di merito, ed è censurabile in sede di legittimità soltanto per violazione dei criteri legali di ermeneutica contrattuale ovvero per vizi di motivazione, qualora la stessa risulti contraria a logica o incongrua, cioè tale da non consentire il controllo del procedimento logico seguito per giungere alla decisione (tra le tante, Cass., Sez. I, 22 febbraio 2007, n. 4178); l'allegazione dei ricorrenti, secondo cui già con tale assegnazione sarebbe stato concesso alla moglie non soltanto l'uso esclusivamente personale dell'immobile al fine della soddisfazione dell'esigenza abitativa familiare, ma anche la possibilità di utilizzarlo in maniera diversa, mediante la costituzione di diritti in favore di terzi, è prospettata senza la deduzione di quali canoni ermeneutici sarebbero stati violati dal giudice di merito e senza la precisa indicazione delle lacune argomentative, ovvero delle illogicità di cui sarebbe affetto il ragionamento svolto dal giudice di merito. Inoltre, il motivo non riporta il testo integrale degli accordi intervenuti in sede di separazione consensuale omologata.

Tanto premesso, la sentenza impugnata resiste alle censure articolate con il motivo.

Invero, una volta che in sede di separazione personale sia stato attribuito ad uno dei coniugi, tenendo conto dell'interesse dei figli, il diritto personale di godimento sulla casa familiare, la successiva costituzione per donazione, in favore del medesimo coniuge affidatario, del diritto di usufrutto vita natural durante sul medesimo immobile, compiuta dall'altro coniuge, costituisce un atto avente funzione dispositiva e contenuto patrimoniale, soggetto all'azione revocatoria ai sensi dell'art. 2901 cod. civ.

Infatti, la costituzione dell'usufrutto non ha il connotato della doverosità proprio dell'adempimento (c.d. atto dovuto o atto giuridico in senso stretto) — che giustificherebbe l'esclusione della revocatoria, ai sensi del terzo comma dell'articolo citato — ma si fonda sulla libera determinazione del coniuge debitore, il quale, attraverso la concessione di siffatto diritto reale, per la durata della vita del beneficiario, su un bene di sua proprietà in precedenza gravato da un diritto personale di godimento in favore del medesimo cessionario, dà luogo alla modifica del suo patrimonio, con rischio di riduzione della garanzia generale spettante ai creditori.

Lo stesso dicasi in ordine al negozio con cui il d'Errico donò ai figli Ilaria e Piergiorgio la nuda proprietà del medesimo immobile, che i ricorrenti vorrebbero vedere sottratto all'ambito oggettivo di operatività dell'azione revocatoria in ragione della (asserita) pregressa esposizione debitoria nei confronti dei medesimi donatari per il mancato versamento del contributo di mantenimento.

Non giova ai ricorrenti la prospettata qualificazione di tale atto come *datio in solutum* o come donazione remuneratoria.

Sotto il primo profilo, è da porre in rilievo la precisazione contenuta nella Relazione del Ministro guardasigilli al codice civile (n. 1182), nel senso che il recepimento legislativo del principio della non assoggettabilità a revoca dell'"adempimento in senso tecnico", non esclude "la possibilità di impugnare con la azione revocatoria ... la *datio in solutum* ... se sussistono tutte le condizioni richieste dalla legge".

E le ragioni di siffatta limitazione dell'ambito di operatività del disposto di cui al terzo comma dell'art. 2901 cod. civ., sono, del resto, di intuitiva evidenza. L'adempimento del debito scaduto, infatti, quando sia normale e cioè sia realizzato secondo i termini temporali e di prestazione d'oggetto prestabiliti, si presenta quale atto dovuto, cosicché lo stesso

carattere obbligato assumono anche gli atti dispositivi del patrimonio del debitore legati da un rapporto di stretta ed indispensabile inerenza strumentale con quello di soddisfacimento del debito. Quando invece l'estinzione del debito avviene attraverso una *datio in solutum*, è innegabile l'intervento di una scelta volitiva, da parte del debitore in accordo con il creditore, intervento sufficiente ad escludere ogni carattere di "atto dovuto" dal meccanismo negoziale prescelto (cfr. Cass., Sez. I, 21 dicembre 1990, n. 12123).

Sotto l'altro profilo, è da ricordare che anche la donazione remuneratoria rientra tra gli atti di disposizione del patrimonio del debitore, soggetti a revoca ai sensi dell'art. 2901 cod. civ. (Cass., Sez. I, 9 giugno 1965, n. 624).

5. Con il settimo motivo (mancanza dei requisiti soggettivi dell'azione revocatoria) si lamenta che la Corte territoriale non abbia preso in considerazione la buona fede dei donatari, confermata dal fatto che la trascrizione dell'atto era avvenuta solo a distanza di circa un mese dalla stipulazione, il che dimostrerebbe che la donazione non era preordinata a creare pregiudizio alla Cassa.

5.1. Il motivo è infondato, perché per l'azione revocatoria di atti a titolo gratuito non occorre che il pregiudizio arrecato alle ragioni del creditore sia conosciuto, oltre che dal debitore, anche dal terzo beneficiario, il quale ha comunque acquisito un vantaggio senza un corrispondente sacrificio e ben può vedere il proprio interesse posposto a quello del creditore (Cass., Sez. III, 3 marzo 2009, n. 5072).

6. Il ricorso è rigettato.

Le spese di lite, liquidate come da dispositivo, seguono la soccombenza. — *Omissis*.



(1-2) La vicenda processuale fornisce alla Corte di cassazione l'occasione di ripercorrere ancora una volta gli elementi essenziali posti a fondamento dell'azione revocatoria ordinaria, in specie gli elementi c.d. oggettivi, specificandone la portata.

Come è noto l'azione revocatoria ordinaria, disciplinata agli art. 2901 e ss. c.c. e volta a consentire al creditore procedente l'eventuale soddisfacimento esecutivo sul cespite patrimoniale del quale il debitore si è spogliato, è esperibile in presenza di esatti presupposti soggettivi e oggettivi legislativamente richiesti<sup>1</sup>. Tra questi ultimi, in particolare, rilevano nel caso di specie l'esistenza del credito in capo al richiedente e la presenza di un atto di disposizione idoneo a incidere negativamente e in modo significativo sul patrimonio del debitore, compromettendo così la fondamentale garanzia creditoria predisposta dal legislatore all'art. 2740 c.c.

Prendendo le mosse dal primo degli elementi esaminati dalla pronuncia, attinente all'esistenza di un credito da tutelare in capo al creditore procedente, è appena il caso di rilevare che la giurisprudenza si è a lungo occupata di definire le qualità proprie del credito posto alla base di questa azione.

Una prima definizione del credito presupposto è invero fornita dallo stesso art. 2901 c.c. il quale consente di agire con azione revocatoria anche a tutela di un credito soggetto a condizione o a termine.

Sulla base della già ampia portata letterale della norma, poi, la giurisprudenza maggioritaria, nell'ottica di una sempre maggiore fruibilità dell'*actio pauliana*, ha ritenuto non solo che il credito non debba necessaria-

<sup>1</sup> Per i caratteri generali dell'azione revocatoria ordinaria QUATRARO-GIORGETTI-FUMAGALLI, *Revocatoria ordinaria e fallimentare, azione surrogatoria*, Milano, 2009; GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2007, 682; COSTANTINI, *I rimedi*

*a tutela del credito*, Piacenza, 2003; D'ERCOLE, *Azione revocatoria*, in *Tratt. Dir. Priv.* a cura di Rescigno, Torino, 1985, 158; NICOLÒ, *Azione revocatoria*, in *Comm. C.C.* a cura di Scialoja, Branca, Bologna-Roma, 1960, 245.

mente presentare il carattere della esigibilità, ma che possa altresì non essere liquido o addirittura eventuale.

Nel caso di specie la questione posta all'attenzione della Corte attiene a quel particolare tipo di credito la cui esistenza sia controversa tra le parti, il c.d. credito litigioso.

Sulla questione si sono in passato sviluppati orientamenti contrapposti: il primo<sup>2</sup> in favore di una sospensione ex art. 295 c.p.c. della azione revocatoria in pendenza del giudizio di accertamento del credito sottostante; il secondo, al contrario, favorevole ad una lettura evolutiva dell'art. 2901 c.c. volta ad equiparare al credito sottoposto a condizione sospensiva la situazione del credito solo potenziale o eventuale, quale quello appunto c.d. litigioso<sup>3</sup>. A questo secondo orientamento, che valorizza peraltro la diversa formulazione letterale della norma sull'azione revocatoria tra il vecchio e il nuovo codice civile, hanno aderito altresì le Sezioni unite di Cassazione con sentenza n. 9440/2004<sup>4</sup>, consolidando una interpretazione giurisprudenziale nel solco della quale si colloca la sentenza in commento.

Ciò posto in relazione all'esistenza ed alle qualità del credito fondante l'azione revocatoria, l'attenzione della Corte si sposta su un secondo requisito, attinente al concetto di "atto di disposizione" potenzialmente lesivo della garanzia patrimoniale.

A questo proposito occorre premettere come sia ormai pacifica la rilevanza ai fini dell'esercizio dell'azione revocatoria, non solo dell'atto con il quale il debitore dismetta la proprietà di un bene, ma anche di ogni altro idoneo ad influire negativamente sul patrimonio di quest'ultimo.

Nel caso di specie l'atto posto in essere dal debitore si estrinsecava al contempo nella costituzione di un usufrutto in favore della moglie, già titolare sullo stesso immobile di un diritto reale di godimento per effetto della assegnazione della casa familiare in sede di separazione, e nella donazione ai figli della nuda proprietà relativa al medesimo immobile, qualificata dai ricorrenti quale *datio in solutum* a fronte del mancato assolvimento in precedenza degli obblighi di mantenimento.

In entrambi i casi, dunque, il quesito posto alla Corte concerneva in buona sostanza l'ampiezza da conferire al concetto di "atto dovuto" — quale l'adempimento di un debito scaduto — sottratto all'azione revocatoria ex art. 2901 c.c.

Invero tale è da considerarsi l'atto che, pur produttivo di effetti traslativi o costitutivi, non lascia alcuna scelta al disponente il quale è quindi tenuto a porlo in essere. Ciò può verificarsi per una necessità per così dire giuridica di compimento dell'atto o per una necessità economica, come accade nel caso di vendita di

un bene preordinata a reperire la provvista per il pagamento di un debito scaduto<sup>5</sup>.

Tale qualifica giuridica è correttamente esclusa dalla Corte tanto con riguardo alla donazione di usufrutto al coniuge già titolare di un diritto personale di godimento, quanto alla donazione della nuda proprietà ai figli.

Sul primo fronte si rileva come il contenuto di un diritto di usufrutto vita natural durante sull'immobile abbia contenuto ben più ampio del semplice diritto personale di godimento sorto in sede di separazione e, pertanto, abbia al contempo funzione dispositiva e i caratteri della patrimonialità e consequenziale pregiudizio per le ragioni creditorie, manifestando dunque ben più di una semplice veste formale e solenne per una cessione già avvenuta di diritto.

Non giova d'altra parte neppure la ricostruzione dell'atto, nei confronti dei figli, in termini di *datio in solutum* o donazione remuneratoria.

In entrambi i casi infatti non si è in presenza di un adempimento in senso tecnico, bensì di negozi con funzione in qualche misura novativa della preesistente obbligazione, i quali richiedono un accordo tra debitore e creditore ed una manifestazione di volontà da parte del debitore tale da escluderne la riconducibilità alla categoria degli atti dovuti.

A ciò si aggiunga infine, con particolare riguardo alla fattispecie della *datio in solutum*, che la sua inclusione nell'ambito di operatività dell'azione revocatoria risulta già, come rilevato dalla suprema Corte, nella Relazione di accompagnamento al codice civile.

#### MANCATA FISSAZIONE DI UN TERMINE

CASSAZIONE CIVILE, III SEZIONE, 11 maggio 2010, n. 11371 — VARRONE *Presidente* — FILADORO *Relatore* — GOLIA *P.M.* (diff.) — R.B.C.C. (avv. Fonti) - D.F.S. (avv.ti Lorenzoni, Paglierani).

*Cassa con rinvio App. Bologna, 8 ottobre 2004.*

**Obbligazioni e contratti — Contratto preliminare — Definitivo — Termine per la stipulazione — Fissazione — Necessità — Esclusione (C.c. artt. 1183, 1351, 2645 bis).**

*La mancata fissazione di un termine entro cui concludere il definitivo non invalida il contratto preliminare (1).*



*Omissis.* — La sentenza impugnata era incorsa in evidente contraddizione, affermando che l'accordo non integrava neppure gli estremi di un preliminare di locazione,

<sup>2</sup> Cass., 30 luglio 2001 n. 10414, in *Corriere Giur.*, 2002, 55 con commento di ESPOSITO; Id., 6 febbraio 1996 n. 960, in *Giur. It.*, 1997, 810, con commento di NELA.

<sup>3</sup> L'evoluzione giurisprudenziale nel senso della massima estensione dell'azione revocatoria è rintracciabile in Cass., 29 ottobre 1999, n. 12144, in *Contratti*, 2000, 37; Id., 22 gennaio 1999, n. 591, in *Giust. Civ.*, 1999, 3380; Id., 12 giugno 1998, n. 5863, in *Mass. Giur. It.*, 1998; Id., 22 marzo 1990, n. 2400, in *Corriere Giur.*, 1990, 609 con commento di MAIENZA; in *Fallimento*, 1990, 790; in *Giur. It.*, 1991, 464; Id., 27 gennaio 1982, n. 6475, in *Giust. Civ.*, 1983, 1176 con commento di COSTANZA; Id., 11 marzo 1981, n. 1388, in *Mass. Giur. It.*, 1981. Con par-

ticolare riguardo al credito litigioso v. Id., 14 novembre 2001, n. 14166, in *Giust. Civ.*, 2002, 371; Id., 24 febbraio 2000, n. 2104, in *Mass. Giur. It.*, 2000; Id., 18 febbraio 1998, n. 1712, in *Giust. Civ.*, 1998, 1268.

<sup>4</sup> Cass., Sez. un., 18 maggio 2004 n. 9440, in *Gius.*, 2004, 2639; in *Giur. It.*, 2005, 1013; in *Foro It.*, 2004, 2366.

<sup>5</sup> Cass., 21 luglio 2006 n. 16756, in *Mass. Giur. It.*, 2006; Id., 20 luglio 2004 n. 13435, in *Guida Dir.*, dossier 2, 33; Id., 2 aprile 1996 n. 3066, in *Fallimento*, 1996, 989, le quali escludono la revocabilità di tale atto di vendita nella misura in cui si tratti dell'unico mezzo al quale il debitore poteva ricorrere per reperire il denaro necessario al pagamento.

in mancanza di un accordo preciso sul termine entro il quale si sarebbe dovuto stipulare il contratto definitivo.

Poiché, in effetti, il contratto di locazione — redatto in forma scritta — doveva essere concluso al più tardi entro la data del 1° gennaio 2002, non vi era dubbio, sottolinea la ricorrente, che il contratto definitivo avrebbe dovuto essere concluso entro tale data.

In via del tutto subordinata, la mancata fissazione di un termine in sede convenzionale o giudiziale, entro il quale concludere il contratto definitivo, non invalida il contratto preliminare, poiché in tal caso è pur sempre applicabile la regola dell'immediato adempimento, ai sensi dell'art. 1183 c.c.

Se, infatti, non si dovesse ravvisare — nel caso in esame — la volontà delle parti di accettare gli effetti di un contratto definitivo, si sarebbe, pur sempre, in presenza di un contratto con il quale le parti avevano dato vita ad un vincolo obbligatorio che le impegnava ad una ulteriore manifestazione di volontà negoziale, nei termini già indicati.

Il motivo è meritevole di accoglimento.

La giurisprudenza di questa Corte è ferma nel ritenere l'applicabilità dell'art. 1183 c.c. anche con riguardo all'adempimento del contratto preliminare privo di termine della esecuzione della prestazione (Cass. 15587 del 2001, 12774 del 1992).

Deve essere confermato, anche in questa sede, il principio per cui: «Ai sensi dell'art. 1183 c.c., che trova applicazione anche con riguardo all'adempimento del contratto preliminare, la regola dell'immediata esigibilità della prestazione opera con esclusivo riguardo al caso della mancata determinazione del tempo della medesima, mentre quando il termine non sia stato fissato, essendosene rimessa l'individuazione alla volontà di una delle parti, spetta al giudice — con apprezzamento di fatto che si sottrae a controllo di legittimità

se correttamente e congruamente motivato — di stabilirlo secondo le circostanze».

Sotto tale profilo, la sentenza della Corte bolognese è stata sottoposta a specifica censura da parte della ricorrente Romagna Est Banca di Credito Cooperativo.

La sentenza impugnata deve, pertanto, essere cassata avendo erroneamente i giudici di appello ritenuto che la mancanza di un «preciso ed esplicito accordo sul termine entro il quale si sarebbe dovuto stipulare il contratto definitivo» fosse, di per sé, sufficiente ad escludere la esistenza di un contratto preliminare avente ad oggetto il contratto definitivo di locazione. — *Omissis*.



### (1) Fissazione del termine nel preliminare: opportuna ma non necessaria

A causa della sua efficacia obbligatoria il preliminare<sup>1</sup> si differenzia dalla c.d. lettera d'intenti, minuta<sup>2</sup> o puntuazione, che consiste in una sorta di documento interlocutorio con funzione ricognitiva, privo di effettivo valore vincolante e utile soltanto a documentare la parziale intesa raggiunta dalle parti su determinati punti del futuro contratto. La necessità della fissazione di un termine per la stipula del definitivo in sede di accordo preliminare è discussa<sup>3</sup>.

Secondo una tesi — seguita anche dalla Cassazione nella sentenza in epigrafe — la mancata fissazione di un termine entro cui concludere il definitivo non determinerebbe l'invalidità del contratto preliminare<sup>4</sup>. Questo perché si applicherebbe alla fattispecie la regola di cui all'art. 1183 c.c. che prevede la possibilità per il credi-

<sup>1</sup> Fra i contributi più recenti cfr., *ex multis*, GALLO, *Il contratto in generale*, in *Trattato dei contratti* a cura di Rescigno, Torino, 2010, II, 449 e segg.; ROPPO, *Il contratto*, in *Tratt. Dir. Priv.* a cura di Iudica, Zatti, Milano, 2010, 652 e segg.

<sup>2</sup> In argomento TORRESANI, *Completezza dell'accordo e volontà di obbligarsi*, in *Obbligazioni e contratti*, 2010, 1, 16 e segg.; BADOLATO, *Il confine del vincolo contrattuale: la cd. minuta o puntuazione*, in *Giur. di Merito*, 2008, 6, 1576 e segg.; D'ALONZO, *Piccole note sulla documentazione scritta delle trattative*, in *Nuovo Dir.*, 2001, 10, 893 e segg.; ANGIULI, *Rapporti fra contratto preliminare e minuta o puntuazione: riflessi pratici*, in *Giur. It.*, 2000, 11, 2040 e segg. In giurisprudenza cfr. Cass., 18 gennaio 2005, n. 910, in *Contratti*, 2006, 1, 22, con nota di SELVINI, secondo cui «ai fini della configurabilità di un definitivo vincolo contrattuale è necessario che tra le parti sia raggiunta l'intesa su tutti gli elementi dell'accordo, non potendosi ravvisare pertanto la sussistenza là dove, raggiunta l'intesa solamente su quelli essenziali ed ancorché riportati in apposito documento (c.d. "minuta" o "puntuazione"), risulti rimessa ad un tempo successivo la determinazione degli elementi accessori. Peraltro, anche in presenza del completo ordinamento di un determinato assetto negoziale può risultare integrato un atto meramente preparatorio di un futuro contratto, come tale non vincolante tra le parti, in difetto dell'attuale effettiva volontà delle medesime di considerare concluso il contratto, il cui accertamento, nel rispetto dei canoni ermeneutici di cui agli artt. 1362 e segg. cod. civ., è rimesso alla valutazione del giudice di merito, incensurabile in cassazione ove sorretta da motivazione congrua ed immune da vizi logici e giuridici (Nell'affermare il suindicato principio, la Cassazione ha cassato l'impugnata sentenza rilevando che, nel ritenere perfezionato un accordo transattivo tra le parti di giudizio per effetto di duplice missiva inviata dal legale di una delle parti e considerata accettata dal difensore di controparte, il giudice di merito avesse peraltro nel caso del tutto omissivo di valutare il comportamento complessivo delle parti, in particolare quello mantenuto successivamente alla supposta conclusione dell'accordo transattivo, non considerando che dopo lo scambio delle suindicate lettere il difensore di una delle parti

aveva dichiarato in udienza avanti al G.I. essere ancora pendenti trattative tra le parti per la formalizzazione di un accordo, al cui esito si riservava di chiedere la revoca della provvisoria esecuzione del decreto ingiuntivo opposto; e che nel prosieguo del giudizio le parti avevano in entrambi i gradi di merito formulato opposte conclusioni)».

<sup>3</sup> Cfr. TAMMA, *Contratto preliminare e termine di prescrizione per la stipula del definitivo*, in *Rass. Dir. Civ.*, 2004, 3, 780 e segg.; FORCHINO, *Preliminare di compravendita privo di termine per la stipula del contratto definitivo e prescrizione del diritto*, *ibid.*, 777 e segg.; DI BONA, *La prescrizione nel preliminare e il termine per la stipula del definitivo*, in *Corriere Giur.*, 2002, 1030 e segg.

<sup>4</sup> Cfr., *ex multis*, Cass., 9 febbraio 2006, n. 2863, in *Notariato*, 2006, 4, 388, per cui «in tema di contratto, le parti possono assumere l'evento consistente nella *condicio iuris*, che è un requisito necessario di efficacia del negozio, alla stessa stregua di una *condicio facti*, assoggettando la prima a regolamentazione pattizia, pur non potendola superare o eliminare in forza di successivi accordi o per loro inerzia; infatti, la stessa trovando fonte nell'ordinamento giuridico esula dall'autonomia negoziale nel senso che il suo mancato definitivo avveramento rende irrimediabilmente inefficace il contratto indipendentemente dalla volontà delle parti. Ne consegue che, essendo legittima la previsione di un limite temporale all'avverarsi della *condicio iuris*, il venir meno, nel termine stabilito, dell'elemento (esterno) legalmente necessario per l'efficacia del contratto, ne comporta l'invalidità. (Nella specie, le parti avevano subordinato l'efficacia del contratto preliminare di vendita di un bene immobile al rilascio mai avvenuto della concessione edilizia entro un dato termine); Trib. Bologna, 20 marzo 2006, in *Obbligazioni e contratti*, 2006, 8-9, 750, con nota di SCHIAVONE, secondo cui «nel contratto preliminare il termine fissato per la stipulazione del negozio definitivo non è di per sé essenziale. Tuttavia, pur in mancanza di un'indicazione espressa delle parti in tal senso, tale termine può qualificarsi come essenziale alla stregua della rilevanza anche economica delle reciproche obbligazioni poste a carico dei soggetti contraenti»; Cass. 25 giugno 2005 n. 13703, in *Contratti*, 2005, 12, 1123.

tore di esigere immediatamente l'obbligazione qualora non sia convenuto un termine. Tale assunto desterebbe tuttavia alcune perplessità. E infatti — ancorché non necessaria ai fini della validità del negozio — detta fissazione parrebbe quantomeno opportuna. Ciò per una pluralità di ragioni. Anzitutto l'ordinamento considera rilevante la conoscibilità del preliminare anche nei confronti dei terzi (e non soltanto a tutela del promissario acquirente), come si evince dalla disciplina relativa alla sua trascrizione<sup>5</sup> ex art. 2645 *bis* c.c., nonché al privilegio in favore del promissario acquirente (art. 2775 *bis* c.c.) e alla tutela degli acquirenti degli immobili da costruire (D.Lgs. n. 122/2005). A tal proposito occorre rilevare come la garanzia fideiussoria che il promittente alienante deve procurarsi a pena di nullità del contratto — ai sensi dell'art. 2 D.Lgs. n. 122/2005 — debba riferirsi ai termini del contratto. Pertanto non si comprende perché dovrebbe essere preclusa la conoscibilità di un elemento determinante di siffatta pattuizione ossia il termine di stipula del definitivo. In *secundis* occorre considerare come in assenza di un termine certo ciascuna parte sarebbe soggetta al mero arbitrio dell'altra, che avrebbe — in ogni tempo<sup>6</sup> — il diritto potestativo, ai sensi dell'art. 1183 c.c., di agire per ottenere la conclusione del contratto<sup>7</sup>. Ciò anche attraverso il rimedio dell'esecuzione in forma specifica ex art. 2932 c.c. In tal modo si vanificherebbe di fatto la funzione del preliminare, che si sostanzia nel differire nel tempo il momento della conclusione di un determinato contratto, perché la prestazione dedotta sarebbe immediatamente esigibile.

Tale riflessione costituisce l'occasione per analizzare un'ulteriore problematica strettamente connessa alla fissazione del termine, ossia la forma richiesta per que-

sto atto. Ulteriore recente pronuncia di legittimità<sup>8</sup> prescriverebbe infatti la non necessità della forma scritta per il suddetto termine anche allorché siffatta forma sia prescritta *ad substantiam* per il preliminare<sup>9</sup>. Questo perché tale termine sarebbe da considerarsi elemento accidentale e non essenziale del negozio. Siffatta analisi ricostruttiva sembrerebbe tuttavia idonea a generale una commistione concettuale fra termine di efficacia e termine di adempimento, che svolgono due funzioni ben distinte. Il primo limita nel tempo l'efficacia del negozio. Il secondo riguarda il profilo esecutivo della pattuizione, determinando con precisione il tempo della prestazione. Occorre a tal proposito rilevare come il termine per la stipula del contratto definitivo costituirebbe un termine di adempimento, ben diverso dal c.d. termine di efficacia ossia l'evento futuro ma certo al cui verificarsi le parti subordinano l'efficacia (o l'inefficacia) del negozio fra loro concluso. Si pensi, ad esempio, al negozio con cui un soggetto, vincitore di un concorso pubblico, acquista la proprietà di un immobile con efficacia differita al momento in cui (evento futuro ma certo) comincerà concretamente a lavorare (termine c.d. iniziale). Il termine di adempimento non costituirebbe dunque un elemento accidentale perché inerisce la struttura del negozio, ancorché sotto il profilo esecutivo. Il termine di efficacia invece sì, perché rappresenta lo strumento per introdurre nel meccanismo causale un motivo soggettivo perseguito dalle parti<sup>10</sup>, ulteriore rispetto al nucleo essenziale della pattuizione.

Tale distinzione determina alcuni importanti effetti pratici. A differenza del preliminare, infatti, il negozio sottoposto a termine di efficacia (iniziale o finale) è immediatamente trascrivibile nelle forme ordinarie (e

<sup>5</sup> Cfr., anche per riferimenti, GHINASSI, *Contrattazione preliminare ed obblighi di registrazione*, in *I quaderni della Fondazione italiana per il notariato*, 2007, 4 e segg., 71 e segg.; BARALIS, *Il valore aggiunto della trascrizione del preliminare trascritto*, *ibid.*, 119 e segg.; CARBONE, *La trascrizione del contratto preliminare ed il ruolo del notaio nelle trattative*, in *Riv. Dir. Priv.*, 2007, 1, 145 e segg.

<sup>6</sup> Cfr. Cass., 24 novembre 2005, n. 24782, in *Obbligazioni e contratti*, 2006, 2, 103, con nota di RUBINO, per cui «in tema di contratto preliminare di vendita, il promissario acquirente il quale ignori che il bene, all'atto del preliminare, appartenga in tutto o in parte ad altri, non può agire per la risoluzione prima della scadenza del termine per la stipula del contratto definitivo, in quanto il promittente venditore fino a tale momento può adempiere all'obbligazione di fargli acquistare la proprietà del bene, o acquistandola egli stesso dal terzo proprietario o inducendo quest'ultimo a trasferirgliela».

<sup>7</sup> Per Cass., 10 dicembre 2001, n. 15587, in *Contratti*, 2002, 7, 653, con nota di DI BONA: «In tema di contratto preliminare, qualora le parti abbiano rimesso alla volontà di una di esse la fissazione del termine relativo alla stipulazione del contratto definitivo, e quest'ultima ritardi ingiustificatamente l'esercizio di tale facoltà, l'altra parte, adempiute le obbligazioni poste a suo carico, può tanto rivolgersi al giudice per la fissazione di un termine, ex art. 1183 c.c., quanto proporre direttamente domanda di adempimento in forma specifica, ex art. 2932 stesso codice (domanda nella quale deve ritenersi implicita la richiesta di fissazione del detto termine), con la conseguenza che, trascurato l'esercizio di tali, alternative facoltà, e protrattasi l'inerzia per l'ordinario termine prescrizionale, il suo diritto alla stipula del contratto definitivo deve ritenersi estinto per intervenuta prescrizione».

<sup>8</sup> Così Cass., 27 febbraio 2008, n. 5197, in *Mass. Giur. It.*, 2008. Conforme Id., 25 giugno 2005, n. 13703, in *Contratti*, 2005, 12, 1123, secondo cui «poiché la forma scritta *ad substantiam* prevista dall'art. 1350 c.c. riguarda soltanto i requisiti essenziali del contratto e non gli altri elementi, come quelli che regolano la sua esecuzione (ad es. il termine per l'adempimento), è valido l'accordo verbale con cui le parti differiscono il termine pattuito nel contratto preliminare per la stipulazione di quello definitivo».

<sup>9</sup> In argomento GARATTI, *Forma del termine per la stipula del contratto definitivo*, in *Obbligazioni e contratti*, 2009, 1, 21 e segg.; ROMANO, *Se il termine sia elemento essenziale del contratto preliminare*, in *Contratti*, 2008, 2, 159 e segg.; MONTANARI, *Ancora sul contratto preliminare di vendita immobiliare tra privati*, in *Notariato*, 2007, 2, 155 e segg.

<sup>10</sup> In tal senso SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, 9ª ed., Napoli, 2002, 204 e segg. Cfr. Trib. Nuoro, 4 marzo 2003, in *Riv. Giur. Sarda*, 2004, 431, con nota di DORE, per cui «a norma dell'art. 1355, si definisce meramente potestativa la condizione sospensiva che subordina l'alienazione di un diritto o l'assunzione di un obbligo al mero arbitrio dell'alienante o del debitore. Conseguentemente, la clausola apposta ad un preliminare di vendita la quale faccia dipendere la risoluzione del rapporto dalla mancata stipulazione, entro un termine prestabilito, del contratto definitivo nella forma dell'atto pubblico non può costituire una condizione sospensiva meramente potestativa, bensì una condizione risolutiva potestativa semplice, in quanto riconducibile a fatto volontario delle parti ma connessa a seri ed apprezzabili motivi».

non con effetto meramente prenotativo), con la menzione del termine; e inoltre acquista efficacia automatica ed *ex tunc* al verificarsi del termine, senza bisogno di alcuna ulteriore manifestazione di volontà delle parti. Occorre rilevare come il contratto preliminare cui sia stato apposto un termine di efficacia (e non già di adempimento) non produca immediatamente effetti obbligatori, differiti invece alla scadenza del termine. Per tale motivo siffatta figura presenterebbe una sorta di analogia effettuale con il c.d. preliminare di preliminare, di cui la dottrina tende a negare la validità<sup>11</sup>. Ci si chiede inoltre se il termine per la stipula del definitivo costituisca termine essenziale nei confronti di una delle parti ai sensi dell'art. 1457 c.c., e, pertanto, determini la risoluzione *ipso iure* del contratto ove disatteso. Costante giurisprudenza<sup>12</sup> richiederebbe tuttavia — per l'operatività di tale regola — una necessaria manifestazione delle parti in tal senso.

Alla luce di quanto prospettato, dunque, il termine di adempimento del contratto preliminare non sarebbe un elemento accidentale, e, pertanto, dovrebbe essere stipulato nella stessa forma (c.d. *per relationem*) prevista per il definitivo, ai sensi dell'art. 1351 c.c. In caso contrario ciascuna delle parti potrebbe adire l'autorità giudiziaria per la determinazione di siffatto elemento *ex art.* 1183 c.c. In ipotesi poi di inerzia di entrambe le parti si applicherebbero al negozio *de quo* gli ordinari termini di prescrizione<sup>13</sup>.

GIORGIO RISPOLI

## DANNO FUTURO

CASSAZIONE CIVILE, III SEZIONE, 27 aprile 2010, n. 10072 — SENESE *Presidente* — AMATUCCI *Relatore* — FUZIO *P.M.* (conf.) — Mancuso (avv. Sciammetta) - Ottaviano (avv. Salanitro).

**Danni in materia civile — Danno futuro — Criterio di regolarità causale — Risarcibilità — Sussistenza — Fattispecie** (C.c. artt. 1223, 2858).

<sup>11</sup> Cfr. GALLO, *op. cit.*, II, 459 e segg.; NAPOLI, *Il contratto preliminare del preliminare*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2010, 1, 81 e segg.; CHIANALE, *Il preliminare di preliminare: intencio certa sese obligandi?*, in *Notariato*, 2010, 1, 42 e segg.; FERORELLI, *Compravendita immobiliare, validità ed effetti del cd. preliminare di preliminare*, in *Giur. It.*, 2009, 12, 2660 e segg.; TOSCHI VESPASIANI, *Il preliminare di preliminare e la proposta di acquisto accettata*, in *Contratti*, 2009, 11, 991 e segg.

<sup>12</sup> Sul punto, *ex multis*, Cass., 17 marzo 2005 n. 5797, in *Contratti*, 2005, 10, 892, per cui «il termine per l'adempimento può essere ritenuto essenziale ai sensi e per gli effetti dell'art. 1457 c.c., solo quando, all'esito di indagine istituzionalmente riservata al giudice di merito, da condursi alla stregua delle espressioni adoperate dai contraenti e, soprattutto, della natura e dell'oggetto del contratto, risulti inequivocabilmente la volontà delle parti di ritenere perduta l'utilità economica del contratto con l'inutile decorso del termine medesimo. Tale volontà non può desumersi solo dall'uso dell'espressione «entro e non oltre» quando non risulti dall'oggetto del negozio o da specifiche indicazioni delle parti che queste hanno inteso considerare perduta l'utilità prefissasi nel caso di conclusione del negozio stesso oltre la data considerata (nella specie la Corte di Cassazione ha confermato la sentenza con la quale i giudici di merito

*Il danno futuro, inteso come rilevante probabilità di conseguenze pregiudizievoli, è immediatamente risarcibile ogni qual volta l'effettiva diminuzione patrimoniale del danneggiato appaia come il naturale sviluppo di fatti concretamente accertati ed inequivocabilmente sintomatici di quella probabilità, secondo un criterio di normalità fondato sulle circostanze del caso concreto, non rilevando che, successivamente per qualsiasi remota ragione, le conseguenze pregiudizievoli possano non verificarsi* (1).



V. già *Recentissime dalla cassazione civile* a cura di CARBONE, in *Giur. It.*, 2010, 6, 1249.



(1) La sentenza si colloca in linea con il consolidato orientamento giurisprudenziale<sup>1</sup> e dottrinale<sup>2</sup> in materia di risarcimento e valutazione del danno futuro.

Nello specifico, la sentenza esamina la configurabilità di un pregiudizio futuro nell'ipotesi di responsabilità del professionista notaio che, autenticando una scrittura privata avente ad oggetto una compravendita, abbia omesso di accertare l'esistenza o meno di vincoli ipotecari gravanti sull'immobile oggetto di scambio.

Per quanto concerne il danno futuro, infatti, la suprema Corte ha affermato che anche nel caso in cui è possibile configurare una remota ipotesi che escluda il verificarsi di conseguenze pregiudizievoli per il danneggiato, tale circostanza non giustificherebbe un diniego di tutela in favore del terzo in buona fede che, avendo acquistato inconsapevolmente un bene soggetto ad ipoteca, rimarrebbe in tal modo esposto al rischio di perdita del bene stesso ai sensi dell'art. 2858 c.c. Il rischio effettivo e rilevantemente probabile di perdita del bene acquistato, quindi, integra un danno futuro immediatamente risarcibile.

Anche se nel caso concreto, riguardo alla sussistenza o meno della responsabilità contrattuale del notaio *ex art.* 1223 c.c., i giudici di legittimità rinviavano al giudice di merito al fine di verificare la fondatezza della domanda attorea, occorre rilevare che la giurisprudenza si è più volte soffermata sul problema della responsabilità contrattuale del notaio.

avevano ritenuto non essenziale il termine che nel contratto preliminare le parti, adoperando l'espressione «entro e non oltre», avevano fissato per il rogito, basandosi sulla redazione di altra scrittura proprio nel giorno stesso in cui si sarebbe dovuto stipulare il definitivo e sulla testimonianza del notaio circa il presunto consenso del ricorrente alla proroga del termine previsto). Conforme Cass., 28 ottobre 2004, n. 20867, in *Mass. Giur. It.*, 2004; Id., 27 ottobre 2003, n. 16096, in *Arch. Civ.*, 2004, 916.

<sup>13</sup> In tal senso Cass., 29 agosto 1991 n. 9224, in *Foro It.*, 1992, 1, 2484; Id., 5 aprile 1989 n. 1642, in *Rass. dir. civ.*, 1993, I, 159 e segg.

<sup>1</sup> V. Cass., Sez. III, 14 febbraio 2000, n. 1637, in *Mass. Giur. It.*, 2000; Id., Sez. lav., 17 febbraio 1999, n. 1336, *ivi*, 1999; Id., Sez. III, 4 febbraio 1992, n. 1147, in *Giur. It.*, 1993 ed in *Foro It.*, 1993; Id., Sez. III, 2 giugno 1992, n. 6676, in *Giur. It.*, 1993; Id., Sez. lav., 20 gennaio 1987, n. 495, in *Mass. Giur. It.*, 1987; Id., Sez. III, 29 ottobre 1965, n. 2302, *ivi*, 1965.

<sup>2</sup> V. CIAN, TRABUCCHI, *Commentario breve al codice civile*, Padova, 1997; C. M. BIANCA, *Diritto civile, La Responsabilità*, Milano, 1994; VISINTINI, *Obbligazioni e contratti*, in *Tratt. Dir. Priv.*, a cura di Rescigno, Torino, 1986.

Secondo la suprema Corte<sup>3</sup>, infatti, nel caso di stesura di un atto pubblico, il notaio è contrattualmente responsabile per non aver verificato preventivamente la libera disponibilità del bene nei pubblici registri se, e nei limiti in cui, il suo cliente abbia concretamente ed effettivamente subito un danno. A tal fine, è necessario comparare la situazione presente con quella ipotetica, considerando, con ragionevole certezza, cosa sarebbe accaduto se il notaio avesse adempiuto correttamente ai propri obblighi professionali. In base a tale sillogismo, quindi, il risarcimento è dovuto solo se con il comportamento diligente del notaio il danneggiato avrebbe potuto evitare il pregiudizio economico subito.

Nel caso di scrittura privata autenticata avente ad oggetto una compravendita immobiliare, invece, la Cassazione<sup>4</sup> ha ritenuto che deve escludersi la responsabilità del notaio nell'ipotesi in cui le parti, con una apposita clausola contrattuale, abbiano espressamente esonerato il professionista dallo svolgimento di attività accessorie e successive all'autenticazione delle sottoscrizioni, includendo quindi quella relativa al controllo, nei pubblici registri immobiliari, di vincoli gravanti sul bene. Tale clausola, infatti, secondo la suprema Corte, non ha una valenza meramente stilistica ma, al contrario, se giustificata da esigenze concrete delle parti, permette di esonerare il notaio da qualsiasi responsabilità professionale.

Infine, occorre rilevare che la dottrina più attenta<sup>5</sup> non solo ha precisato che la prestazione notarile configura un'obbligazione di mezzi e non di risultato ma ha anche evidenziato che i danni risarcibili, sia in caso di colpa del notaio, sia nel caso di responsabilità contrattuale *ex art. 1223 c.c.*, sia nel caso di responsabilità extracontrattuale *ex art. 2056 c.c.*, devono essere valutati in base al principio di regolarità causale. Applicando tale principio, devono essere risarciti sia i danni diretti ed immediati, sia quelli indiretti e mediati, che si manifestano come effetto normale dell'inadempimento o del fatto illecito subito.

In tale prospettiva, quindi, la sentenza in esame, pur non pronunciandosi sulla responsabilità contrattuale del notaio, permette di individuare nel rischio di perdita del bene, acquistato dal terzo acquirente in buona fede, un indice sintomatico di pregiudizio futuro risarcibile attraverso il criterio di regolarità causale.

## FORO DEL CONSUMATORE

CASSAZIONE CIVILE, III SEZIONE, 20 marzo 2010, n. 6802 (ordinanza) — PREDEN *Presidente* — SCARANO *Relatore* — SCARDACCIONE *P.M.* (conf.) — Nibali

<sup>3</sup> V. Cass., Sez. III, 20 luglio 2010, n. 16905, in *Dir. e Giust.*, 2010; Id., Sez. III, n. 15726, in *Dir. e Giust.*, 2010; Id., Sez. II, 13 settembre 2004, n. 18376, in *Giust. Civ. Mass.*, 2004 ed in *Vita Notar.*, 2004; Id., Sez. III, 10 ottobre 1992, n. 11094, in *Giur. It.*, 1994; Id., Sez. III, 24 ottobre 1987, n. 7827, in *Mass. Giur. It.*, 1987; Id., Sez. III, 29 agosto 1987, n. 7127, in *Giur. It.*, 1988 ed in *Vita Notar.*, 1988.

<sup>4</sup> V. Cass., Sez. III, 1° dicembre 2009, n. 25270, in *Notariato*, 2010 ed in *Danno e Resp.*, 2010; Id., Sez. III, 31 maggio 2006, n.

(avv. Maniaci) - Cooperativa edile Fagitana S.C. (avv. Pantezzi).

*Accoglimento — afferma competenza per territorio del Trib. Catania.*

**Obbligazioni in genere — Consumatore — Competenza e giurisdizione civile — Prova in genere** (C.c. artt. 1341, 1469 *bis* e segg.; D.Lgs. 6 settembre 2005, n. 206, artt. 3, 33 e segg.).

*Nelle controversie tra consumatore e professionista la competenza territoriale spetta al giudice del luogo in cui il consumatore ha la residenza o il domicilio eletto, a prescindere dal tipo contrattuale posto in essere dalle parti e dalla natura della prestazione oggetto del contratto. Ove sia stata inserita nel contratto una clausola derogativa del foro del consumatore, incombe sul professionista, al fine di superare la presunzione di vessatorietà, l'onere di provare che detta clausola è stata oggetto di una specifica trattativa con i caratteri della serietà, effettività e individualità e che non determina un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto (1).*

 *Omissis.* — *Svolgimento:* È stata depositata in cancelleria relazione che, emendata da errori materiali, di seguito si riproduce:

«Il sig. Claudio Nibali propone istanza di regolamento di competenza avverso l'ordinanza del 12/1/2009 emessa dal G.I. del Tribunale di Trento di rigetto della sollevata eccezione di incompetenza territoriale per dedotta violazione del foro del consumatore, deducendo trattarsi di controversia avanti a quel giudice introdotta dalla Coop. Edile Fagitana s.c.a.r.l. con domanda di pagamento di somme asseritamente dovute in relazione all'esecuzione di contratto d'appalto stipulato per la ristrutturazione dell'immobile di sua proprietà sito in Regnana di Bedollo.

Con unico complesso motivo il ricorrente denuncia violazione e falsa applicazione degli artt. 3, 33 lett. u), ss. d.lgs. n. 206 del 2005, 1469 *bis* ss., 1341 c.c., in riferimento all'art. 360, 1° co. n. 3, c.p.c.

Si duole che il giudice adito abbia erroneamente escluso l'applicabilità nel caso della suindicata disciplina di tutela del consumatore, laddove non può esservi dubbio alcuno che in questa fattispecie si verte in chiara ipotesi di contratto con il consumatore perché il contratto di appalto del 07.07.2005 è stato stipulato tra la persona fisica del consumatore sig. Claudio Nibali e l'impresa appaltatrice Cooperativa Edile Fagitana a.r.l. ed in quel contratto la clausola con cui, senza nessuna specifica trattativa, né specifica approvazione né duplice necessaria sottoscrizione, si è stabilita come sede del foro competente località diversa da quella di residenza del consumatore (ovvero Trento, sede dell'impresa, invece che Catania, residenza del convenuto) è vessatoria (*ex art. 33, co. 2, lett. u) d.lgs. 206/2005 e 1341 c.c.*) e priva di effetto».

Lamenta essere nel caso evidente che con il contratto di appalto per cui è giudizio il sig. Nibali ha concluso un contratto per soddisfare esigenze estranee alla sua attività (lavori edili, idraulici ed elettrici per la ristrutturazione di un suo

13015, in *Vita Notar.*, 2006 ed in *Giust. Civ. Mass.*, 2006; Id., Sez. II, 16 marzo 2006, n. 5869, in *Vita Notar.*, 2006 ed in *Giust. Civ. Mass.*, 2006; Id., Sez. III, 18 gennaio 2002, n. 547, in *Vita Notar.*, 2002 ed in *Giust. Civ. Mass.*, 2002.

<sup>5</sup> V. MUSOLINO, *Responsabilità del Notaio e risarcimento del danno*, in *Resp. Civ. e Prev.*, 2009; CASU, *In tema di responsabilità professionale del Notaio*, in *Notariato*, 2009; A. BALDASSARI, S. BALDASSARI, *La responsabilità civile del professionista*, Milano, 1993.

immobile) mentre la Cooperativa Edile Fagitana ha posto in essere un contratto strettamente e specificamente inerente l'esercizio della sua propria attività imprenditoriale e nell'ambito di questa.

Lamenta ulteriormente non rimanere la vessatorietà, e quindi la conseguente nullità, della clausola contrattuale di determinazione della competenza territoriale nel caso esclusa in ragione della coincidenza con uno dei fori legali di cui agli artt. 18 e 20 c.c. atteso che la competenza a decidere ogni controversia concernente il contratto de quo è unicamente quella, speciale ed esclusiva, coincidente con il foro del convenuto-consumatore, e pertanto quella del Tribunale di Catania - Sezione distaccata di Masalucia.

Pone conclusivamente alla Corte i seguenti quesiti.

1) In ipotesi in cui le somme richieste dalla parte attrice siano incerte, illiquide ed inesigibili e non risultino dalla fonte convenzionale, non siano determinate né facilmente determinabili in base agli elementi preconstituiti nel titolo convenzionale né solo in base ad un semplice calcolo aritmetico, dovendosi invece ancora determinare e liquidare dalle parti o, in loro sostituzione dal giudice, mediante indagini ed operazioni diverse dal semplice calcolo aritmetico, si verte in una delle ipotesi fra quelle previste dall'art. 1182 c.c., comma 4, (ovvero il domicilio del debitore quale luogo di adempimento) e, quindi, se (o che) ai fini della individuazione del giudice competente ai sensi dell'art. 20 c.p.c. non è rilevante la qualificazione del contratto essendo determinante, invece, la circostanza che il prezzo o corrispettivo della prestazione convenuta non risulta determinato convenzionalmente, con la conseguenza che il credito vantato deve ritenersi illiquido, ed a tali casi si applicano le regole generali sulla competenza per territorio, ex art. 18 c.c., ed il foro territorialmente competente è quello del convenuto;

2) Ai sensi delle disposizioni di cui al DLT 206/2005 e succ. mm., e ii. è "consumatore" il soggetto-persona fisica che, anche se svolge attività imprenditoriale o professionale, conclude un contratto (avente ad oggetto la cessione di beni o la prestazione di servizi, nella specie appalto privato di lavori di ristrutturazione edili, elettrici ed idraulici) per la soddisfazione di esigenze della vita quotidiana estranee all'esercizio di dette attività, mentre deve essere considerato professionista sia la persona fisica, sia quella giuridica, pubblica e/o privata, che, invece, utilizza il contratto (avente ad oggetto la cessione di beni o la prestazione di servizi) nel quadro della sua attività imprenditoriale o professionale e se (o che) in tali casi si applica la disciplina di cui all'art. 1469 *bis* c.c. e, dunque, anche l'art. 1341 c.c. in materia di vessatorietà delle clausole che eventualmente stabiliscano, senza alcuna specifica trattativa ed approvazione, come sede del foro competente una località diversa da quella di residenza o di domicilio elettivo del consumatore»;

3) «In tema di contratti del consumatore, per il principio del *favor* voluto dal legislatore del DLT 206/2005, il foro del consumatore — quale che sia la sua posizione processuale — è esclusivo, ed appunto, esclude ogni altro, in particolare anche quelli di cui agli artt. 18 e 20 c.p.c., e si pone rispetto alla normativa codicistica come foro speciale, sicché la clausola contrattuale che stabilisca come sede del foro competente una località diversa da quella di residenza o di domicilio elettivo del consumatore, anche se il foro indicato come competente coincida con uno dei fori legali di cui agli artt. 18 e 20 c.c. è vessatoria e, pertanto, invalida, nulla e priva di giuridico effetto»;

4) «In materia di contratti del consumatore, è stato previsto un nuovo foro speciale ed esclusivo rispetto ad ogni altro, con la conseguenza che, qualsiasi clausola che abbia a stabilire un foro diverso da quello di residenza del consumatore è da ritenersi "vessatoria", priva di effetto e contro legge, in quanto determinante a carico del consumatore un significativo squilibrio dei suoi diritti processuali».

Resiste con controricorso la Coop. Edile Fagitana s.c.a.r.l., deducendo risultare «*per tabulas* che il contratto intervenne tra il professionista Cooperativa Fagitana, impresa edile, e l'Architetto Claudio Nibali "in qualità di proprietario e di

progettista dei lavori"», sicché «Pare evidente che l'arch. Nibali ha deliberatamente ed espressamente concluso il contratto in una qualità, quella di progettista, che era e non poteva che essere professionale, perché in mancanza di tale qualità non avrebbe potuto stipulare il contratto nella veste dichiarata». E «stipulare il contratto "in qualità di progettista" significa sottoscriverlo nell'esercizio della professione o quantomeno per uno scopo connesso ... A rigore, atteso che l'arch. Nibali si è comunque presentato sin dalle trattative precontrattuali come progettista e come direttore dei lavori, sarebbe stato da considerare professionista, anche se avesse poi firmato il contratto solo come "proprietario", perché le norme di protezione hanno un senso solo in quanto tutelano un soggetto "debole", e una stessa persona non può essere utente e professionista contemporaneamente nello stesso contratto. È semmai irrilevante che l'arch. Nibali fosse anche proprietario, anziché solo mandatario del proprietario».

Il ricorso dovrà essere dichiarato fondato nei termini di seguito indicati. — *Omissis*.

Va anzitutto osservato che la disciplina dettata dal d.lgs. n. 206 del 2005 (c.d. Codice del consumo), in cui è stata riverberata quella dettata al Capo XV *bis* del Codice civile, è applicabile ai contratti stipulati tra il "consumatore" ed il "professionista" (art. 3, comma 1, d.lgs. n. 206 del 2005).

Siffatta applicazione prescinde invero dal tipo contrattuale dalle parti poste in essere (e ciò già in base alla previgente disciplina recata agli artt. 1469 *bis* ss. c.c., *a fortiori* all'esito della soppressione dell'inciso «che ha per oggetto la cessione di beni o la prestazioni di servizi da parte dell'art. 25 L. n. 526 del 1999 — legge comunitaria del 1999), e dalla natura della prestazione oggetto del contratto (v. Cass., 24/11/2008, n. 27911), essendo rilevante, come sottolineato anche in dottrina, il mero fatto che risulti concluso un contratto tra un soggetto (*professionista*) per il quale lo stesso costituisca atto di esercizio della professione, e cioè dell'attività imprenditoriale o di professionista intellettuale (v. Cass., 27/2/2009, n. 4914; Cass., 26/9/2008, n. 24257) o che rientri nel quadro della medesima in quanto volto a realizzarne una connessa finalità (v. Cass., 10/7/2008, n. 18863; Cass., 13/6/2006, n. 13643), ed altro soggetto (*consumatore*) per il quale, pur essendo se del caso il medesimo un professionista, il contratto sia funzionalizzato a soddisfare viceversa esigenze della vita comune di relazione estranee all'esercizio dell'attività imprenditoriale o professionale (cfr. già Cass., 25/7/2001, n. 10127).

Orbene, dal sopra riportato tenore testuale dell'accordo contrattuale emerge evidente che il contratto ha ad oggetto la ristrutturazione di un immobile da parte della società Cooperativa Edile Fagitana, la quale ha stipulato in vista dell'espletamento dell'attività imprenditoriale sua propria, e pertanto sicuramente nella qualità di «professionista», in favore del committente sig. Nibali, al fine della realizzazione delle proprie esigenze di proprietario dell'immobile di abitazione in questione, laddove nessun elemento idoneo a diversamente deporre viene al riguardo quantomeno dedotto dalla odierna controricorrente (cfr. Cass., 21/7/2006, n. 16752), non potendo invero riconoscersi decisivo rilievo, al fine di addivenire alla conclusione che la stipulazione del contratto abbia per il committente nel caso integrato atto della sua attività di architetto, alla mera circostanza che l'esecuzione dei commissionati lavori dovesse nella specie avvenire sulla base di un progetto dal medesimo redatto.

Ricorrono a tale stregua le condizioni per l'applicabilità della disciplina di tutela del consumatore dettata agli artt. 33 ss. d.lgs. n. 206 del 2005 (c.d. Codice del consumo), giacché — come anche in dottrina si è osservato — allorché come nella specie stipula un contratto non nell'esercizio della sua professione un soggetto è invero per ciò stesso "debole" rispetto alla controparte per la quale invece tale stipulazione integri un *atto della professione*, con conseguente necessità di farsi pertanto luogo al giudiziale controllo, di carattere sostanziale, della regolamentazione contrattuale dalle parti posta in essere. — *Omissis*.

La disciplina posta dal Codice del consumo è infatti volta a garantire e tutelare il consumatore dalla unilaterale predi-

sposizione e sostanziale imposizione del contenuto contrattuale da parte del professionista, quale possibile fonte di abuso, sostanziandosi nella preclusione per il consumatore della possibilità di esplicitare la propria autonomia contrattuale, nella fondamentale espressione rappresentata dalla libertà di determinazione del contenuto del contratto.

Con conseguente alterazione, su un piano non già solamente economico, della posizione paritaria delle parti contrattuali idoneo a ridondare, mediante l'imposizione del regolamento negoziale unilateralmente predisposto, sul piano dell'abusivo assoggettamento di una di esse (l'aderente) al potere (anche solo di mero fatto) dell'altra (il predisponente).

Evidente è pertanto che non solo mediante la unilaterale predisposizione di moduli o formulari in vista dell'utilizzazione per una serie indefinita di rapporti, ma anche in occasione della stipulazione come nella specie di un singolo contratto redatto per uno specifico affare, il professionista può invero, mediante l'unilaterale predisposizione ed imposizione del relativo contenuto negoziale, affermare la propria autorità (di fatto) contrattuale sul consumatore.

La lesione dell'autonomia privata del consumatore, riguardata sotto il segnalato particolare aspetto della libertà di determinazione del contenuto dell'accordo, fonda allora sia nell'una che nell'altra ipotesi l'applicazione della disciplina di protezione in argomento.

Nel che si coglie la pregnanza e la specificità del relativo portato.

A precludere l'applicabilità della disciplina di tutela del consumatore in argomento è invero necessario che ricorra il presupposto oggettivo della trattativa ex art. 34, comma 4, d.lgs. n. 206 del 2005 caratterizzata dagli indefettibili requisiti della individualità, serietà ed effettività (v. Cass., 26/9/2008, n. 24262).

Trattativa la cui sussistenza è pertanto da considerarsi un *prius* logico rispetto alla verifica della sussistenza del *significativo squilibrio* in cui riposa l'abusività della clausola o del contratto, *sicché* spetta al *professionista* che invochi la relativa inapplicabilità dare la *prova* del *fatto positivo* dello *svolgimento* della *trattativa* e della relativa idoneità, in quanto caratterizzata dai suindicati imprescindibili requisiti, ad atteggiarsi ad oggettivo presupposto di esclusione dell'applicazione della normativa in argomento (v. Cass., 26/9/2008, n. 24262. Cfr. altresì Cass., 28/6/2005, n. 13890).

In giurisprudenza di legittimità si è affermato, con riferimento alle disposizioni di cui agli artt. 1469 *bis* c.c., 3° co., n. 19, e 1469 *ter* c.c. che il c.d. *foro del consumatore* è *esclusivo* ma *derogabile*, altresì precisandosi che la presunzione di vessatorietà della clausola di relativa deroga è superabile, ad onere del professionista, solamente con la dimostrazione dell'essere (quantomeno solamente) la medesima stata oggetto di specifica trattativa (v. Cass., 24/11/2008, n. 27911; Cass., 6/9/2007, n. 18743). E ciò anche laddove la pattuizione si sia tradotta nell'indicazione derogatoria di una località coincidente con l'applicazione di uno dei criteri delineati dal codice di rito (v. Cass., Sez. Un., 1/10/2007, n. 14669. V. altresì Cass., 23/2/2007, n. 4208; Cass., 8/3/2005, n. 5007).

Sotto altro profilo, questa Corte ha sottolineato che allorchando come nella specie il consumatore, convenuto avanti a foro diverso da quello proprio, eccepisca l'incompetenza territoriale del giudice avanti al quale è stato tratto, al medesimo incombe di *allegare* che trattasi di controversia concernente un contratto concluso mediante sottoscrizione di moduli o formulari predisposti per disciplinare in maniera uniforme determinati rapporti contrattuali, ovvero come nella specie dal professionista unilateralmente predisposto per il singolo affare.

Atteso che, avuto riguardo ai sopra richiamati precedenti, questa Corte ha già avuto modo di precisare che la trattativa spiega invero rilievo non già ai fini dell'accertamento della vessatorietà o abusività della clausola bensì dell'applicazione o meno della disciplina di tutela del consumatore in argomento, di cui come detto costituisce oggettivo presupposto di esclusione (v. Cass., 26/9/2008, n. 24262), va conseguentemente osservato che in presenza della suindicata allegazio-

ne da parte del consumatore convenuto spetta quindi al professionista, che contrapponga la sussistenza di una clausola di deroga del foro del consumatore, *dare* la *prova positiva* che essa è stata oggetto di specifica trattativa idonea — in quanto caratterizzata dagli imprescindibili requisiti della individualità, serietà ed effettività — ad escludere l'applicazione della disciplina di tutela del consumatore (ora) posta dal Codice del consumo.

Come anche in dottrina osservato, con specifico riferimento al disposto normativo dell'art. 1469 *ter*, 4° co., c.c. (nel sottolinearsi la diversità al riguardo della soluzione adottata dall'ordinamento italiano rispetto a quella posta dalla Direttiva 93/13/CEE), non è infatti l'assenza di trattativa a rilevare quale presupposto di applicazione della disciplina di tutela del consumatore in argomento, ma al contrario è lo *svolgimento della trattativa* ad atteggiarsi quale *oggettivo presupposto* di *esclusione* della relativa applicazione.

Non è allora il consumatore a dover provare il fatto negativo della mancanza di negoziazione, ma è invece il professionista che intenda far valere la disapplicazione, nel singolo caso concreto, della disciplina di tutela del consumatore a dover dare la prova del fatto positivo del prodromico svolgimento di una trattativa dotata dei caratteri essenziali suoi propri, quale fatto impeditivo della relativa applicazione. — *Omissis*.

Orbene, dalla Coop. Edile Fagitana s.c.a.r.l. nel caso non risulta invero data, e nemmeno offerta, prova alcuna circa l'avvenuto svolgimento della trattativa in argomento.

Allorchando come nella specie la disciplina di tutela del consumatore in argomento trova applicazione, ai sensi dell'art. 33, comma 2 lett. u), d.lgs. n. 206 del 2005 (e già art. 1469 *bis*, comma 3, n. 19, c.c.) la clausola con la quale si deroga al cd. foro del consumatore, stabilendosi come sede del foro competente sulle controversie località diversa da quella di residenza o domicilio elettivo del consumatore, è quindi presuntivamente vessatoria.

Non trattandosi di ipotesi di vessatorietà *iuris et de iure* prevista (già all'art. 1469 *quinquies*, 2° co., c.c., ed ora) all'art. 36, comma 2, d.lgs. n. 206 del 2005 (in base cioè a valutazione operata *ex ante* dal legislatore in ogni caso integrante il «significativo squilibrio», *sicché* l'applicabilità della disciplina di tutela del consumatore non rimane esclusa neanche in presenza di trattativa), bensì solamente *iuris tantum*, la presunzione di vessatorietà — deponente per la nullità ex art. 36, comma 2, d.lgs. n. 206 del 2005, di una o più clausole di cui all'art. 33, comma 2, d.lgs. n. 206 del 2005, può essere invero dal professionista vinta solamente fornendo idonea prova contraria, dimostrando cioè che nel caso concreto la clausola, valutata sia singolarmente che in connessione con le altre delle quali si compendia il contenuto del contratto, non realizza un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto, in cui ai sensi dell'art. 33, comma 1, d.lgs. n. 206 del 2005 la vessatorietà della clausola o del contratto (esclusivamente) si sostanzia.

Orbene, la Coop. Edile Fagitana s.c.a.r.l. non ha nel caso invero dato, e nemmeno offerto di dare, nemmeno prova idonea a vincere la *presunzione di vessatorietà*, ex art. 36, comma 2, lett. u), d.lgs. n. 206 del 2005, della *clausola di deroga del foro del consumatore* recata dal contratto *de quo*.

Assorbita ogni altra e diversa questione, ai suindicati quesiti andrà pertanto data risposta con l'enunciazione dei seguenti principi.

1) Ai sensi dell'art. 33, comma 2 lett. u), d.lgs. n. 206 del 2005, nelle controversie tra consumatore e professionista la competenza territoriale spetta al giudice del luogo in cui il consumatore ha la residenza o il domicilio elettivo.

2) La disciplina di tutela del consumatore posta agli artt. 33 ss. d.lgs. n. 206 del 2005 (cd. Codice del Consumo) prescinde dal tipo contrattuale dalle parti poste in essere e dalla natura della prestazione oggetto del contratto, trovando applicazione sia in caso di predisposizione di moduli o formulari in vista dell'utilizzazione per una serie indefinita di rapporti che di contratto singolarmente predisposto per uno specifico affare.

3) Se il consumatore, convenuto avanti a foro diverso da quello suo proprio, eccipisce l'incompetenza territoriale del giudice avanti al quale è stato tratto, al medesimo incombe di allegare che trattasi di controversia concernente contratto cui, pur essendo stato esso come nella specie individualmente negoziato, si applica la disciplina di tutela del consumatore, ai sensi degli artt. 33 ss. d.lgs. n. 206 del 2005.

4) Ai sensi dell'interpretazione sistematica e funzionale dell'art. 33 ss., e in particolare dei commi 4 e 5 dell'art. 34 d.lgs. n. 206 del 2005, incombe al professionista dare la prova che la clausola contrattuale di proroga della competenza, con deroga al foro del consumatore di cui all'art. 33, comma 2, lett. u), d.lgs. n. 206 del 2005, è stata oggetto di specifica trattativa, caratterizzata dagli indefectibili requisiti della individualità, serietà ed effettività; ovvero di dare prova idonea a vincere la presunzione di vessatorietà della clausola medesima, dimostrando che, valutata singolarmente e in connessione con le altre di cui si compendia il contenuto del contratto, nello specifico caso concreto essa non determina un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto, in cui ai sensi dell'art. 33, comma 1, d.lgs. n. 206 del 2005 (esclusivamente) si sostanzia la vessatorietà della clausola o del contratto.

5) In difetto di prova della trattativa, nonché in difetto di prova idonea a vincere la presunzione di relativa vessatorietà, la clausola di deroga del foro del consumatore è nulla, anche laddove il foro indicato come competente risulti coincidente con uno dei fori legali di cui agli articoli 18, 19 e 20 c.c.

6) L'onerosità ex art. 1341 2° co., c.c. attiene a contratti unilateralmente predisposti da un contraente in base a moduli o formulari in vista dell'utilizzazione per una serie indefinita di rapporti, e la disciplina posta dall'art. 1341 ss. c.c. è altra e diversa da quella posta dal Codice del consumo, con la quale (solamente) in tale ipotesi concorre, laddove la vessatorietà ex artt. 33 ss. d.lgs. n. 206 del 2005 può invece attenersi anche al rapporto contrattuale che come nella specie sia stato singolarmente ed individualmente negoziato per lo specifico affare.

In accoglimento del ricorso, l'impugnato provvedimento andrà dunque cassato, dovendo essere affermata l'applicabilità nel caso del c.d. foro del consumatore, ed indicato quale giudice competente per territorio il Tribunale di Catania». — *Omissis*.

 (1) La suprema Corte torna a pronunciarsi sulla *vexata quaestio* delle clausole "vessatorie", aventi ad oggetto una deroga al c.d. "foro del consumatore"<sup>1</sup>.

Preliminarmente, appare opportuno dare atto del contrasto giurisprudenziale che per lungo tempo ha caratterizzato la materia e che tuttora non può dirsi sopito<sup>2</sup>, malgrado il recente intervento delle Sezioni unite con l'ordinanza n. 14669 del 1° ottobre 2003<sup>3</sup>.

Infatti, già all'indomani dell'introduzione dell'art. 1469 bis all'interno del codice civile ad opera della L. 6 febbraio 1996 n. 52<sup>4</sup>, recante la disciplina delle c.d. "clausole vessatorie" nei contratti tra professionista e consumatore, si è dibattuto, in dottrina e giurisprudenza, circa la natura, sostanziale o processuale, del n. 19 del comma 3 di detto articolo, ai sensi del quale deve presumersi vessatoria sino a prova contraria (*iuris tantum*) la clausola contrattuale che stabilisca, quale foro competente nelle controversie tra professionista e consumatore, il giudice di un luogo diverso da quello di «residenza o domicilio elettivo del consumatore»<sup>5</sup>. Si è altresì discusso circa l'esclusività o meno di siffatto foro del consumatore.

In particolare, ci si è chiesti se il legislatore abbia voluto solamente tipizzare una delle possibili ipotesi in cui si realizza uno squilibrio delle prestazioni tra professionista e consumatore, o se, invece, abbia inteso istituire un vero e proprio foro del consumatore<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> Cfr. PALMIERI, *In fuga dal codice di rito: i contratti del consumatore conquistano il foro esclusivo (ma derogabile in assenza di squilibrio)*, in *Foro It.*, 2003, I, 3298; D'ASCOLA, *Il foro esclusivo del consumatore*, in *Giur. It.*, 2004, I, 729; VACCARELLA, *Il problema del foro competente nei contratti tra professionista e consumatore*, in *Doc. Giustizia*, 1996, 1711 e segg.; DE CRISTOFARO, *La tutela processuale del consumatore tra volontà di espansione ed opzioni conservative: contrasti in cerca di assestamento nella giurisprudenza della S.C.*, in *Resp. Civ. e Prev.*, 2002, 114 e segg.; LAPERTOSA, *Profili processuali della disciplina delle clausole vessatorie nei contratti con il consumatore*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1998, 714 e segg.; VALLE, *Giudizio di vessatorietà e clausole riproduttive di disposizioni di legge*, in *Contratto e Impresa*, 2000, 782.

<sup>2</sup> Da più parti, infatti, si ritiene che l'intervento nomofilattico delle Sezioni unite non ha risolto del tutto le questioni interpretative suscitate dalla norma in esame dal momento che molte decisioni successive, seppure concordi con la natura esclusiva di tale foro, giungono a conclusioni opposte in ordine alla legittimità della clausola che stabilisca un foro diverso dalla residenza o dal domicilio elettivo del consumatore qualora il foro indicato venga a coincidere con uno dei fori legali previsti dagli art. 18 e 20 c.p.c. Infatti, se la clausola che si pretende vessatoria prevede la competenza di uno solo di tali fori alternativi essa, secondo il ragionamento operato dalle Sezioni unite, sarebbe valida. Il suo effetto, però, sarebbe comunque quello di limitare le possibilità di difesa del consumatore, riducendo le facoltà che la legge gli riconosce in ordine alla scelta del foro da adire. Solo se la clausola sulla competenza richiamasse integralmente l'art. 20 c.p.c. non vi sarebbe effetto pregiudizievole e non vi sarebbe, pertanto, necessità di sanzionare la pattuizione con l'invalidità. Quello che è necessario, allora, non è evitare *tout court* le deroghe ad un ipo-

tetico foro del consumatore, ma scongiurare gli effetti pregiudizievole per il contraente debole dei limiti imposti alla facoltà, riconosciuta a quest'ultimo dal codice, di scegliere tra i vari fori alternativi. In tal senso, cfr. CACCAVIELLO, *Il foro del consumatore: una questione ancora aperta*, in *Giust. Civ.*, 2005, 10, 2369.

<sup>3</sup> In *Giust. Civ.*, 2004, I, 2693, con nota di LIPARI, *Il «foro del consumatore» al vaglio delle sezioni unite. Dimensione intertemporale e portata precettiva dell'art. 1469-bis, comma 3, n. 19, c.c. Contra*, Cass., 22 novembre 2000, n. 15101, in *Contratti*, 2001, 785, con nota di FARKAS, *Profili temporali in tema di foro competente nei contratti dei consumatori*; in *Dir. e Prat. Società*, 2001, 4, 52, con nota di PATTAY, *Contratti conclusi dai consumatori: l'efficacia della clausola vessatoria*.

<sup>4</sup> Intervenuta in attuazione della Dir. 93/13/CEE, in materia di tutela del consumatore. Il comma 1 dell'articolo è stato poi novellato dalla L. 21 dicembre 1999, n. 526. Oggi tale articolo è stato interamente trasfuso nell'art. 33, comma 2, lett. u), D.Lgs. n. 205/2006, c.d. "codice del consumo".

<sup>5</sup> L'operatività di tale disposizione è delimitata dal successivo art. 1469 *ter*, commi 3 e 4, c.c., a norma dei quali, in nessun caso, possono essere considerate vessatorie le clausole che riproducono disposizioni di legge, così come è esplicitamente esclusa la vessatorietà di clausole o di elementi di esse che siano stati oggetto di trattativa individuale.

<sup>6</sup> Sul piano procedurale la questione è di non poco momento poiché ove si ritenga che si tratti semplicemente di una presunzione di vessatorietà, la sua illegittimità andrà fatta valere con un'eccezione di merito, ove invece la si qualifichi come istitutrice di un nuovo foro *ad hoc* per il consumatore, si verserà in ipotesi di eccezione di rito, con la conseguenza che l'incompetenza andrà eccepita, a pena di decadenza, nella comparsa di costituzione e risposta.

A fronte di quanti propendevano per l'istituzione di un foro speciale del consumatore<sup>7</sup>, vi era chi leggeva nella norma una mera intenzione di protezione del consumatore da uno squilibrio contrattuale attraverso l'individuazione di una clausola vessatoria, adducendo quali argomenti dirimenti la circostanza che, quando il legislatore ha voluto istituire un foro esclusivo, l'ha fatto espressamente nonché il disposto del successivo art. 1469 *ter* c.c. (in virtù del quale non possono ritenersi vessatorie le clausole riprodotte il contenuto di una disposizione di legge), che escluderebbe la vessatorietà di una clausola riprodotte l'art. 20 c.p.c.

Le Sezioni unite, con la citata ordinanza del 2003, hanno tentato di risolvere il contrasto affermando che la norma di cui all'art. 1469 *bis*, comma 3, n. 19, c.c., deve essere interpretata nel senso che il legislatore, nelle controversie tra consumatore e professionista, ha stabilito la competenza territoriale esclusiva del giudice del luogo in cui il consumatore ha la residenza o il domicilio elettivo, presumendo vessatoria la clausola che prevede una diversa località come sede del foro competente, ancorché coincidente con uno di quelli individuabili sulla base del funzionamento dei vari criteri di collegamento previsti dal codice di procedura civile per le controversie nascenti da contratto.

Chiarisce infine il supremo Collegio che il "foro del consumatore" è un foro esclusivo, ma tuttavia derogabile a seguito di specifica trattativa individuale tra consumatore e professionista e che l'art. 1469 *bis*, comma 3, n. 19, c.c. ha natura di norma processuale<sup>8</sup>.

Ciò detto, con la decisione in esame i giudici di legittimità, ribadita l'applicabilità della disciplina consumieristica anche ove uno dei contraenti, seppur professionista al pari dell'altro, agisca non rivestendo un ruolo professionale ma provvedendo ad esigenze di vita quotidiana estranee a scopi professionali<sup>9</sup>, si sofferma sugli specifici requisiti che deve presentare la trattativa tra le parti contrattuali affinché la clausola derogatrice al foro del consumatore superi la presunzione di vessatorietà sancita dall'art. 1469 *bis* c.c.

Infatti, un soggetto che agisce per scopi estranei a quelli professionali deve ritenersi per ciò solo "debole" rispetto alla controparte che invece agisce nell'esercizio della professione, con conseguente necessità di un controllo sull'equilibrio contrattuale.

La normativa a tutela del consumatore, osserva la Corte, si applica ogni volta che il contratto sia stato concluso mediante moduli o formulari o sia stato predisposto unilateralmente da una sola delle parti per la conclusione di un singolo affare.

In tali ipotesi, infatti, il predisponente si trova nella possibilità di imporre alla controparte le proprie condizioni, senza che questa abbia la possibilità di trattare le singole clausole contrattuali, con relativo rischio di abuso dell'autorità contrattuale da parte del professio-

nista e lesione della libertà del consumatore di determinare il contenuto del contratto.

In quest'ottica di *favor* voluto dal legislatore, il foro del consumatore è esclusivo e speciale rispetto alla normativa codicistica e, conseguentemente, ogni clausola che stabilisca un foro diverso è da considerarsi vessatoria.

Per escludere l'applicabilità della disciplina di protezione di cui al codice del consumo e la vessatorietà delle clausole ad essa derogatrici occorre che sia intercorsa tra le parti una specifica trattativa che presenti gli "indefettibili" caratteri della individualità, serietà ed effettività.

L'onere della prova del fatto positivo della intervenuta trattativa corredata dei prescritti requisiti grava sul professionista che pretenda di escludere l'applicabilità della disciplina in questione.

Ove il consumatore, convenuto avanti ad un foro diverso da quello suo proprio, eccepisca l'incompetenza territoriale del giudice adito, graverà su di esso l'onere di dimostrare che si versa in ipotesi di controversia concernente un contratto concluso attraverso la sottoscrizione di moduli o formulari o un contratto unilateralmente predisposto dal professionista in vista di un singolo affare.

In presenza di simile prova fornita dal consumatore, spetterà al professionista che adduca la sussistenza di una clausola di deroga al foro del consumatore provare che essa è stata oggetto di specifica e idonea trattativa, corredata dei requisiti della serietà, individualità ed effettività, per escludere l'applicabilità della disciplina a tutela del consumatore.

La presunzione di vessatorietà di cui all'art. 33, comma 2, D.Lgs. n. 206/2005, in quanto presunzione *iuris tantum*, può infatti essere vinta solo fornendo la prova contraria che la clausola di deroga al foro del consumatore non determina un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto.

In difetto della suddetta trattativa la clausola è nulla, ai sensi dell'art. 36 del codice del consumo.

#### RINUNCIA ALLA FACOLTÀ DI RECESSO

CASSAZIONE CIVILE, III SEZIONE, 17 marzo 2010, n. 6481 — PETTI *Presidente* — LANZILLO *Relatore* — CARESTIA *P.M.* (conf.) — Ferrua (avv. Marongiu) - Piras.

*Cassa con rinvio App. Cagliari, 6 aprile 2005.*

**Consumatore (contratti del) — Rinuncia alla facoltà di recesso — Vessatorietà** (C.c. artt. 1469 *bis* e segg.; D.Lgs. 6 settembre 2005, n. 206, artt. 33 e segg.).

*In tema di contratti del consumatore, il carattere abusivo delle clausole predisposte dal professionista va va-*

<sup>7</sup> *Ex multis*, Cass., 22 novembre 2000, n. 15101, in *Giust. Civ.*, 2001, I, 2466; Id., 24 luglio 2001, n. 10086 (ord.), in *Arch. loc.*, 2001, 5, 647.

<sup>8</sup> L'interpretazione sostanziale della norma, osserva la Corte, avrebbe la paradossale conseguenza di eludere il foro del consumatore tutte le volte in cui il foro convenzionale corrisponda ad uno dei fori alternativi previsti in generale dal codice di

procedura civile; tale clausola, infatti, sarebbe, a questo punto, valida ai sensi dell'art. 1469 *ter*, comma 3, c.p.c.

<sup>9</sup> Infatti, a norma dell'art. 3 del D.Lgs. n. 206/2005, si definisce "consumatore" colui che, seppur svolge un'attività imprenditoriale o professionale, conclude un contratto per soddisfare esigenze connesse alla vita quotidiana ed estranee a detta attività.

lutato sia alla luce del principio generale, secondo cui sono abusive le clausole che determinino a carico del consumatore un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto (art. 1469 bis, comma 1, c.c., nella formulazione, applicabile *ratione temporis*, ante D.Lgs. n. 206/2005), sia alla luce delle fattispecie tipizzate (di cui al comma 3 dello stesso articolo). Pertanto si presume vessatoria la clausola con la quale il consumatore rinuncia alla facoltà di recesso e si assume l'obbligo di corrispondere comunque l'intero importo pattuito, poiché riserva al professionista un trattamento differenziato e migliore rispetto a quello previsto per il consumatore (1).

 **Omissis.** — **Svolgimento:** Raffaele Piras, titolare dell'impresa omonima, dichiarandosi cessionario del credito vantato dall'Istituto di moda Burgo, di Monica Piras, nei confronti di Ester Ferrua, ha convenuto la debitrice davanti al Tribunale di Oristano, chiedendone la condanna al pagamento di L. 8.726.000, oltre interessi e rivalutazione monetaria, dovute a saldo della quota di iscrizione ad un corso di modellismo sartoriale e industriale della durata di 22 mesi, precisando che — in forza di clausola contrattuale del contratto di iscrizione — l'intero corrispettivo era dovuto anche nel caso di recesso prima del termine e di mancata frequenza dell'intero corso.

La convenuta ha resistito alla domanda, eccependo la prescrizione, quanto alle rate scadute nel 1998, e l'avvenuto pagamento di tutto quanto dovuto per il periodo successivo, nonostante la sopravvenuta impossibilità di frequentare il corso, per il fatto che la Burgo nel 1999, a corso iniziato, ha trasferito la sua sede da Oristano a Cagliari, città da lei difficilmente raggiungibile.

Ha eccepito altresì l'inefficacia ai sensi dell'art. 1469 bis cod. civ. di alcune clausole contrattuali ed ha chiesto, in via riconvenzionale, la restituzione delle somme pagate dal 1999 in avanti (L. 3.059.000), dopo il trasferimento della sede della scuola, allorché non aveva potuto frequentare il corso.

Con sentenza n. 9/2002 il Tribunale ha dichiarato nullo il procedimento, a causa della nullità della procura a margine dell'atto di citazione.

Proposto appello dal Piras, a cui ha resistito la Ferrua, con sentenza 10 marzo-6 aprile 2005 n. 116, notificata il 29.6.2005, la Corte di appello di Cagliari, in riforma della sentenza impugnata, ha condannato la Ferrua a pagare la somma di euro 3.829,53, oltre agli interessi legali a decorrere dalla domanda giudiziale ed oltre alle spese dei due gradi del giudizio.

Con atto notificato il 13 ottobre 2005 la Ferrua propone sei motivi di ricorso per Cassazione.

Piras non ha depositato difese.

**Motivi:** 1. Con il primo motivo la ricorrente lamenta violazione degli art. 99, 100, 346 e 342 cod. proc. civ., per avere la Corte di appello ritenuto ammissibile l'impugnazione, sebbene l'appellante non ne avesse specificamente indicato i motivi, quanto alle questioni di merito, ma si fosse limitato a richiamare tutte le domande proposte in primo grado.

1.1. Il motivo non è fondato.

Il giudice di primo grado non aveva esaminato nel merito le domande proposte dal Piras, avendo dichiarato nullo l'atto di citazione e l'intero procedimento.

L'appello riguardava, pertanto, solo la statuizione di rito, ed il suo accoglimento ha comportato la devoluzione al giudice dell'appello di tutte le questioni di merito dedotte nel giudizio di primo grado, unico requisito essendo che fosse inequivocabilmente manifestata la volontà di riproporne la cognizione, sì da evitare la decadenza di cui all'art. 346 cod. proc. civ. A tale scopo è sufficiente anche il mero richiamo a tutte le domande proposte nel giudizio di primo grado (Cass. Civ. Sez. Lav. 1° luglio 2004 n. 12092 in particolare nel par. 8.1. della motivazione. Cfr. anche Cass. Civ. Sez. I, 10 maggio 2000 n. 5938).

Ed invero, la specificità dei motivi di appello è richiesta dall'art. 342 cod. proc. civ. allo scopo di garantire la precisa individuazione delle questioni decise nel giudizio di primo grado che si vogliono devolvere al riesame del giudice di appello, rispetto a quelle non devolute, e di sollecitare l'appellante a chiarire le ragioni del suo dissenso dalla decisione impugnata.

Trattasi di problemi e di esigenze che non si pongono, quando la sentenza impugnata non abbia affatto pronunciato nel merito.

In questi casi l'eventuale mancanza di specificità e di chiarezza va valutata, se del caso, con riferimento alle domande proposte in primo grado e non esaminate in quella sede.

2. Con il secondo, il terzo e il quarto motivo la ricorrente lamenta la violazione degli art. 99, 112, 132 n. 4 cod. proc. civ., 1469 bis I e III comma, n. 5, 6, 7 e 11 cod. civ., nonché l'omessa, insufficiente o contraddittoria motivazione su punti decisivi della controversia, sul rilievo che la Corte di appello ha preso in esame (e respinto) l'eccezione di inefficacia delle clausole nn. 6 e 8 delle condizioni generali di contratto solo con riferimento al n. 7 dell'art. 1469 bis, 3° comma, cod. civ., laddove ne era stato denunciato il carattere abusivo anche in relazione al disposto dei nn. 5, 6 e 11 della citata norma.

Rileva poi che la motivazione è insufficiente e apodittica anche quanto alla ritenuta inapplicabilità del n. 7 dell'art. 1469 bis, non risultando in alcun modo esplicitate le ragioni su cui il giudice di appello ha fondato la sua decisione; che la clausola n. 6, in base alla quale l'Istituto poteva modificare a suo piacimento i termini e la durata del corso ed anche non iniziarlo, e la clausola n. 8, secondo cui l'allievo rinunciava alla facoltà di recesso e si impegnava a corrispondere la tassa totale di frequenza nel caso di ritiro dal corso per qualunque motivo, sono da ritenere corrispondenti a quelle dichiarate abusive dall'art. 369 bis, n. 11, 7 e 8 cod. civ.

3. I motivi, che possono essere congiuntamente esaminati perché connessi, sono fondati nei termini che seguono.

3.1. La sentenza impugnata è effettivamente incorsa in violazione di legge ed in omessa od insufficiente motivazione, nella parte relativa al carattere abusivo delle clausole n. 6 e n. 8 del contratto intercorso fra le parti.

Quanto alla clausola n. 8, si è limitata ad affermare apoditticamente che la rinuncia alla facoltà di recesso e l'assunzione da parte dell'allievo dell'impegno di corrispondere comunque all'istituto l'intera tassa di frequenza, anche nel caso di recesso anticipato "non rientra nell'ambito della previsione dell'art. 1469 bis, 3° comma n. 7 cod. civ."

Trattasi di affermazione che, nella sua assolutezza, non può essere condivisa.

Il carattere abusivo delle clausole predisposte dal professionista deve essere valutato sia alla luce del principio generale di cui al citato art. 1469 bis, per cui vanno ritenute abusive le clausole che determinino a carico del consumatore un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto; sia con riferimento alla presunzione di vessatorietà di cui alle fattispecie tipizzate nel terzo comma della citata norma, ed in particolare (per quanto concerne il caso di specie) nei nn. 5, 6 e 7 dell'art. 1469 bis, richiamati dalla ricorrente.

Si sarebbe dovuto rilevare, in particolare, che la clausola n. 8 sanziona indiscriminatamente il recesso dell'allievo, sia o non sia assistito da un giustificato motivo, venendo così implicitamente a riservare al professionista — che, in applicazione dei principi generali in materia contrattuale, risponde solo nel caso di recesso colpevole — un trattamento differenziato e migliore, in contrasto con i principi contenuti nei nn. 5 e 7 dell'art. 1469 bis; per di più senza che l'entità della somma dovuta dall'allievo nel caso di recesso — che viene sostanzialmente ad integrare una penale — trovi riscontro in analoga sanzione a carico del professionista.

3.2. La Corte di appello ha altresì ommesso di esaminare l'eccezione di vessatorietà della clausola n. 6, circa il potere dell'Istituto di modificare le modalità di svolgimento del corso, clausola che assume rilievo in relazione alle eccezioni della ricorrente di non avere potuto completare la frequenza,

a causa dello spostamento della sede del corso dal luogo convenuto, all'atto della conclusione del contratto.

La clausola appare in contrasto con il n. 11 dell'art. 1469 *bis*, 3° comma, che presume abusive le clausole che consentono al professionista di modificare unilateralmente le caratteristiche del prodotto o del servizio, senza un giustificato motivo, che deve essere indicato nel contratto.

La Corte di appello — motivando nel senso che è da presumere che il corso si dovesse svolgere a Cagliari, poiché a Cagliari era stato concluso il contratto — da un lato non ha dato conto delle ragioni per cui il corso era iniziato e si era svolto per un anno ad Oristano, come affermato dalla ricorrente, prima di essere spostato a Cagliari: circostanza che appare in contrasto con la suddetta presunzione di localizzazione.

In secondo luogo è incorsa nella violazione del n. 11 dell'art. 1469 *bis*, che dichiara abusive le clausole che dispongano modificazioni nella prestazione del servizio senza specificarne i giustificati motivi.

3. Il quinto ed il sesto motivo sono inammissibili per difetto di autosufficienza.

La ricorrente lamenta violazioni di legge ed omessa o insufficiente motivazione, nella parte in cui la Corte di appello non ha ammesso le prove testimoniali dedotte a dimostrazione del fatto che l'Istituto Burgo aveva garantito che il corso si sarebbe svolto in Oristano, senza indicare specificamente nel ricorso il tenore dei capitoli di prova non ammessi, sì da consentire a questa Corte di valutarne l'ammissibilità e la rilevanza, in relazione alle questioni controverse.

Ed invero, ove il ricorrente denunci in sede di legittimità la mancata ammissione di prove testimoniali nei gradi di merito, ha l'onere di indicare specificamente, trascrivendoli, i capitoli di prova di cui aveva chiesto l'ammissione, sì da consentire al giudice di legittimità il controllo della decisività dei fatti da provare: controllo che la Corte di Cassazione deve essere in grado di compiere sulla base delle deduzioni contenute nel ricorso, alle cui lacune non è consentito sopperire con indagini integrative (cfr., fra le tante, Cass. civ. Sez. III, 5 giugno 2007 n. 13085; Cass. civ. Sez. III, 19 marzo 2007 n. 6440).

5. In sintesi, debbono essere accolti il secondo, il terzo ed il quarto motivo, con l'annullamento dei corrispondenti capi della sentenza impugnata e con il rinvio della causa alla Corte di appello di Cagliari, in diversa composizione, la quale deciderà la controversia uniformandosi ai principi sopra indicati.

6. Il giudice di rinvio deciderà anche in ordine alle spese del presente giudizio.

P. Q. M.

La Corte di cassazione accoglie il secondo, il terzo ed il quarto motivo di ricorso e rigetta gli altri motivi.

Cassa la sentenza impugnata in relazione ai motivi accolti e rinvia la causa alla Corte di appello di Cagliari, in diversa

composizione, che deciderà anche sulle spese del giudizio di cassazione. — *Omissis*.



(1) Il diritto di recesso, che consente ad una parte di provocare unilateralmente lo scioglimento del vincolo contrattuale, può essere previsto sia dalle parti (c.d. recesso convenzionale) che dalla legge (c.d. recesso legale)<sup>1</sup>.

Con la previsione pattizia, in particolare, si stabilisce una disciplina diversa da quella legale, vuoi per riservare il diritto di recesso ad una sola delle parti, vuoi per attribuire efficacia al recesso tardivamente esercitato nei casi in cui la legge fa discendere dalla intempestiva manifestazione di esso la prosecuzione del rapporto contrattuale per un altro periodo di tempo.

La disciplina del recesso è dunque derogabile dalle parti, sia in senso ampliativo che restrittivo. L'unico limite all'autonomia contrattuale in materia è costituito dall'inderogabilità di alcune previsioni legali<sup>2</sup>.

Il recesso può essere esercitato dal contraente anche come reazione a modifiche contrattuali apportate unilateralmente dalla controparte, al fine di ristabilire un equilibrio nel rapporto<sup>3</sup>. In tale ottica, si rivela uno strumento di tutela particolarmente efficace, in quanto immediatamente azionabile dal contraente debole in via di autotutela, diversamente da quanto previsto per gli altri strumenti posti a sua disposizione (obblighi di informazione, trasparenza, controllo di vessatorietà)<sup>4</sup>.

La configurazione del diritto di recesso come un vero e proprio *ius poenitendi*, attraverso il quale il soggetto esprime una nuova e diversa valutazione dell'interesse che lo aveva spinto a stipulare il contratto e, dunque, quale strumento di tutela della volontà contrattuale<sup>5</sup>, ha registrato un notevole sviluppo negli ultimi anni<sup>6</sup> con l'introduzione di alcune ipotesi di recesso legale finalizzate a tutelare una parte contrattuale ritenuta più debole.

Ciò, in particolar modo, a seguito del recepimento da parte dello Stato italiano della Dir. 93/13/CEE, ad opera dell'art. 25 L. 6 febbraio 1996, n. 52, contenente la disciplina dei contratti per adesione, la disciplina delle clausole di esonero o di limitazione della responsabilità, la tutela del consumatore.

Detta disciplina è stata trasfusa dal Legislatore in una delle fonti più prestigiose del nostro ordinamento (dopo la Costituzione), ovvero nel codice civile, dedican-

<sup>1</sup> Cfr. artt. 24, 1569, 1596, 1616, 1725, 1750, 1771, 1833, 1845, 1855, 2285 c.c. La *ratio* di tale istituto è stata da taluni individuata nello sfavore che l'ordinamento avrebbe nei confronti dei vincoli a tempo indeterminato. Per un approfondimento in materia di recesso, v. BIANCA, *Diritto civile, Il contratto*, 2ª ed., Milano, 2000, III; CARRESI, *Il contratto*, Milano, 1987; CIMMINO, *Il recesso unilaterale dal contratto*, Padova, 2000; DE NOVA, voce "Recesso", in *Digesto Civ.*, XVI, Torino, 1997; FRANZONI, *Degli effetti del contratto*, in *Comm. C.C.* a cura di Schlesinger, Milano, 1998, I, 1; GALGANO, *Effetti del contratto*, in *Comm. C.C.* a cura di Scialoja, Branca, Bologna-Roma, 1993, I; MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, in *Commentario al codice civile*, 3ª ed., Torino, 1980, 287; MIRABELLI, *Il contratto*, Milano 2001; SACCO-DE NOVA, *Il contratto*, in *Tratt. Dir. Civ.* a cura di Sacco, Torino, 1993, II; ID., *Il contratto*, in *Tratt. Dir. Priv.* a cura di Rescigno, 2ª ed., Torino, 1995, 360; CARUSO, *Il diritto di recesso nell'ordinamento italiano e l'art. 30 TUF*, in *Giur. di Merito*, 2009, 10, 2418. In giurisprudenza cfr. Cass., 12 febbraio 1990, n. 987, in *Mass. Giur. Lav.*, 1990, 387; ID., 26 novembre 1987, n. 8776, in *Giust. Civ. Mass.*, 1987, 2425; ID., 22

ottobre 1986, n. 6186, *ivi*, 1986, 1749; ID., 22 dicembre 1983, n. 7579, *ivi*, 1983, 2586; ID., 16 ottobre 1967, n. 2485, in *Giust. Civ.*, 1968, I, 1726.

<sup>2</sup> Cfr. artt. 4 e 27 L. 27 luglio 1978, n. 392; artt. 2119 e 2437 c.c.

<sup>3</sup> In tal senso, v. Cass., 28 ottobre 1980, n. 5790, in *Foro It.*, 1981, I, 747; per la previsione statutaria ID., 23 giugno 1988, n. 4274, in *Foro It.*, 1989, I, 1566.

<sup>4</sup> Cfr. MANCALEONI, *I contratti con i consumatori tra diritto comunitario e diritto comune europeo*, Napoli, 2005, 191.

<sup>5</sup> Tale strumento si affianca ad altri strumenti normativi, parimenti preordinati alla tutela del contraente "non professionale": obblighi specifici di informazione a carico della controparte; particolari vincoli di forma; misure volte a reprimere la pubblicità ingannevole. Cfr. CHERUBINI, *Sul c.d. diritto di ripensamento*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1999, I, 697.

<sup>6</sup> Cfr. ZENO ZENCOVICH, in AA.VV., *Il diritto di «ripensamento» nella disciplina del contratto di assicurazione sulla vita: una nuova forma di tutela dell'assicurato*, in *Dir. ed Eco. Assicurazione*, 1996, 105.

dogli un apposito capo, il XIV *bis* (artt. 1469 *bis* e segg.), rubricato “Dei contratti del consumatore”, con il quale si conclude la disciplina del contratto in generale<sup>7</sup>.

Il comma 3 dell'art. 1469 *bis* c.c., in particolare, detta un elenco di clausole che, ove inserite nel contratto, si presumono vessatorie<sup>8</sup> fino a prova contraria (il cui onere è posto a carico del professionista).

Particolare attenzione destano, ai nostri fini, i nn. 7, 8, e 11 del predetto elenco (oggi, rispettivamente, lett. g), h) ed m) del comma 2 dell'art. 33 D.Lgs. n. 206/2005)<sup>9</sup> che prevedono la presunzione di vessatorietà di tutte quelle clausole che abbiano, «per oggetto o per effetto»: la riserva al solo professionista della facoltà di recesso e la possibilità per lo stesso, a seguito dell'esercizio di detta facoltà, di trattenere la somma versata dal consumatore a titolo di corrispettivo per prestazioni non ancora adempiute; la possibilità per il professionista di recedere nei contratti a tempo indeterminato senza un ragionevole preavviso, salvo giusta causa; la concessione al professionista della facoltà di modificare unilateralmente le clausole del contratto o le caratteristiche del prodotto o del servizio, in mancanza di giustificato motivo (c.d. *jus variandi*).

Ebbene, in considerazione del disposto delle predette norme, afferma la suprema Corte, la clausola di un contratto avente ad oggetto un corso professionale con la quale il consumatore rinuncia alla facoltà di recesso e si assume l'obbligo di corrispondere comunque l'intero ammontare del corrispettivo pattuito deve essere considerata abusiva in quanto, sanzionando l'esercizio del recesso indipendentemente dalla presenza di un giustificato motivo, riserva al professionista un trattamento differenziato e migliore, in chiaro contrasto con i principi contenuti ai n. 5 e 7 del comma 3 dell'art. 1469 *bis* c.c. E ciò, osserva la Corte, soprattutto ove tale obbligo previsto per il consumatore in caso di recesso non trovi riscontro in corrispondente sanzione a carico del professionista.

Analogamente, deve ritenersi vessatoria, in quanto contrastante con il n. 11 del comma 3 dell'art. 1469 *bis* c.c., la clausola con la quale il professionista si riserva di modificare a sua discrezione i termini e la durata del corso e finanche la possibilità di non tenerlo affatto.

## LESIONE DELL'ALTRUI REPUTAZIONE

### I.

CASSAZIONE CIVILE, III SEZIONE, 16 marzo 2010, n. 6325 — VARRONE *Presidente* — LANZILLO *Relatore*

<sup>7</sup> In tale scelta i più hanno riconosciuto un segnale forte del Legislatore, come per voler enfatizzare la duplice importanza in materia delle regole dell'Unione: da una parte l'introduzione di una nuova categoria, quella dei consumatori, fino ad allora sconosciuta al codice, dall'altra la qualificazione di tali regole come aventi carattere generale e destinate ad incidere sulla disciplina del contratto, sia pure riservandole ai contratti conclusi tra consumatore e professionista.

<sup>8</sup> L'art. 1469 *bis*, comma 1, c.c., oggi art. 33, comma 1, D.Lgs. n. 206/2005 (c.d. codice del consumo) definisce “clausole vessatorie” quelle che «malgrado la buona fede determinano a carico del consumatore un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto».

— FINOCCHI GHERSI *P.M.* (diff.) — G.S. (avv. Barra Caracciolo, Olivieri) - R. s.p.a. (avv. S. Previti).

*Conferma App. Napoli, 19 maggio 2004, n. 2146.*

**Responsabilità extracontrattuale — Lesione dell'onore e della reputazione — Trasmissione televisiva — Collaboratore — Responsabilità anche in assenza di un vincolo di dipendenza — Ammissibilità** (C.c. artt. 2043, 2049, 2059).

*La responsabilità per fatto illecito può fondarsi sul rapporto di preposizione che non richiede necessariamente un vincolo di dipendenza ma è configurabile anche nel caso di mera collaborazione* (1).

### II.

CASSAZIONE CIVILE, III SEZIONE, 13 luglio 2010, n. 16382 — PETTI *Presidente* — FRASCA *Relatore* — GOLIA *P.M.* (conf.) — A.D. (avv. D'Insillo, Brambilla Pisoni) - V.S. (avv. S. Previti) - R. s.p.a. (avv. C. Previti, Lepri).

*Cassa con rinvio App. Roma, 23 maggio 2005, n. 2286.*

**Diritti della personalità — Onore — Reputazione — Parlamentare — Non punibilità per le opinioni espresse — Trasmissione televisiva — Estensione dell'esimente anche in capo al direttore o editore dell'emittente televisiva — Esclusione** (Cost. art. 68; C.c. artt. 2043, 2049).

*La scriminante relativa alle opinioni espresse dai membri del Parlamento di cui all'art. 68 Cost. non incide sulla illiceità del fatto e quindi l'emittente televisiva del programma nell'ambito del quale è stato compiuto l'illecito può essere chiamata a rispondere del danno* (2).

### I.

 *Omissis.* — 11. Il motivo non è fondato.

11.1. La Corte di appello ha correttamente richiamato a fondamento della responsabilità di RTI l'art. 2049 cod. civ., di cui ricorrono tutti i presupposti, ove si consideri che la società ha, di sua iniziativa e per sua scelta, affidato la conduzione di una trasmissione di commento all'attualità politica e sociale a persona ben nota per la mancanza di remore nella manifestazione del pensiero, anche nei termini più mordaci, virulenti e distruttivi delle persone e delle opinioni altrui: qualità di cui la società imprenditrice era ben a conoscenza — come dimostra anche il titolo della trasmissione — e che ha voluto utilizzare, allo scopo di capitalizzarne l'inevitabile attrattiva in termini di *audience*.

Non si è trattato cioè, da parte di RTI, dell'esercizio del diritto di cronaca o di critica, tramite interviste, informazioni su attività di pubblico interesse, o simili; ma della

<sup>9</sup> Per un approfondimento, cfr. CARINGELLA-DELLA VALLE, in *Codice civile annotato con la giurisprudenza*, 3<sup>a</sup> ed., Milano, 2007, 4004 e segg.; BARENGHI, in AA.VV., *Codice del consumo* a cura di Cuffaro, Milano 2006, 155 e segg.; SCIANCALEPORE, in AA.VV., *Commentario al Codice del consumo. Inquadramento sistematico e prassi applicativa* a cura di Stanzone, Sciancalepore, Milano, 2006, 233 e segg.; GRAZIUSO, in AA.VV., *Codice del consumo. Commento al d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206*, Milano 2006, 358 e segg.; LUCCHESI-GORGONI-MEUCCI-PASSAGNOLI, in AA.VV., *Codice del consumo. Commentario* a cura di Vettori, Padova, 2007, 233 e segg.; NUZZO, *Commento agli artt. 33-38, in Codice del Consumo. Commentario* a cura di Alpa, Rossi Carleo, Napoli, 2005, 249 e segg.

messa in onda di una trasmissione-spettacolo, centrata sui dati caratteriali di un personaggio politico capace di “buca-re lo schermo”, pur se a rischio dell'onore e della reputazione altrui.

Ricorrono quindi tutti i presupposti della responsabilità di cui all'art. 2049 cod. civ.: il rapporto di preposizione, che non richiede necessariamente un vincolo di dipendenza, ma è configurabile anche nel caso di mera collaborazione od ausiliarità del preposto, nel quadro dell'organizzazione e delle finalità dell'impresa gestita dal preponente; l'esercizio di attività di impresa, ed il fine di lucro, su cui si fonda la conseguente responsabilità per i danni a terzi: responsabilità che prescinde dalla colpa del preponente e che è imputabile anche a titolo oggettivo, avendo come suo presupposto la consapevole accettazione dei rischi insiti in quella particolare scelta imprenditoriale.

11.2. La decisione impugnata va condivisa anche nella parte in cui ha imputato ad RTI la violazione dell'art. 30 della legge 6 agosto 1990, n. 223, il cui terzo comma dispone la punibilità del concessionario che colposamente ometta di esercitare sul contenuto delle trasmissioni televisive il controllo necessario ad impedire la commissione di reati. — *Omissis*.

## II.

*Omissis*. — *Svolgimento*: 1. Il deputato on. Antonio di Pietro, ha convenuto dinanzi al Tribunale di Roma l'onorevole Vittorio Sgarbi, chiedendone la condanna, in solido con la RTI Canale 5, al risarcimento dei danni da liquidarsi in via equitativa per la somma di 50 milioni, oltre interessi con la pubblicazione del dispositivo della sentenza sui quotidiani il Corriere della Sera e La Repubblica.

Secondo la domanda della parte offesa, nel corso della trasmissione “Sgarbi quotidiani”, andata in onda sulla emittente televisiva RTI spa, concessionaria della rete Canale 5, in sei puntate tra il luglio e il settembre 1994, il conduttore della trasmissione avrebbe ripetutamente offeso onore e reputazione dell'onorevole di Pietro. Si costituivano le controparti e contestavano il fondamento delle pretese.

2. Il Tribunale di Roma con sentenza del 22 febbraio 2001 accertava la natura diffamatoria del contenuto della trasmissione e condannava le parti convenute in solido a risarcire alla parte lesa la somma di 50 milioni di lire, oltre interessi, con la pubblicazione del dispositivo della sentenza sui due soprannominati quotidiani.

3. Contro la decisione proponevano appello principale Sgarbi ed autonomo appello incidentale la Rete televisiva RTI spa, chiedendone la riforma; resisteva Di Pietro chiedendo la conferma della decisione e in via gradata chiedeva alla Corte di sollevare il conflitto di attribuzione dinanzi alla Corte Costituzionale.

4. La Corte di appello di Roma, con sentenza del 23 maggio 2005 mai notificata, in riforma della prima decisione accoglieva l'appello dell'on. Sgarbi e l'appello incidentale della RTI, dichiarando improcedibile, ai sensi dell'art. 68 della Costituzione, rigettava le domande proposte dall'on. Di Pietro contro il deputato Sgarbi e dichiarava infondata la domanda verso la rete televisiva e compensava tra le parti le spese del doppio grado del giudizio.

5. Contro la decisione hanno proposto ricorso principale il Di Pietro, deducendo due motivi illustrati da memoria; resistono le controparti con controricorso e la RTI con ricorso incidentale condizionato. Anche le controparti hanno depositato memorie.

I ricorsi, principale e incidentale, sono stati previamente riuniti. — *Omissis*.

Nel primo motivo del ricorso, l'onorevole Di Pietro censura la motivazione della sentenza sotto due profili autonomi, quello dell'error in iudicando e quello della contraddittoria motivazione. L'error in iudicando attiene al punto in diritto secondo cui la esenzione da responsabilità del parlamentare per la insidacabilità delle opinioni espresse non tocca la oggettività del fatto, con la conseguenza che non resta precluso l'accertamento della responsabilità del terzo, nella

specie emittente televisiva, che abbia concorso nel produrre il danno ingiusto da diffamazione, aggravata dalla natura espansiva del mezzo di diffusione.

L'error in motivando attiene alla contraddittorietà della motivazione la quale, pur escludendo la estensibilità dell'effetto personale della guarentigia — come ribadito nel recente arresto di questa Corte in Cass. 2010 n. 6325 — esclude che le esternazioni televisive del deputato Sgarbi, riconducibili alla sua funzione di parlamentare in carica, non potevano essere soggette ad alcun tipo di controllo e di censura da parte della emittente, con la conseguenza che la disponibilità del video o del microfono, offerta da Canale 5, non poteva costituire in alcun modo un fatto illecito, anche solo virtuale per la RTI.

Quanto al primo profilo di censura, si osserva che la motivazione data dalla Corte di appello configura error in iudicando, proprio per le considerazioni date dal parlamentare oggetto degli attacchi televisivi particolarmente intensi ed offensivi, di guisa che se l'art. 68 della Costituzione introduce una causa soggettiva di esclusione di punibilità che costituisce una prerogativa costituzionale in ordine alla quale vale la ricordata preclusione circa il conflitto di poteri, resta evidente la sua non incidenza sulla illiceità del fatto in ordine al quale l'ente televisivo può essere chiamato a rispondere nella sede civile e penale. Error in iudicando che appare evidente anche dall'apodittico contesto motivazionale, dove si nota la contraddizione tra il ritenere irresponsabile il parlamentare autore degli Sgarbi quotidiani e insussistente la anti giuridicità del fatto lesivo per non avere lente emittente esercitato alcun controllo utile, anche successivo alla diffusione della trasmissione, avvertendo il pubblico degli utenti dei limiti intrinseci ad una polemica di ordine politico, che si traduce in attacchi alla persona ed alla dignità del parlamentare.

La valutazione della anti giuridicità del fatto non viene elisa dalla guarentigia, ma sussiste in relazione alla verifica del contenuto offensivo e denigratorio, nel rispetto delle regole proprie dello illecito civile e dei dicta delle SU civili, nel preambolo sistematico della sentenza n. 26972 del 2008, in punto di lesione dei diritti umani inviolabili, della persona.

Non appare dunque sufficiente la asserzione — a ff 7 della motivazione — che il Canale 5 e chi ne aveva la direzione e il controllo — acconsentisse ad una serie di sgarbi protrattisi per mesi nei confronti di un deputato sgradito al polemista.

La illiceità del fatto deriva dalla lesione del diritto inviolabile della dignità della persona, che trova la sua fonte etica e giuridica nell'art. 2 Cost. e nello stesso art. 3 Cost., ed ora anche nell'art. 1 della Carta di Nizza, come valore giuridico europeo, che appartiene alla tradizione costituzionale comune agli stati membri ed appare principio comune di diritto.

La verifica della lesione del diritto, o la sua esclusione, devono dunque avere un diverso accertamento ed una diversa motivazione, se si vuol porre fine ad una consuetudine amara di aggressioni e ritorsioni politiche, nel rispetto di quella tolleranza e civiltà giuridica che le nostre tradizioni comuni devono evidenziare come regole di una comunità coesa da un fascio di valori giuridici ed etici non rinunciabili. — *Omissis*.



### (1-2) Osservazioni in tema di immunità parlamentare e lesione dell'altrui reputazione attraverso una trasmissione televisiva

Le due decisioni affrontano entrambe il problema della natura dell'illecito per lesione dell'onore e della reputazione compiuto durante una trasmissione televisiva.

Un primo profilo è quello della responsabilità — civile e penale — dell'editore o direttore televisivo. A tal proposito la pronuncia si muove entro quel solco con-

solidato<sup>1</sup> che la riconosce qualora non si tratti di un singolo programma in diretta, ma di una serie di trasmissioni protratte per un determinato periodo di tempo e replicate in differenti fasce orarie. Questo perché, in tale ipotesi, il soggetto che rivesta la predetta qualifica apicale ben potrebbe astrattamente conoscere il contenuto diffamatorio<sup>2</sup> della trasmissione anteriormente alla sua messa in onda e attivarsi di conseguenza per prevenire la commissione dell'illecito; eventualmente anche attraverso un apposito avviso al pubblico degli utenti. La suprema Corte ha inoltre ravvisato in capo all'emittente le violazioni dell'art. 30, comma 3, L. 6 agosto 1990, n. 223 in tema di "Disciplina del sistema radiotelevisivo pubblico e privato" (c.d. legge Mammì). Detta disposizione a carattere residuale punisce, ove il fatto non costituisca autonomo reato e al di fuori dei casi di concorso, il concessionario di trasmissioni televisive o radiofoniche — pubbliche o private — che omette colposamente di esercitare sul contenuto delle trasmissioni il controllo necessario a prevenire la commissione di reati. Sotto il profilo della responsabilità civile, invece, la Cassazione ha fatto propria quella prospettazione che riterrebbe applicabile al direttore di rete o all'editore il disposto dell'art. 2049 c.c. — che prevede la responsabilità dei padroni e dei committenti per le conseguenze dannose del fatto illecito posto in essere dai loro subordinati — configuran-

do in capo a detti soggetti una *culpa in vigilando* nei confronti dei conduttori, dei dipendenti e collaboratori nonché degli ospiti delle trasmissioni televisive. Tale impostazione, mentre sembrerebbe condivisibile sotto il profilo dell'omessa vigilanza nei confronti dei dipendenti legati da vincolo di subordinazione, desterebbe invece qualche perplessità in riferimento all'estensione anche a un mero rapporto di preposizione, tale dunque da comprendere gli ulteriori collaboratori che esulino dal paradigma della subordinazione<sup>3</sup>. Questo perché il dato testuale dell'art. 2049 c.c. parrebbe presupporre la sussistenza di un vincolo contrattuale fra le parti caratterizzato da un rapporto di dipendenza al fine di ancorare la responsabilità in capo al soggetto apicale. Ciò in quanto una tale relazione presupporrebbe in capo alla parte in posizione verticistica più incisivi poteri di vigilanza, sanzionatori e di controllo che difetterebbero in ipotesi di maggiore autonomia del prestatore d'opera. E infatti proprio la terminologia (forse un po' arcaica rispetto alla moderna realtà lavorativa) adoperata dalla norma in esame — che si riferisce ai "padroni" e ai committenti<sup>4</sup> — sembrerebbe porre l'accento sulla misura del marcato vincolo di subordinazione che sarebbe idoneo a suffragare casualmente detta impegnativa forma di responsabilità oggettiva<sup>5</sup> nonché la contestuale compressione dell'onere della prova. La locuzione "incom-

<sup>1</sup> Cfr., *ex multis*, Cass., 30 aprile 2009, n. 23036, in *Resp. Civ. Prev.*, 2009, 12, 2585; Trib. Roma, 30 settembre 1995, in *Danno e Resp.*, 1996, 116, con nota di SALMÈ. In riferimento agli aspetti penalistici v. però Cass., 23 aprile 2008, n. 34717, in *Mass. Giur. It.*, 2008, per cui «il reato di omesso controllo previsto dall'art. 57 c.p. è dettato esclusivamente per i reati commessi con il mezzo della "stampa" periodica e non può intendersi riferito anche alle trasmissioni radiofoniche e televisive. In proposito, il legislatore, nel disciplinare, con la L. 6 agosto 1990 n. 223, le trasmissioni radiofoniche o televisive, si è posto il problema, per il reato di diffamazione con l'attribuzione di un fatto determinato, della responsabilità omissiva, fuori dei casi di concorso nel reato principale, e lo ha risolto individuando i responsabili nelle seguenti categorie di persone (art. 30, comma 1, richiamato anche dal comma 4): "il concessionario privato o la concessionaria pubblica ovvero la persona da loro delegata al controllo della trasmissione". La precisa specificazione delle persone a cui deve attribuirsi la responsabilità penale non consente, quindi, interpretazioni analogiche o estensive, conseguendone che non è configurabile il reato di omesso controllo, perché il fatto non è preveduto dalla legge come reato, a carico del direttore della trasmissione televisiva, che non rientra tra i soggetti presi in considerazione dalla norma incriminatrice».

<sup>2</sup> Sul punto v. inoltre Cass., 7 maggio 2010, n. 10495, in *Dir. Famiglia*, 2010, 1, 77, per cui «perché possa dirsi concreta la diffamazione a mezzo di un'opera teatrale, cinematografica o letteraria, non è sufficiente che si accerti la natura non veritiera di fatti e circostanze relativi alla persona menzionata, che possano potenzialmente arrecare offesa alla sua dignità, ma è necessario che si accerti, altresì, che non si tratti di un'opera artistica, in quanto tale caratterizzata dalla idealizzazione della realtà ed espressa mediante le più varie figure retoriche tendenti ad una trasfigurazione creativa; e che, pertanto, le espressioni diffamatorie siano state effettivamente percepite dal pubblico dei fruitori non solo come veritiere, ma, soprattutto, come gratuitamente offensive. Nella specie, il commentatore televisivo aveva anche asserito l'ipocrisia delle manifestazioni materne di dolore»; Id., 25 febbraio 2005, n. 12807, in *Cass. Pen.*, 2006, 12, 4068, secondo cui «non sussiste l'esimente del diritto di critica qualora, nel corso di un dibattito televisivo di natura politica, si attribuisca all'avversario un fatto oggettivamente falso, penal-

mente rilevante e, pertanto, lesivo della sua reputazione. (In applicazione di questo principio la suprema Corte ha ritenuto immune da censure l'affermazione — da parte del giudice di merito — di responsabilità nei confronti dell'imputato che aveva attribuito all'avversario politico, nel corso di una trasmissione televisiva, reati di natura corruttiva e concussoria)».

<sup>3</sup> In argomento v. DE FAZIO, *L'art. 2049 c.c. nelle ipotesi di assenza di un rapporto di lavoro subordinato*, in *Resp. Civ. e Prev.*, 2010, 6, 1279 e segg.; FAROLFI, *Nuove dimensioni della responsabilità vicaria*, *ibid.*, 5, 1081 e segg.; BARTOLINI, *I preponenti, le occasioni e necessità dell'art. 2049 c.c.*, in *Danno e Resp.*, 2008, 12, 1220 e segg.

<sup>4</sup> Sul punto SALOMONI, *Il nesso di occasionalità necessaria nella responsabilità di padroni e committenti*, in *Nuova Giur. Comm.*, 2010, 7-8, 815 e segg.; FAROLFI, *Orizzonti tradizionali e nuove prospettive nella responsabilità di padroni e committenti*, in *Resp. Civ. e Prev.*, 2006, 9, 1422 e segg.

<sup>5</sup> Cfr., *ex multis*, Cass., 27 maggio 2010, in *Mass. Giur. It.*, 2010, per cui «per i danni patiti da terzi nell'esecuzione di un contratto di appalto una corresponsabilità del committente può verificarsi solo in due casi: o quando l'opera sia stata affidata a impresa manifestamente inidonea (cosiddetta *culpa in eligendo*), ovvero quando la condotta causativa del danno sia stata imposta all'appaltatore dal committente stesso, attraverso rigide e inderogabili direttive. In particolare un dovere di controllo, di origine non contrattuale, gravante sul committente, al fine di evitare che dall'opera derivino lesioni al principio del *neminem laedere* può essere configurato solo con riferimento alla finalità di evitare specifiche violazioni di regole di cautela, e non anche al fine di realizzare una generale supervisione da parte del committente sulla conformità del comportamento dell'appaltatore al principio-base della responsabilità civile. La funzione di controllo, infatti, è assimilabile a un potere che può essere riconosciuto nei rapporti interni tra committente e appaltatore, in correlazione alla riduzione o all'eliminazione della sfera di autonomia decisionale del secondo e solo eccezionalmente può assumere rilevanza nei confronti dei terzi»; Id., 11 febbraio 2010, n. 3095, in *Giust. Civ. Mass.*, 2010, 2, 185, secondo cui «sussiste la responsabilità ex art. 2049 c.c. della società assicuratrice per l'attività illecita posta in essere dall'agente, munito del potere di rappresentanza, che sia stata agevolata o resa pos-

benze” sta poi a significare le mansioni a cui i prestatori sono soggetti nell’ambito del potere direttivo datoriale. Tuttavia, siffatta relazione di subordinazione negoziale, fra meri collaboratori e direttore di rete o editore, mancherebbe. Sicché difetterebbe quella occasionalità necessaria fra mansioni svolte e omesso controllo che costruisce presupposto logico della responsabilità *ex art.* 2049 c.c. Di conseguenza l’applicazione dell’art. 2049 c.c. in capo al direttore di rete anche in relazione al fatto illecito posto in essere dal mero collaboratore dell’emittente sembrerebbe un ampliamento ipertrofico del dato testuale ai limiti della forzatura. Peraltro la nozione di preposizione<sup>6</sup> parrebbe richiamare la disciplina della preposizione institoria (art. 2203 e segg. c.c.) caratterizzata appunto dall’amplissima autonomia gestionale<sup>7</sup>, in contrapposizione proprio alla figura del lavoratore subordinato che presta la propria opera alle dipendenze e sotto la direzione dell’imprenditore (art. 2094 c.c.). Sembrerebbe perciò francamente contraddittorio riconoscere al preposto una così significativa autonomia in relazione al momento genetico del rapporto e poi negarla sotto il profilo “patologico”, ossia quello della responsabilità. Occorre però rilevare come ad analoghe ampliative conclusioni la giurisprudenza è pervenuta con riguardo alla responsabilità del direttore di un quotidiano<sup>8</sup>, allorché questi autorizzi la pubblicazione di un articolo contenente notizie raccolte dal giornalista senza esplicitare alcun controllo sulla verità sostanziale di quanto narrato.

Nella sentenza n. 16382/2010 la Cassazione analizza inoltre i rapporti fra l’esimente prevista dall’art. 68

Cost. e la responsabilità dell’ente emittente, in ipotesi di lesione dell’onore e della reputazione perpetrata attraverso una trasmissione televisiva<sup>9</sup>. Secondo la suprema Corte la scriminante *de quo* non inciderebbe sulla illiceità del fatto per cui l’ente televisivo potrebbe essere ritenuto responsabile sia in sede civile che in quella penale. Questo perché l’antigiuridicità del fatto non verrebbe elisa dalla sopra citata garanzia ma sussisterebbe in relazione alla verifica del contenuto denigratorio, in conformità alle regole proprie dell’illecito civile. Nella fattispecie, l’illiceità del fatto deriverebbe dalla lesione del diritto inviolabile della dignità della persona, sancito dagli artt. 2 e 3 Cost. e dall’art. 1 della Carta di Nizza. Siffatta decisione offre l’occasione per alcuni spunti di riflessione, relativi — in verità — più alle premesse da cui muove che alle conclusioni cui perviene. E infatti tale pronuncia — fermo restando il riconoscimento della responsabilità in capo all’ente emittente — postulerebbe l’operatività della scriminante di cui all’art. 68 Cost. in favore del parlamentare che ponga in essere dichiarazioni diffamatorie nel corso di una trasmissione televisiva. Detto assunto sembrerebbe tuttavia meritevole di alcune precisazioni. L’art. 68 Cost. stabilisce infatti in favore dei membri del Parlamento una scriminante relativa alle opinioni espresse e ai voti dati nell’esercizio delle loro funzioni. Si badi bene, non per tutte le opinioni espresse, ma soltanto per quelle inerenti l’esercizio della propria funzione. Il punto è importante. Poiché l’esimente *de quo* è applicabile — in ossequio al dato testuale — alle opinioni espresse nell’esercizio della funzione di mem-

sibile dalle incombenze demandategli e su cui detta società aveva la possibilità di esercitare poteri di direttiva e di vigilanza. (In applicazione di tale principio, la suprema Corte ha confermato la sentenza dei giudici di merito che avevano affermato la responsabilità della società assicuratrice per i danni subiti dall’attore per il furto della sua auto in Moldavia, nonostante tale rischio fosse escluso dalla polizza, sull’assunto che l’assicurato era stato in buona fede indotto dall’agente assicurativo a credere ricompreso nella copertura assicurativa il suddetto rischio)».

<sup>6</sup> Sul punto GNANI, *Note minime sul senso e sul ruolo del rapporto di preposizione*, in *Resp. Civ. e Prev.*, 2006, 4, 651 e segg.

<sup>7</sup> In argomento CARDOSI, *Il sostituto dell’imprenditore nell’attività commerciale*, in *Disciplina comm.*, 2008, 4, 17 e segg.; ALBANESE, *Poteri dell’institor e responsabilità dell’imprenditore preponente*, in *Resp. Civ.*, 2006, 6, 542 e segg.

<sup>8</sup> Cfr. Cass., 5 marzo 2010, n. 13198, in *Mass. Giur. It.*, 2010; Id., 15 ottobre 2009, n. 48119, in *Mass. Giur. It.*, 2009, secondo cui «la responsabilità a titolo di colpa del direttore per l’omesso controllo sul contenuto del periodico in riferimento al fatto diffamatorio a mezzo stampa può dirsi esclusa ove si dimostri che il predetto, titolare di una posizione di garanzia, ha fatto quanto in suo potere per prevenire la diffusione di notizie non rispondenti al vero, prescrivendo e imponendo regole e controlli, anche mediati, di accuratezza, di assoluta fedeltà e di imparzialità rispetto alla fonte-notizia». In argomento ZENO ZENCOVICH, *La pretesa estensione alla telematica del regime della stampa*, in AA.VV., *Il diritto dell’informazione e dell’informatica*, Milano, 1998, 61 e segg.

<sup>9</sup> Sul punto, *ex multis*, cfr. Cass., 27 ottobre 2004, n. 20783, in *Danno e Resp.*, 2005, 6, 590, con nota di FOFFA, per cui «costituisce legittima espressione del diritto di cronaca, quale esimente della responsabilità civile per danni, la pubblicazione di un’interrogazione parlamentare dal contenuto oggettivamente diffamatorio, sempre che (e solo che) corrisponda al vero la riproduzione (integrale o per riassunto) del testo dell’interrogazione medesima, essendo priva di rilievo, per converso, l’eventuale falsità

del suo contenuto, che il giornalista non ha il dovere di verificare, pur avendo l’obbligo di riprodurlo in forma impersonale ed oggettiva, quale semplice testimone, senza dimostrare, cioè, con commenti o altro, di aderire comunque al suo contenuto diffamatorio ed abbandonare, così, la necessaria posizione di narratore asettico ed imparziale del fatto-interrogazione (poiché, in una tale ultima evenienza, invece, egli dovrà provare, per andare esente da responsabilità, e secondo la regola generale che presiede all’esercizio del diritto di cronaca, la verità intrinseca del fatto riferito, l’interesse pubblico alla sua conoscenza e la correttezza formale dell’esposizione)»; Id., Sez. un., 28 gennaio 2003, n. 1239, in *Arch. Civ.*, 2003, 1241; Id., 19 dicembre 2001, n. 15999, in *Mass. Giur. It.*, 2001, secondo cui «essendo innegabile la rilevanza nell’ordinamento pubblico del potere di effettuare delle interpellanze e delle interrogazioni parlamentari, impedire al giornalista la pubblicazione di un’interrogazione significherebbe imporgli il silenzio su di un fatto che, in quanto espressione di quel potere, non può non essere (ovvero è *in re ipsa*) d’interesse generale. I regolamenti parlamentari prevedono che le interrogazioni, una volta superato il vaglio di ammissibilità ad opera del Presidente della Camera o del Senato, e da esso annunciate in aula, siano pubblicate nei resoconti sommari e nei resoconti stenografici, pertanto sarebbe assolutamente paradossale che la pubblicazione di un’interrogazione perfettamente legittima se compiuta in ambito parlamentare tale più non sia al di fuori di esso, ossia in ambito giornalistico: quasi che i valori, alla cui tutela è rivolta l’interrogazione, appartengano al solo Parlamento e non a tutti e ad ognuno». In argomento GORGONI, *I limiti alla critica, alla satira e all’esercizio dell’arte*, in *Obbligazioni e contratti*, 2010, 7, 525 e segg.; MARTINELLI, *Sulla diffamazione in televisione*, in *Giur. It.*, 2008, 12, 2630 e segg.; ERBANI, *La resistibile ascesa di un impero televisivo tra satira e diffamazione*, in *Questione giustizia*, 2004, 6, 1307 e segg.; ZENO ZENCOVICH, *La libertà d’espressione: media, mercato, potere nella società dell’informazione*, Bologna, 2004; Id., *Alcune ragioni per sopprimere la libertà di stampa*, Roma-Bari, 1995.

bro del Parlamento ne consegue che il parlamentare ben potrebbe essere chiamato a rispondere — in sede civile e penale — delle dichiarazioni effettuate in altre occasioni (ad esempio interviste su quotidiani o eventi mondani), ove queste risultino diffamatorie nonché lesive dell'altrui reputazione. Occorre a tal proposito chiedersi se la partecipazione ad un programma televisivo — in qualità di ospite o di conduttore — possa costituire una forma di esercizio della funzione parlamentare. Parte della giurisprudenza<sup>10</sup> — seppur con diverse sfumature — propende per la tesi positiva, dilatando forse eccessivamente la nozione di tale funzione il cui contenuto sembrerebbe invece essere quello esplicito dall'art. 70 Cost., che attribuisce alle due Camere l'esercizio collettivo del potere legislativo. E infatti — con riguardo all'art. 68 Cost. — la *ratio* seguita dal Costituente è stata quella di garantire l'autonomia del parlamentare nei confronti di eventuali iniziative giudiziarie volte ad interferire con l'attività legislativa<sup>11</sup>; non certo di concedergli licenza d'insultare gli avversari politici nei salotti televisivi. Orbene difficilmente la partecipazione ad un programma televisivo (per quanto seguito dal pubblico!) potrebbe essere qualificata alla stregua di una funzione parlamentare, con conseguente inapplicabilità della garanzia di cui all'art. 68 Cost. Siffatta impostazione potrebbe forse costituire un fragile argine al progressivo e deprecabile processo d'imbarbarimento della qualità del dibattito — televisivo e non — così palese nell'attuale momento storico.

Occorre peraltro rilevare come il diritto all'onore e alla reputazione non sia positivamente compreso nel novero dei diritti della personalità ma la sua elaborazione costituisce il frutto della funzione nomopoietica di un'accorta giurisprudenza pretoria<sup>12</sup>. E infatti il codice vigente prevede espressamente soltanto il diritto al nome (art. 6 c.c.) e il contenuto della relativa tutela (artt. 7-8 c.c.), estensibile altresì allo pseudonimo (art.

9 c.c.); nonché la sanzione in ipotesi di abuso dell'immagine altrui (art. 10 c.c.).

GIORGIO RISPOLI

## COMUNIONE LEGALE DEI BENI

CASSAZIONE CIVILE, I SEZIONE, 26 febbraio 2010, n. 4757 — VITTORIA *Presidente* — DOGLIOTTI *Relatore* — GOLIA *P.M.* (conf.) — G.C. (avv.ti Winkler, Ghigi, Raffi) - Z.B. (avv. Vecchi).

**Famiglia (regime patrimoniale) — Comunione legale dei beni — Scioglimento — Domanda giudiziale di divisione — Proponibilità — Condizioni — Separazione personale dei coniugi — Passaggio in giudicata della relativa sentenza — Necessità — Esclusione (C.c. art. 191).**

*Il passaggio in giudicato della sentenza di separazione giudiziale o l'omologazione di quella consensuale non è condizione di procedibilità della domanda di scioglimento della comunione legale e di relativa divisione dei beni, bensì condizione dell'azione ed è perciò sufficiente che sussista al momento della pronuncia (1).*

 *Omissis.* — Venendo al ricorso proposto, si ritiene opportuno, per ragioni sistematiche, esaminare dapprima il secondo motivo del ricorso. Con esso, il G. lamenta violazione e falsa applicazione dell'art. 191 c.c., artt. 100 e 112 c.p.c., ovvero nullità della sentenza o del procedimento, là dove il Giudice a quo ha considerato improponibile la domanda di scioglimento della comunione e relativa divisione, nonostante fosse passata in giudicato la sentenza di separazione personale. La questione da esaminare è, dunque, se sia proponibile la domanda di scioglimento della comunione legale, ove, all'atto introduttivo del relativo giudizio, fosse ancora pendente la causa di separazione personale, ma

<sup>10</sup> Cfr. Cass., 23 febbraio 2005, n. 12450, in *Riv. Pen.*, 2006, 6, 744, per cui «in tema di immunità parlamentare, sussiste il nesso funzionale tra esternazioni e attività parlamentare — che giustifica la delibera di insindacabilità della Camera dei deputati e correlativamente esclude la proposizione del conflitto di attribuzione da parte del giudice di merito — qualora dette esternazioni, ancorché pronunciate nel corso di una trasmissione televisiva, si inscrivano in un contesto comprensivo di precedenti e numerosi interventi svolti dentro e fuori le aule parlamentari e siano caratterizzate, non già da una semplice comunanza con argomenti genericamente trattati in sede parlamentare e semplicemente riconducibili al medesimo contesto politico ma, al contrario, da una sostanziale corrispondenza con gli interventi espletati nell'esercizio concreto della funzione parlamentare. (In applicazione di tale principio la suprema Corte ha ritenuto immune da censure la decisione del giudice di merito, il quale aveva ritenuto l'esistenza del nesso funzionale tra fatto incriminato — consistente nell'aver descritto la parte offesa, nella specie un avvocato, come un faccendiere in grado di ottenere dalle autorità inquirenti di una data città favori per i propri assistiti — e la funzione parlamentare, in ragione di una serie di interventi precedenti con i quali il detto parlamentare aveva denunciato, con riferimento alla stessa città, l'esistenza di una situazione atipica caratterizzata da disparità di trattamento e da un uso politico della giustizia)»; Id., 19 luglio 2004, n. 13346, in *Mass. Giur. It.*, 2004, secondo cui «le funzioni di membro del Parlamento, nel cui ambito esclusivo è operante la prerogativa dell'insindacabilità sancita dall'art. 68, Cost., non si esauriscono

nel compimento degli atti tipici del mandato parlamentare, ma ricomprendono anche l'attività extraparlamentare, purché tale ultima attività si configuri come strettamente connessa all'espletamento delle funzioni tipiche e delle finalità proprie del mandato parlamentare. Pertanto, non può ritenersi estranea alle funzioni del parlamentare la manifestazione delle proprie opinioni, resa in un'intervista, su di un tema di rilevanza politica, posto dalla stampa all'attenzione dell'opinione pubblica, qual è l'inquinamento del voto in occasione delle elezioni per il Parlamento, determinata dai rapporti tra esponenti politici e mafia (Fattispecie anteriore alla legge n. 140 del 2003)».

<sup>11</sup> In argomento PERON, *Sulla sindacabilità delle opinioni espresse da un parlamentare durante una trasmissione televisiva*, in *Resp. Civ. e Prev.*, 2009, 7-8, 1570 e segg.; PESOLE, *Verso la scomparsa dei conflitti sull'insindacabilità parlamentare*, in *Giur. Cost.*, 2009, 3, 2153 e segg.; TALLINI, *Deliberazione d'insindacabilità delle dichiarazioni di un parlamentare e revisione della condanna per diffamazione del giornalista*, in *Cass. Pen.*, 2006, 4, 1393 e segg.

<sup>12</sup> Cfr. FITTIPALDI, *Monologhi televisivi e violazione della reputazione altrui: l'arte ha diritto ad aree franche?*, in *Corriere Giur.*, 2010, 1, 85 e segg.; PAPAGNI, *La risarcibilità in re ipsa del danno non patrimoniale derivante dalla lesione della reputazione*, in *Giur. di Merito*, 2009, 9, 2137 e segg.; CHIONDEMI, *Diffamazione a mezzo stampa (radio, televisione, internet)*, Milano, 2006, 213; COLLICA-GULLO-VITARELLI, *I delitti contro l'onore. Casi e materiali* a cura di Siracusano, Torino, 2001, 92 e segg.; ZACCARIA, *Diritto dell'informazione e della comunicazione*, Padova, 1995.

il passaggio in giudicato della relativa sentenza sia intervenuto anteriormente alla decisione in primo grado sulla domanda stessa.

È ben consapevole il Collegio che questa Corte si è pronunciata al riguardo, seppur non molto frequentemente (e spesso ha esaminato una differente fattispecie: l'introduzione del giudizio di scioglimento della comunione e la relativa pronuncia di primo grado, prima del passaggio in giudicato della sentenza di separazione giudiziale — o dell'omologa di quella consensuale), nel senso comunque dell'improponibilità della domanda (tra le altre, Cass. n. 4351 del 2003; n. 9325 del 1998; n. 8707 e 11931 del 1997), ma ritiene di riesaminare la questione.

Ritenere che il passaggio in giudicato della sentenza di separazione, sicuro presupposto dello scioglimento della comunione, debba precedere la domanda di divisione dei relativi beni, significa evidentemente qualificare tale giudicato come presupposto processuale (o, se si vuole, condizione di procedibilità dell'azione) piuttosto che come condizione dell'azione, accogliendosi questa distinzione, che non trova preciso, esplicito riscontro nel codice di rito, ma viene comunemente seguita da giurisprudenza e dottrina, pressoché unanimi.

Come è noto, i presupposti del processo attengono all'esistenza stessa del processo, nonché alla sua validità e procedibilità, e devono sussistere prima della proposizione della domanda. Se l'esistenza del processo richiede che la domanda sia rivolta ad un Giudice, e debba evidentemente consistere in una richiesta di tutela giurisdizionale, i profili di validità del processo e di proponibilità della domanda attengono al potere-dovere del Giudice adito di pervenire ad una pronuncia di merito. Presupposti processuali sono dunque la giurisdizione, la competenza e la legittimazione processuale, il potere del soggetto che propone la domanda nonché del soggetto nei cui confronti la domanda è proposta, di compiere gli atti processuali.

Le condizioni dell'azione sono i requisiti di fondatezza della domanda, necessari affinché l'azione possa raggiungere la finalità concreta cui essa è diretta (e cioè il Giudice possa eventualmente pronunciare nel senso favorevole all'attore, la mancanza delle condizioni dell'azione non esclude ab origine l'esistenza del processo, ma impedisce che questo si concluda con una pronuncia favorevole all'attore stesso). È sufficiente che tali condizioni esistano al momento della pronuncia, e non necessariamente a quello della domanda (per tutte, Cass. n. 21100 del 2004). Tra le condizioni dell'azione, trovano sicuro riscontro normativo l'interesse ad agire (art. 100 c.p.c.), volto al perseguimento della tutela giurisdizionale, a garanzia dell'interesse sostanziale per cui si propone la domanda: una situazione giuridica soggettiva di vantaggio, il cui riconoscimento viene posto ad oggetto della pretesa fatta valere in giudizio (al riguardo, Cass. n. 9172 del 2003). L'interesse deve essere concreto (collegato all'esistenza di un pregiudizio reale, e non meramente potenziale, per il diritto azionato), ed attuale, nel senso che dovrà esistere al momento della pronuncia del Giudice. Parimenti va considerata la legittimazione ad agire e a contraddire (art. 81 c.p.c.), che consiste nella identità tra la persona dell'attore e quella cui la legge conferisce nel caso concreto il potere di agire per quel determinato fine cui tende la domanda proposta, nonché l'identità della persona del convenuto con quella nei cui confronti tale potere di agire è attribuito. E, ancora, l'esistenza del diritto, la necessità che la fattispecie dedotta in giudizio si trovi oggettivamente a coincidere con una fattispecie prevista e tutelata da una disposizione normativa. L'art. 191 c.c. prevede le cause di scioglimento della comunione e, tra esse, la separazione personale (giudiziale o consensuale).

Giurisprudenza costante di questa Corte afferma che lo

scioglimento si perfeziona con il passaggio in giudicato della sentenza di separazione giudiziale (o l'omologa di quella consensuale) (per tutte, Cass. n. 8643 del 1992; n. 2944 del 2001). Nel passaggio in giudicato (o nell'omologa) si individua dunque il momento in cui sorge l'interesse ad agire, concreto ed attuale, volto allo scioglimento della comunione e alla divisione, ma esso può anche riguardarsi come il fatto costitutivo del diritto ad ottenere tale scioglimento e la conseguente divisione.

Per quanto si è osservato, tali elementi non possono che qualificarsi come condizioni dell'azione, e non già come presupposti processuali. In particolare il passaggio in giudicato (o l'omologa), come elemento decisivo della vicenda costitutiva del diritto allo scioglimento della comunione legale, comporta che tale vicenda debba ritenersi compiutamente realizzata, con la conseguenza che l'eventuale carenza o incompletezza originaria diviene irrilevante, perché sostituita dalla realizzazione compiuta del fatto costitutivo del diritto azionato, e non può precludere la pronuncia di merito: ciò che sempre accade ove, nelle more del giudizio, si realizzi uno dei requisiti, prima carente o inesistente, previsto dalla legge per l'accoglimento di una domanda giudiziale. Del resto la regola per cui la sopravvenienza in corso di causa di un fatto costitutivo del diritto rimuove ogni ostacolo alla decisione del merito della domanda, e il più generale principio circa la necessità di esistenza delle condizioni di accoglimento della domanda al momento della decisione, appaiono espressione dell'ancor più generale principio di economia processuale. — *Omissis*.

 (1) La sentenza esamina i rapporti, a lungo controversi, tra la domanda di scioglimento della comunione legale e quella di separazione personale dei coniugi, in particolare sul versante processuale.

La questione qui affrontata, per vero, si inserisce in un dibattito giurisprudenziale e dottrinario di più ampio respiro, attinente alla decorrenza degli effetti dello scioglimento della comunione legale dei beni per ciascuna delle cause di scioglimento tassativamente elencate all'art. 191 c.c.<sup>1</sup>

La norma, infatti, nel prevedere in particolare la separazione personale dei coniugi quale causa dello scioglimento della comunione legale, omette di precisare da quale momento la separazione possa produrre tali effetti.

Sul punto si sono succeduti negli anni tre diversi orientamenti, nel tentativo di contemperare il dato letterale della norma con la necessità di liberare quanto prima i coniugi da un vincolo patrimoniale divenuto ormai diacronico rispetto ai rapporti personali intercorrenti tra gli stessi.

Secondo un primo orientamento, avallato dalla dottrina maggioritaria, gli effetti della pronuncia di separazione personale, in applicazione analogica della norma di cui all'art. 193 c.c. in tema di separazione giudiziale dei beni, dovrebbero retroagire sino al momento della proposizione della domanda e, dunque, al momento della notifica del ricorso introduttivo per la separazione giudiziale e al momento del deposito in cancelleria della separazione c.d. consensuale<sup>2</sup>.

Sempre nell'ottica di una quanto più possibile anticipazione degli effetti della separazione, si pone poi un ulteriore indirizzo, per vero minoritario, che ritiene di

<sup>1</sup> Sulla tassatività delle ipotesi di scioglimento della comunione legale: DE PAOLA, *Il diritto patrimoniale della famiglia*, Milano, 1995, 639.

<sup>2</sup> SCATTARELLA, *Il momento di scioglimento della comunione*

legale a seguito di separazione personale, in *Dir. Famiglia*, 2006, 325; CECHELLA, *Aspetti processuali della divisione nella comunione tra coniugi*, in *Avvocati di famiglia*, 2008, n. 5, 30.

ricostituire tali effetti al provvedimento presidenziale che ex art. 708 c.p.c. autorizzi i coniugi a vivere separatamente, sul presupposto che ciò basti a interrompere quell'obbligo di solidarietà su cui si fonderebbe il regime di comunione legale dei beni<sup>3</sup>.

Ciò detto tuttavia l'orientamento attualmente prevalente tanto in dottrina quanto in giurisprudenza e al quale si conforma la sentenza in commento ponendolo alla base della propria pronuncia, colloca fermamente gli effetti della separazione personale *ex nunc* al momento del passaggio in giudicato della stessa e, dunque, con maggior precisione, dal passaggio in giudicato della sentenza di separazione contenziosa o della omologa di quella eventualmente consensuale<sup>4</sup>.

E invero non sembra dubitabile che la sentenza di separazione personale, avendo natura costitutiva, non possa che produrre effetti *ex nunc*, non essendo ad essa applicabile l'art. 282 c.p.c.; né un principio contrario sarebbe ricavabile dall'art. 193 c.c., che avendo natura eccezionale non può essere arbitrariamente esteso a fattispecie diverse.

A ciò si aggiunga che il principio di decorrenza degli effetti *ex nunc* dal momento del giudicato, così compattamente affermato, ha superato altresì il duplice vaglio di conformità alla Carta costituzionale<sup>5</sup> e di compatibilità con il principio di libera circolazione dei capitali di matrice europea<sup>6</sup>.

Ciò detto tuttavia è evidente come questa ricostruzione giurisprudenziale, pur corretta sul piano giuridico, comporti conseguenze assai meno ragionevoli sul piano pratico, ove coniugi in aperto contrasto sul piano personale si trovino costretti a mantenere un regime patrimoniale che da un lato incrementa la comunione ad ogni acquisto, dall'altro richiede per gli acquisti personali una pregnante partecipazione del coniuge rimasto estraneo.

Presumibilmente proprio nell'ottica di attutire quanto più possibile le conseguenze descritte derivanti dall'assunto della decorrenza *ex nunc* degli effetti della separazione, la sentenza in commento incide sul naturale corollario della teoria menzionata: quello attinente alla impossibilità di proporre una domanda di divisio-

ne della comunione prima che la sentenza sia passata in giudicato. Per vero la questione deve essere affrontata da un duplice punto di vista: la proponibilità di una domanda di divisione contestualmente a quella di separazione personale dei coniugi e, per altro verso, la proponibilità in via autonoma della menzionata domanda di divisione nelle more del giudizio di separazione.

Sotto il primo versante, infatti, la proposizione contestuale della domanda di divisione è stata tradizionalmente negata in virtù di ragioni prettamente procedurali atteso che l'art. 40 c.p.c. consente la trattazione congiunta di cause disciplinate da riti diversi unicamente in caso di controversie accessorie (art. 31 c.p.c.), di garanzia (art. 32 c.p.c.) o nell'eventualità di accertamenti incidentali da decidere con efficacia di giudicato (art. 35 c.p.c.) e non anche, dunque, in presenza di domande concettualmente autonome con differenti *causae petendi*.

Un diverso percorso ha, invece, portato alla tradizionale esclusione della proponibilità in via autonoma dell'azione di divisione in pendenza del giudizio di separazione laddove la giurisprudenza tradizionale riteneva in tal caso mancante il presupposto stesso del processo con conseguente dichiarazione di improponibilità della domanda<sup>7</sup>.

Si tratta, evidentemente, anche alla luce delle menzionate conseguenze pratiche della permanenza del regime di comunione oltre la concreta interruzione dei rapporti personali tra i coniugi, di una interpretazione estremamente rigorosa.

Non solo, infatti, la dichiarazione di improponibilità impedisce l'accesso anche ad una eventuale tutela cautelare, in quanto connessa ad una domanda di merito non proponibile<sup>8</sup>, ma lo stesso indirizzo giurisprudenziale finisce altresì per escludere la possibilità di una sospensione, ex art. 295 c.p.c., del procedimento di divisione in attesa del giudizio di separazione in ragione della insussistenza di quel rapporto sincronico tra i giudizi che ne è il presupposto, atteso che il giudizio di divisione si presenta come subordinato rispetto a quello di separazione<sup>9</sup>.

<sup>3</sup> Trib. Milano, 20 luglio 1989, in *Dir. Famiglia*, 1990, 161, con nota di NAPPI, *Sullo scioglimento del regime di comunione legale tra i coniugi*; Trib. Ravenna, 17 maggio 1990, in *Giust. Civ.*, 1991, 209. Per la dottrina v. DOGLIOTTI, *Separazione e divorzio*, Torino, 1995, 104; CIPRIANI, *Sullo scioglimento della comunione per separazione "optimo iure" ex art. 708 c.p.c.*, in *Rass. dir. civ.*, 1991, 953.

<sup>4</sup> Cass., 27 febbraio 2001 n. 2844, in *Fam. e Dir.*, 2001, 441; Id., 5 ottobre 1999 n. 11036, in *Notariato*, 2000, 13 con nota di BARTOLUCCI, *Separazione personale dei coniugi e determinazione dello scioglimento della comunione legale*; Id., 18 settembre 1998 n. 9325, in *Fam. e Dir.*, 1999, 182; Id., 23 giugno 1998, n. 6234, in *Foro It.*, 1999, 655 e in *Corriere Giur.*, 1999, n. 63, con nota di MONTANARI, *Dipendenza di cause per successione cronologica e sospensione del procedimento ex art. 295 c.p.c.*; Id., 7 marzo 1995, n. 2652, in *Mass. Giur. It.*; Id., 17 dicembre 1993 n. 12523, in *Fam. e Dir.*, 1994, 424; Id., 11 luglio 1992, n. 8469, in *Giur. It.*, 1994, 1414; Id., 29 gennaio 1990 n. 560, in *Foro It.*, 1990, 2238. Per la dottrina v. BALESTRA, *La delicata questione dello scioglimento della comunione legale fra i coniugi a seguito della pronuncia della separazione personale*, nota a Trib. Bari, 20 novembre 2008, in *Fam. e Dir.*, 2009, 511; CIVININI, *Sulla cumulabilità della domanda di separazione personale e di sciogli-*

*mento della comunione legale*, in *Foro It.*, 1997, 1597; FINOCCHIARO, *Autorizzazione a vivere separati e preteso scioglimento del regime di comunione dei beni dei coniugi*, in *Giust. Civ.*, 1991, 210; Id., *Con il provvedimento di omologazione del tribunale scioglimento automatico della comunione legale*, in *Guida Dir.*, 1995, dossier n. 11, 53.

<sup>5</sup> Corte cost., 7 luglio 1988, n. 795, in *Giur. Cost.*, 1988, 3787.

<sup>6</sup> Trib. Roma, 4 luglio 2000, in *Giust. Civ.* 2001, 819.

<sup>7</sup> In tal senso v. Cass., 25 marzo 2003 n. 4351, in *Gius.*, 2003, 1589; Id., 2 settembre 1998, n. 8707, in *Vita Notar.*, 1998, 1605; Id., 18 settembre 1998 n. 9325, in *Fam. e Dir.*, 1999, 182; Id., 8 novembre 1997 n. 11031, in *Fam. e Dir.*, 1998, 347 con commento di GIULIANO; Id., 7 marzo 1995 n. 2652, in *Foro It.*, 1995, voce "Famiglia (regime patrimoniale)", n. 88; Id., 11 luglio 1992, n. 8463, *ivi*, 1992, voce cit., n. 56. *Contra*, Trib. Taranto, 4 aprile 1998, *ivi*, 1999, 656, che ritiene il passaggio in giudicato della sentenza di separazione quale fatto costitutivo del diritto alla divisione dei beni e non anche condizione di proponibilità della domanda.

<sup>8</sup> SERVETTI, *Lo scioglimento della comunione*, in *Il nuovo diritto di famiglia* trattato a cura di Fernando, II, *Rapporti personali e patrimoniali*, Bologna, 2008, 606.

<sup>9</sup> Cass., 23 giugno 1998 n. 6234, in *Corriere Giur.*, 1999, 63; con nota di MONTANARI, *Dipendenza di cause per successione*

La pronuncia in commento, pur mantenendo le stesse premesse sopra descritte, rivisita completamente l'orientamento originario affermando la possibilità di proporre una domanda di scioglimento della comunione in pendenza del giudizio di separazione personale, salvo condizionare l'efficacia della relativa pronuncia di merito all'intervenuto giudicato.

La suprema Corte, infatti, riqualifica la categoria giuridica entro cui ricondurre il passaggio in giudicato della sentenza di separazione personale: non più presupposto processuale, bensì condizione dell'azione, come tale necessario, ai fini di una pronuncia nel merito, solo al momento della decisione<sup>10</sup>.

Si segnala sin d'ora, peraltro, che la recente pronuncia non è andata esente da critiche da parte di quanti ritengono che, se si consentisse l'avvio di un procedimento di divisione della comunione prima dell'intervenuto scioglimento della stessa, non sarebbe neppure individuabile con certezza l'attivo o il passivo della massa da dividere, atteso che fino al momento dell'effettivo scioglimento della comunione continuerebbe ad operare il relativo regime con conseguente progressivo aumento del patrimonio comune<sup>11</sup>.

## RESPONSABILITÀ MEDICA

CASSAZIONE CIVILE, III SEZIONE, 9 febbraio 2010, n. 2847 — MORELLI *Presidente* — PETTI *Relatore* — AMATUCCI *Estensores* — ABBRITTI P.M. (diff.) — S.L. (avv. Saltamacchia) - S.G. (avv. Sgobbo).

**Obbligazioni e contratti — Rapporto tra medico e paziente — Intervento terapeutico — “Consenso informato” — Consenso consapevolmente prestato — Mancata acquisizione — Salute — Lesione — Risarcimento del danno — Nesso di causalità — Onere della prova** (Cost. artt. 2, 13, 32; C.c. artt. 1218, 1223, 2697).

**Obbligazioni e contratti — Rapporto tra medico e paziente — Intervento terapeutico — “Consenso informato” — Consenso consapevolmente prestato — Mancata acquisizione — Diritto all'autodeterminazione — Lesione — Risarcimento — Danno non patrimoniale — Turbamento — Sofferenza** (Cost. artt. 2, 13, 32; C.c. artt. 1218, 2059).

*La risarcibilità del danno da lesione della salute che si verifici per le non imprevedibili conseguenze dell'atto terapeutico necessario e correttamente eseguito secundum legem artis, ma tuttavia effettuato senza la preventiva informazione del paziente circa i suoi possibili effetti pregiudizievoli e dunque senza un consenso consapevolmente prestato, necessariamente presuppone l'accertamento che il paziente quel determinato intervento avrebbe*

*refutato se fosse stato adeguatamente informato. Il relativo onere probatorio, suscettibile di essere soddisfatto anche mediante presunzioni, grava sul paziente* (1).

*Laddove manchi l'accertamento che il paziente avrebbe rifiutato l'intervento se fosse stato adeguatamente informato, la mancanza di consenso può assumere rilievo a fini risarcitori soltanto qualora siano configurabili conseguenze dannose (di apprezzabile gravità, se integranti un danno non patrimoniale) determinate dalla violazione del diritto fondamentale all'autodeterminazione in sé stesso considerato, quali i pregiudizi che il paziente avrebbe alternativamente preferito sopportare nell'ambito di scelte che solo a lui è dato di compiere, nonché il turbamento e la sofferenza che derivano al paziente dal verificarsi di conseguenze del tutto inaspettate perché non prospettate e, anche per questo, più difficilmente accettate* (2).



**Omissis.** — 3. Col terzo motivo la sentenza è censurata per violazione e falsa applicazione dell'art. 1223 c.c., e segg., concernenti i criteri di determinazione dei danni risarcibili, e per vizio di motivazione su punti decisivi.

Sulla premessa che era stata acclarata l'assenza di qualsiasi profilo di colpa professionale nell'esecuzione dell'intervento chirurgico di asportazione della cataratta, il ricorrente rileva che l'aver la corte d'appello riconosciuto il risarcimento per le “lunghe sofferenze e le enormi spese” derivate alla paziente dalla cheratite bollosa conseguita all'intervento postula che l'evento di danno ascritto all'azione dell'oculista sia appunto la cheratite bollosa; mentre, essendo stata al medico ascritta esclusivamente la violazione del suo obbligo d'informazione, non le conseguenze della lesione del diritto alla salute potevano venire in considerazione ai fini risarcitori, ma solo quelle connesse alla lesione del diverso ed autonomo diritto alla libera e consapevole autodeterminazione del paziente “sul se sottoporsi o meno all'intervento (artt. 2 e 13 Cost., art. 32 Cost., comma 2)”, peraltro ritenuto necessario in relazione alle condizioni della paziente.

Per addossare al medico le conseguenze negative dell'intervento, necessario e correttamente eseguito, sarebbe occorso addivenire alla conclusione che la paziente non vi si sarebbe sottoposta se fosse stata adeguatamente informata, non potendosi altrimenti affermare la sussistenza di nesso di causalità tra la violazione (omessa informazione) e il bene giuridico che si assume leso (la salute). Ma tale indagine non era stata compiuta; se lo fosse stata — conclude il ricorrente — la indiscutibile necessità dell'intervento avrebbe univocamente indotto la corte d'appello alla conclusione che ad esso la paziente si sarebbe sottoposta quand'anche fosse stata adeguatamente informata.

3.1. Il problema che si pone è il seguente:

a) se delle conseguenze pregiudizievoli per la salute di un intervento chirurgico necessario e correttamente eseguito il medico debba rispondere per il solo fatto di non aver informato il paziente della possibilità che quelle conseguenze si verificassero;

b) o se, per dirle risarcibili, deve potersi affermare che il paziente all'intervento non si sarebbe sottoposto se fosse stato informato.

Effettivamente questa corte, con la sentenza citata nella sentenza impugnata e con numerose altre decisioni (cfr., ex

*cronologica e sospensione del procedimento ex art. 295 c.p.c.; Trib. Reggio Emilia, 20 novembre 1998, in Giur. di Merito, 1999, 473, con commento di PAGLIANI.*

<sup>10</sup> In questo senso già Trib. Roma, 29 maggio 2000, in *Giust. Civ.*, 2001, 825, con nota di NERI, *Del rapporto tra il giudizio di divisione dei beni in comunione legale tra i coniugi, lo scioglimento della comunione stessa ed il provvedimento giudiziale di assegnazione della casa familiare.*

<sup>11</sup> FINOCCHIARO, *Qualche considerazione sulla domanda di scioglimento della comunione*, nota a questa stessa sentenza in *Giust. Civ.*, 2010, 1081. L'autore sottolinea peraltro come la domanda posta dall'attore nel caso di specie fosse in primo luogo di «dichiarazione dello scioglimento della comunione» e non di semplice divisione; domanda da ritenersi improponibile essendo lo scioglimento della comunione l'effetto legale di una delle pronunce di cui all'art. 191 c.c.

*plurimis*, Cass., nn. 1950/1967, 1773/1981, 9705/1997 in tema di chirurgia estetica, 5444/2006), ha affermato che “la mancata richiesta del consenso costituisce autonoma fonte di responsabilità qualora dall’intervento scaturiscano effetti lesivi, o addirittura mortali, per il paziente, per cui nessun rilievo può avere il fatto che l’intervento medesimo sia stato eseguito in modo corretto” (così Cass., n. 9374/1997).

Ciò sull’implicito rilievo che, in difetto di “consenso informato” da parte del paziente, l’intervento terapeutico costituisce un illecito, sicché il medico risponde delle conseguenze negative che ne siano derivate quand’anche abbia correttamente eseguito quella prestazione.

Non risulta però scrutinato *ex professo* il problema specifico che ora si pone: se cioè, perché il medico risponda del danno alla salute, occorre che sussista nesso causale tra mancata acquisizione di consenso consapevole e quel tipo di pregiudizio. Né tanto meno, ovviamente, è stato mai affermato che dal nesso causale possa prescindere (anzi, vi è stato fatto esplicito riferimento da numerose altre decisioni, fra le quali Cass., n. 14638/2004 e, da ultimo, Cass., n. 10741/2009).

Ora, la sussistenza di nesso eziologico non va indagata solo in relazione al rapporto di consequenzialità tra intervento terapeutico (necessario e correttamente eseguito) e pregiudizio della salute, che è addirittura scontato e che costituisce il presupposto stesso del problema che s’è sopra sintetizzato, il quale neppure sorgerebbe se il pregiudizio della salute non fosse conseguenza dell’intervento. La sussistenza di quel nesso va verificata in relazione al rapporto tra attività omissiva del medico per non aver informato il paziente ed esecuzione dell’intervento.

La riduzione del problema al rilievo che, essendo illecita l’attività medica espletata senza consenso, per ciò stesso il medico debba rispondere delle conseguenze negative subite dal paziente che il consenso informato non abbia prestato, costituirebbe una semplificazione priva del necessario riguardo all’unitarietà del rapporto ed al reale atteggiarsi della questione, la quale non attiene tanto alla liceità dell’intervento del medico (che è solo una qualificazione successiva), ma che nasce dalla violazione del diritto all’autodeterminazione del paziente, essendo al medico anzitutto imputabile di non averlo adeguatamente informato per acquisirne il preventivo, consapevole consenso. Ché, se lo avesse fatto ed all’esecuzione dell’intervento (con le modalità rappresentategli) il paziente avesse in ipotesi acconsentito, sarebbe palese l’insussistenza di nesso di causalità materiale tra il comportamento omissivo del medico e la lesione della salute del paziente, perché quella lesione egli avrebbe in ogni caso subito.

Rispetto alle conseguenze su tale piano pregiudizievoli occorre allora domandarsi, come in ogni valutazione controfattuale ipotetica, se la condotta omessa avrebbe evitato l’evento ove fosse stata tenuta: se, cioè, l’adempimento da parte del medico dei suoi doveri informativi avrebbe prodotto l’effetto della non esecuzione dell’intervento chirurgico dal quale, senza colpa di alcuno, lo stato patologico è poi derivato. E poiché l’intervento chirurgico non sarebbe stato eseguito solo se il paziente lo avesse rifiutato, per ravvisare la sussistenza di nesso causale tra lesione del diritto all’autodeterminazione del paziente (realizzatosi mediante l’omessa informazione da parte del medico) e lesione della salute per le, pure incolpevoli, conseguenze negative dell’intervento (tuttavia non anomale in relazione allo sviluppo del processo causale: Cass., n. 14638/2004), deve potersi affermare che il paziente avrebbe rifiutato l’intervento ove fosse stato compiutamente informato, giacché altrimenti la condotta positiva omessa dal medico (informazione, ai fini dell’acquisizione di un consapevole consenso) non avrebbe comunque evitato l’evento (lesione della salute).

Tra le due sopra prospettate, la soluzione corretta in diritto è dunque la seconda.

3.2. Il diritto all’autodeterminazione è, del resto, diverso dal diritto alla salute (Cass., n. 10741/2009 e Cass., n. 18513/2007, che ha qualificato come mutamento della causa petendi il porre a fondamento dell’azione di risarcimento danni conseguenti ad intervento chirurgico il difetto di con-

senso informato, dopo aver fondato tale azione sulla colpa professionale).

Esso rappresenta, ad un tempo, una forma di rispetto per la libertà dell’individuo e un mezzo per il perseguimento dei suoi migliori interessi, che si sostanzia non solo nella facoltà di scegliere tra le diverse possibilità di trattamento medico, ma altresì di eventualmente rifiutare la terapia e di decidere consapevolmente di interromperla, atteso il principio personalistico che anima la nostra Costituzione, la quale vede nella persona umana un valore etico in sé e ne sancisce il rispetto in qualsiasi momento della sua vita e nell’integralità della sua persona, in considerazione del fascio di convinzioni etiche, religiose, culturali e filosofiche che orientano le sue determinazioni volitive (Cass., n. 21748/2007). Secondo la definizione della Corte costituzionale (sentenza n. 438 del 2008, *sub* n. 4 del “Considerato in diritto”) il consenso informato, inteso quale espressione della consapevole adesione al trattamento sanitario proposto dal medico, si configura quale vero e proprio diritto della persona e trova fondamento nei principi espressi nell’art. 2 Cost., che ne tutela e promuove i diritti fondamentali, e negli artt. 13 e 32 Cost., i quali stabiliscono rispettivamente che “la libertà personale è inviolabile” e che “nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge”.

Afferma ancora la Consulta che numerose norme internazionali (che è qui superfluo richiamare ancora una volta) prevedono esplicitamente la necessità del consenso informato del paziente nell’ambito dei trattamenti medici. La diversità tra i due diritti è resa assolutamente palese dalle elementari considerazioni che, pur sussistendo il consenso consapevole, ben può configurarsi responsabilità da lesione della salute se la prestazione terapeutica sia tuttavia inadeguatamente eseguita; e che la lesione del diritto all’autodeterminazione non necessariamente comporta la lesione della salute, come accade quando manchi il consenso ma l’intervento terapeutico sortisca un esito assolutamente positivo (è la fattispecie cui ha avuto riguardo Cass. pen., sez. un., n. 2437 del 2008, concludendo per l’inconfigurabilità del delitto di violenza privata).

Nel primo caso il consenso prestato dal paziente è irrilevante, poiché la lesione della salute si ricollega causalmente alla colposa condotta del medico nell’esecuzione della prestazione terapeutica, inesattamente adempiuta dopo la diagnosi.

Nel secondo, la mancanza di consenso può assumere rilievo a fini risarcitori, benché non sussista lesione della salute (cfr. Cass., nn. 2468/2009) o se la lesione della salute non sia causalmente collegabile alla lesione di quel diritto, quante volte siano configurabili conseguenze pregiudizievoli (di apprezzabile gravità, se integranti un danno non patrimoniale) che siano derivate dalla violazione del diritto fondamentale all’autodeterminazione in sé stesso considerato (cfr., con riguardo al caso di danno patrimoniale e non patrimoniale da omessa diagnosi di feto malformato e di conseguente pregiudizio della possibilità per la madre di determinarsi a ricorrere all’interruzione volontaria della gravidanza, la recentissima Cass., n. 13 del 2010 e le ulteriori sentenze ivi richiamate).

Viene anzitutto in rilievo il caso in cui alla prestazione terapeutica conseguano pregiudizi che il paziente avrebbe alternativamente preferito sopportare nell’ambito di scelte che solo a lui è dato di compiere. Non sarebbe utile a contrastare tale conclusione il riferimento alla prevalenza del bene “vita” o del bene “salute” rispetto ad altri possibili interessi, giacché una valutazione comparativa degli interessi assume rilievo nell’ambito del diritto quando soggetti diversi siano titolari di interessi configgenti e sia dunque necessario, in funzione del raggiungimento del fine perseguito, stabilire quale debba prevalere e quale debba rispettivamente recedere o comunque rimanere privo di tutela; un “conflitto” regolabile *ab externo* è, invece, escluso in radice dalla titolarità di pur contrastanti interessi in capo allo stesso soggetto, al quale soltanto, se capace, compete la scelta di quale tutelare e quale sacrificare.

Così, a titolo meramente esemplificativo, non potrebbe a priori negarsi tutela risarcitoria a chi abbia consapevolmente rifiutato una trasfusione di sangue perché in contrasto con la propria fede religiosa (al caso dei Testimoni di Geova si sono riferite, con soluzioni sostanzialmente opposte, Cass., nn. 23676/2008 e 4211/2007), quand'anche gli si sia salvata la vita praticandogliela, giacché egli potrebbe aver preferito non vivere, piuttosto che vivere nello stato determinatosi; così, ancora, non potrebbe in assoluto escludersi la risarcibilità del danno non patrimoniale da acuto o cronico dolore fisico (sul punto cfr. Cass., n. 23846/2008) nel caso in cui la scelta del medico di privilegiare la tutela dell'integrità fisica del paziente o della sua stessa vita, ma a prezzo di sofferenze fisiche che il paziente avrebbe potuto scegliere di non sopportare, sia stata effettuata senza il suo consenso, da acquisire in esito alla rappresentazione più puntuale possibile del dolore prevedibile, col bilanciamento reso necessario dall'esigenza che esso sia prospettato con modalità idonee a non ingenerare un aprioristico rifiuto dell'atto terapeutico, chirurgico o farmacologico. E nello stesso ambito dovrebbe inquadarsi il diritto al risarcimento per la lesione derivata da un atto terapeutico che abbia salvaguardato la salute in un campo a discapito di un secondario pregiudizio sotto altro pure apprezzabile aspetto, che non sia stato tuttavia adeguatamente prospettato in funzione di una scelta consapevole del paziente, che la avrebbe in ipotesi compiuta in senso difforme da quello privilegiato dal medico.

Viene, in secondo luogo, in rilievo la considerazione del turbamento e della sofferenza che deriva al paziente sottoposto ad atto terapeutico dal verificarsi di conseguenze del tutto inaspettate perché non prospettate e, anche per questo, più difficilmente accettate. L'informazione cui il medico è tenuto in vista dell'espressione del consenso del paziente vale anche, ove il consenso sia prestato, a determinare nel paziente l'accettazione di quel che di non gradito può avvenire, in una sorta di condivisione della stessa speranza del medico che tutto vada bene; e che non si verifichi quanto di male potrebbe capitare, perché inevitabile. Il paziente che sia stato messo in questa condizione — la quale integra un momento saliente della necessaria "alleanza terapeutica" col medico — accetta preventivamente l'esito sgradevole e, se questo si verifica, avrà anche una minore propensione ad incolpare il medico.

Se tuttavia lo facesse, il medico non sarebbe tenuto a risarcirgli alcun danno sotto l'aspetto del difetto di informazione (salva la sua possibile responsabilità per avere, per qualunque ragione, mal diagnosticato o mal suggerito o male operato; ma si tratterebbe — come si è già chiarito — di un aspetto del tutto diverso, implicante una "colpa" collegata all'esecuzione della prestazione successiva).

Ma se il paziente non sia stato convenientemente informato, quella condizione di spirito è inevitabilmente destinata a realizzarsi, ingenerando manifestazioni di turbamento di intensità ovviamente correlata alla gravità delle conseguente verificatesi e non prospettate come possibili. Ed è appunto questo il danno non patrimoniale che, nella prevalenza dei casi, costituisce l'effetto del mancato rispetto dell'obbligo di informare il paziente.

Condizione di risarcibilità di tale tipo di danno non patrimoniale è che esso varchi la soglia della gravità dell'offesa secondo i canoni delineati dalle sentenze delle Sezioni unite nn. da 26972 a 26974 del 2008, con le quali s'è stabilito che il diritto deve essere inciso oltre un certo livello minimo di tollerabilità, da determinarsi dal giudice nel bilanciamento tra principio di solidarietà e di tolleranza secondo il parametro costituito dalla coscienza sociale in un determinato momento storico. Non pare possibile offrire più specifiche indicazioni.

Anche in caso di sola violazione del diritto all'autodeterminazione, pur senza correlativa lesione del diritto alla salute

ricollegabile a quella violazione per essere stato l'intervento terapeutico necessario e correttamente eseguito, può dunque sussistere uno spazio risarcitorio; mentre la risarcibilità del danno da lesione della salute che si verifichi per le non imprevedibili conseguenze dell'atto terapeutico necessario e correttamente eseguito *secundum legem artis*, ma tuttavia effettuato senza la preventiva informazione del paziente circa i suoi possibili effetti pregiudizievoli e dunque senza un consenso consapevolmente prestato, necessariamente presuppone l'accertamento che il paziente quel determinato intervento avrebbe rifiutato se fosse stato adeguatamente informato.

3.3. Il relativo onere probatorio, suscettibile di essere soddisfatto anche mediante presunzioni, grava sul paziente:

(a) perché la prova di nesso causale tra inadempimento e danno comunque compete alla parte che allega l'inadempimento altrui e pretenda per questo il risarcimento;

(b) perché il fatto positivo da provare è il rifiuto che sarebbe stato opposto dal paziente al medico;

(c) perché si tratta pur sempre di stabilire in quale senso si sarebbe orientata la scelta soggettiva del paziente, sicché anche il criterio di distribuzione dell'onere probatorio in funzione della "vicinanza" al fatto da provare induce alla medesima conclusione;

(d) perché il discostamento della scelta del paziente dalla valutazione di opportunità del medico costituisce un'eventualità che non corrisponde all'*id quod plerumque accidit*.

3.4. Se, nella specie, l'intervento sarebbe stato rifiutato dalla paziente ove il medico le avesse puntualmente rappresentato le sue possibili conseguenze è scrutinio che la corte d'appello ha del tutto omesso; e questo perché è incorsa nell'illustrato errore di diritto laddove ha ritenuto che della lesione della salute il medico dovesse rispondere per il solo difetto di un consenso consapevolmente prestato (che è locuzione più propria di quella corrente, giacché "informato" non è il consenso, ma deve esserlo il paziente che lo presta).

Il motivo è conclusivamente fondato nella parte in cui è prospettata violazione di legge. Non anche nella parte in cui è denunciato vizio della motivazione, essendo stato l'apprezzamento di fatto sulle ipotetiche determinazioni della paziente precluso dalla assorbente (benché erronea) soluzione in diritto adottata. — *Omissis*.



## (1-2) Il medico (ir)responsabile e il paziente (dis)informato. Note in tema di danno risarcibile per intervento terapeutico eseguito in difetto di consenso

SOMMARIO: 1. Brevi considerazioni preliminari. — 2. Dal "consenso informato" al "consenso consapevolmente prestato". Informazione e consenso nel codice di deontologia medica. — 3. Fondamento e ruolo del consenso, quale presupposto di liceità dell'atto medico. — 4. L'unitarietà del rapporto medico-paziente. La non divisibile riconduzione eziologica del danno all'omissione dell'informazione o dell'acquisizione del consenso, piuttosto che all'atto medico eseguito in difetto di consenso. Dall'(in)adempimento all'(in)attuazione del rapporto obbligatorio. — 5. Osservazioni conclusive. Danno risarcibile e *compensatio lucri cum damno*.

### 1. Brevi considerazioni preliminari.

La decisione che si annota<sup>1</sup> interviene nell'articolato panorama giurisprudenziale della responsabilità medico-sanitaria, delineando interessanti regole di giudizio in tema di danno conseguente a un intervento terapeutico-

<sup>1</sup> Pubblicata anche in *Corriere Giur.*, 2010, 9, 1201, con nota di DI MAJO, *La responsabilità da violazione del consenso informato*, 1204, e in *Foro It.*, 2010, 2113.

tico effettuato — pur secondo le *leges artis* — in mancanza del c.d. “consenso informato”<sup>2</sup>.

In sostanza, la Cassazione scevera il diritto alla salute da quello all'autodeterminazione del paziente, e individua il presupposto della risarcibilità del pregiudizio conseguente alla lesione del primo (diritto alla salute) nell'accertamento che l'intervento sarebbe stato rifiutato se il paziente stesso — sul quale grava il relativo onere probatorio — fosse stato adeguatamente informato dei possibili rischi e posto, quindi, in condizione di esprimere un valido consenso. La violazione del secondo (diritto all'autodeterminazione), invece, potrebbe dar luogo a risarcimento nel caso in cui le conseguenze dannose di natura non patrimoniale — costituite non solo dal turbamento e dalla sofferenza patiti, ma anche dagli ipotetici «pregiudizi che il paziente avrebbe alternativamente preferito sopportare nell'ambito di scelte che solo a lui è dato di compiere»<sup>3</sup> — siano di apprezzabile gravità.

Viene così esplicitamente contraddetto l'orientamento, sinora largamente incontestato, a mente del quale «la responsabilità del sanitario (e, di riflesso, della struttura per cui egli agisce) per violazione dell'obbligo del consenso informato discende dalla tenuta della condotta omissiva di adempimento dell'obbligo di informazione circa le prevedibili conseguenze del trattamento cui il paziente venga sottoposto e dalla successiva verifica, in conseguenza dell'esecuzione del trattamento stesso, e, quindi, in forza di un nesso di causalità con essa, di un aggravamento delle condizioni di salute del paziente», con la conseguenza che il danno costituito dal peggioramento della salute e dell'integrità fisica del paziente andrebbe integralmente risarcito a prescindere dalla constatazione che il trattamento sia stato effettuato correttamente oppure no<sup>4</sup>.

La chiave di volta di siffatto *revirement* viene individuata nella ponderazione del collegamento eziologico tra la condotta (omissiva, per difetto di informazione) del sanitario e le conseguenze pregiudizievoli che possano dirsi da essa derivate, profilo che — ritiene la pronuncia in commento — non risulterebbe sino ad oggi «scrutinato *ex professo*»<sup>5</sup>.

La sentenza, di sicuro interesse per la portata innovativa dei principi enucleati, si caratterizza per l'inten-

to dichiaratamente ricostruttivo — in chiave quasi didattica — dell'argomento in parola. Residuano, nondimeno, talune perplessità giacché, come si tenterà di illustrare nel prosieguo, la soluzione cui la Corte perviene non sembra conciliare in maniera del tutto convincente la tassativa dicotomia salute-autodeterminazione, su cui si fonda il percorso argomentativo tracciato, con la pur affermata consapevolezza dell'unitarietà del rapporto medico-paziente.

## 2. Dal “consenso informato” al “consenso consapevolmente prestato”. Informazione e consenso nel codice di deontologia medica.

Come rileva condivisibilmente la suprema Corte<sup>6</sup>, la locuzione corrente “consenso informato” andrebbe dismessa e sostituita con quella — più propria — “consenso consapevolmente prestato”, giacché “informato” non è il consenso, ma deve esserlo il paziente che lo presta. Sotto questo profilo, allora, parlare di “informazione e consenso” piuttosto che di “consenso informato” non integra il ricorso ad una endiadi<sup>7</sup>, ma rappresenta una scelta lessicale conforme all'esigenza di individuare due distinti elementi della medesima fattispecie. Altro è, infatti, l'informazione, che costituisce oggetto di un'obbligazione — accessoria rispetto a quella principale di eseguire l'intervento terapeutico<sup>8</sup> — del medico nei confronti del paziente; altro il consenso di quest'ultimo, che vale a rimuovere — se e in quanto efficace, oltretutto consapevole perché preceduto dalla doverosa informazione — il limite costituito dall'ordinaria intangibilità della sfera personale altrui<sup>9</sup>.

Non è un caso, del resto, se lo stesso codice di deontologia medica<sup>10</sup> dedica il Capo IV del Titolo III — per l'appunto — agli argomenti “Informazione e consenso”, dettando disposizioni che, invero, ben sintetizzano il nucleo fondamentale dei principi giuridici applicabili alla materia in esame<sup>11</sup>.

In particolare, l'art. 33 (rubricato “Informazione al cittadino”) stabilisce che «il medico deve fornire al paziente la più idonea informazione sulla diagnosi, sulla prognosi, sulle prospettive e le eventuali alternative diagnostico-terapeutiche e sulle prevedibili conseguenze delle scelte operate»; chiarisce poi che «il medico dovrà comunicare con il soggetto tenendo conto

<sup>2</sup> Sulla (im)proprietà terminologica di tale sintagma, v. l'inizio del successivo paragrafo 2.

<sup>3</sup> Così al punto 3.2 della motivazione. V. quanto si dirà in proposito *infra*, specialmente nota 45.

<sup>4</sup> In tal senso, tra le altre, Cass., Sez. III, 14 marzo 2006, n. 5444, in *Dir. e Giust.*, 2006, 15, 23, con nota di PULIATTI, *Malati terminali e consenso informato. Il medico non è esonerato dagli obblighi*.

<sup>5</sup> Punto 3.1 della motivazione.

<sup>6</sup> Al punto 3.4 della motivazione.

<sup>7</sup> Com'è noto, l'endiadi è la figura retorica che vale ad esprimere, con due termini coordinati, un unico concetto (ad es., “fortuna e caso” in vece di “caso fortunato”).

<sup>8</sup> Fatta eccezione per l'ipotesi in cui il rapporto medico-paziente si esaurisca nell'informazione stessa, trattandosi allora di mera prestazione d'opera intellettuale regolata dagli artt. 2229 e segg. c.c. Cfr., in proposito, GORGONI, *Ancora dubbi sul danno risarcibile a seguito di violazione dell'obbligo di informazione gravante sul sanitario*, in *Resp. Civ. e Prev.*, 2010, 5, 1020 e segg.; CAFAGGI, voce “Responsabilità del professionista”, in *Digesto Civ.*, XVII, Torino, 1998, 159 e segg.

<sup>9</sup> Come si preciserà al paragrafo successivo.

<sup>10</sup> Il codice di deontologia medica attualmente in vigore è quello approvato dalla Federazione italiana degli ordini dei medici chirurghi e odontoiatri il 16 dicembre 2006, che ha sostituito il precedente approvato il 3 ottobre 1998, nel quale, ad ogni modo, era già stata operata una significativa revisione del concetto di “consenso informato”.

<sup>11</sup> Non si dimentichi, del resto, che le disposizioni deontologiche hanno valenza indubbiamente normativa (cfr., in tal senso seppur con riguardo specifico al codice forense, Cass., Sez. un., 20 dicembre 2007, n. 26810, in *Giust. Civ.*, 2008, 10, 2167: «In materia di responsabilità disciplinare degli avvocati, le norme del codice disciplinare forense costituiscono fonti normative integrative del precetto legislativo che attribuisce al Consiglio nazionale forense il potere disciplinare, con funzione di giurisdizione speciale appartenente all'ordinamento generale dello Stato, e come tali sono interpretabili direttamente dalla Corte di legittimità»).

delle sue capacità di comprensione, al fine di promuovere la massima partecipazione alle scelte decisionali e l'adesione alle proposte diagnostico-terapeutiche»; precisa inoltre che «ogni ulteriore richiesta di informazione da parte del paziente deve essere soddisfatta».

L'art. 35 (rubricato "Acquisizione del consenso") prevede che «il medico non deve intraprendere attività diagnostica e/o terapeutica senza l'acquisizione del consenso esplicito e informato del paziente»; puntualizza che «il consenso, espresso in forma scritta nei casi previsti dalla legge e nei casi in cui per la particolarità delle prestazioni diagnostiche e/o terapeutiche o per le possibili conseguenze delle stesse sulla integrità fisica si renda opportuna una manifestazione documentata della volontà della persona, è integrativo e non sostitutivo del processo informativo di cui all'art. 33»; specifica che «in ogni caso, in presenza di documentato rifiuto di persona capace, il medico deve desistere dai conseguenti atti diagnostici e/o curativi, non essendo consentito alcun trattamento medico contro la volontà della persona».

L'art. 36 (rubricato "Assistenza d'urgenza") sancisce, infine, che «allorché sussistano condizioni di urgenza, tenendo conto delle volontà della persona se espresse, il medico deve attivarsi per assicurare l'assistenza indispensabile».

### 3. Fondamento e ruolo del consenso, quale presupposto di liceità dell'atto medico.

È fin troppo noto per dover essere rammentato il fondamento costituzionale del consenso all'atto medico. In linea con il principio personalistico che informa il nostro ordinamento, viepiù valorizzato dalla riforma sanitaria del 1978<sup>12</sup> ad oggi, la nostra Carta riconosce,

invero, il diritto e la libertà, per ciascun individuo, di autodeterminarsi in materia di salute (artt. 2, 13 e 32 Cost.)<sup>13</sup>. La regola nel rapporto medico-paziente deve dunque essere la consensualità, mentre i trattamenti sanitari obbligatori sono l'eccezione<sup>14</sup>, come solennemente recita l'art. 5 della Convenzione per la protezione dei diritti dell'uomo e della dignità dell'essere umano nei confronti delle applicazioni della biologia e della medicina, conclusa a Oviedo il 4 aprile 1997, ratificata in Italia con L. 28 marzo 2001, n. 145<sup>15</sup>.

Ma che cosa è questo consenso?

L'etimologia del termine — *consenso* deriva da *cum-sentire*: percepire insieme — suggerisce una "comunione di intenti", ovverosia l'esser concordi sul modo di vedere una determinata questione (clinica, nel caso della prestazione sanitaria). Il consenso rappresenta, quindi, la condivisione, da parte del paziente, della scelta terapeutica che il medico gli prospetta. Il che, naturalmente, può avvenire soltanto all'esito del processo conoscitivo che è alla base della «alleanza terapeutica»<sup>16</sup> tra medico e paziente, giacché non si può consentire a ciò che non si conosce.

Se così è, si comprende agevolmente il motivo per cui continui ad esser riproposta la risalente e tratizia affermazione secondo la quale il consenso consapevolmente prestato dal paziente rappresenta un presupposto della liceità dell'atto medico. L'assunto è, del resto, confermato dalla stessa decisione che si annota, ancorché precisi di ritenere riduttiva la constatazione che, «essendo illecita l'attività medica espletata senza consenso, per ciò stesso il medico debba rispondere delle conseguenze negative subite dal paziente che il consenso informato non abbia prestato»<sup>17</sup>.

<sup>12</sup> V., in proposito, FERRONI, *La responsabilità civile dell'ente ospedaliero*, in FERRONI, *Saggi di diritto civile*, Pesaro, 2003, 86 e segg.

<sup>13</sup> Cfr. Corte cost., 23 dicembre 2008, n. 438, in *Foro It.*, 2009, 5, 1328 (*sub* n. 4 del "Considerato in diritto"): «Al riguardo, occorre rilevare che il consenso informato, inteso quale espressione della consapevole adesione al trattamento sanitario proposto dal medico, si configura quale vero e proprio diritto della persona e trova fondamento nei principi espressi nell'art. 2 della Costituzione, che ne tutela e promuove i diritti fondamentali, e negli artt. 13 e 32 della Costituzione, i quali stabiliscono, rispettivamente, che "la libertà personale è inviolabile", e che "nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge».

<sup>14</sup> Com'è noto, la discussa materia del trattamento sanitario obbligatorio, già contemplata nella L. 13 maggio 1979, n. 180 (c.d. "Legge Basaglia"), è confluita — senza sostanziali modifiche — negli artt. 33-35 della L. 23 dicembre 1978, n. 833, di riforma del servizio sanitario. Cfr., in tema, *Un altro diritto per il malato di mente a cura* di Cendon, Napoli, 1988.

<sup>15</sup> «Un intervento nel campo della salute non può essere effettuato se non dopo che la persona interessata abbia dato consenso libero e informato. Questa persona riceve innanzitutto una informazione adeguata sullo scopo e sulla natura dell'intervento e sulle sue conseguenze e i suoi rischi. La persona interessata può, in qualsiasi momento, liberamente ritirare il proprio consenso». Molteplici sono, d'altronde, le fonti che contemplano la necessità del consenso consapevole al trattamento sanitario, sia interne (si pensi all'art. 3 della L. 21 ottobre 2005, n. 219; all'art. 6 della L. 19 febbraio 2004, n. 40; all'art. 3 del D.L. 17 febbraio 1998, n. 23, convertito in L. 8 aprile 1998, n. 94) sia internazionali (ad es., l'art. 24 della Convenzione sui diritti del fanciullo, firmata a New York il 20 novembre 1989,

ratificata con L. 27 maggio 1991, n. 176; l'art. 3 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000).

<sup>16</sup> Di "alleanza terapeutica" tra medico e paziente, della quale il processo informativo costituirebbe "momento saliente", discorre la stessa decisione in commento al punto 3.2. Tale concetto si rinviene già nella sentenza di Cass., Sez. I, 16 ottobre 2007, n. 21748, pubblicata tra l'altro in *Giust. Civ.*, 2007, 11, 2366 (pronunciata in merito alla sin troppo nota — quanto dibattuta — vicenda di Eluana Englaro), di cui pare opportuno trascrivere letteralmente un significativo passo motivazionale (punto 6.1): «Di fronte al rifiuto della cura da parte del diretto interessato, c'è spazio — nel quadro della "alleanza terapeutica" che tiene uniti il malato ed il medico nella ricerca, insieme, di ciò che è bene rispettando i percorsi culturali di ciascuno — per una strategia della persuasione, perché il compito dell'ordinamento è anche quello di offrire il supporto della massima solidarietà concreta nelle situazioni di debolezza e di sofferenza; e c'è, prima ancora, il dovere di verificare che quel rifiuto sia informato, autentico ed attuale. Ma allorché il rifiuto abbia tali connotati non c'è possibilità di disattenderlo in nome di un asserito dovere di curarsi come principio di ordine pubblico».

<sup>17</sup> Si tratterebbe, ad avviso della Cassazione (punto 3.1 della motivazione), di «una semplificazione priva del necessario riguardo all'unitarietà del rapporto ed al reale atteggiarsi della questione, la quale non attiene tanto alla liceità dell'intervento del medico (che è solo una qualificazione successiva), ma che nasce dalla violazione del diritto all'autodeterminazione del paziente, essendo al medico anzitutto imputabile di non averlo adeguatamente informato per acquisirne il preventivo, consapevole consenso». L'assunto non pare integralmente convincente, come si tenterà di chiarire di qui a poco.

Anche la giurisprudenza penale, pur redarguendo sull'inopportunità di confondere il consenso all'atto medico con l'istituto del «consenso dell'avente diritto» di cui all'art. 50 c.p.<sup>18</sup>, non esita a riconoscere l'ordinaria anti giuridicità<sup>19</sup> dell'atto sanitario eseguito in mancanza di consenso<sup>20</sup>.

Tanto ciò è vero che, al fine di giustificare l'intervento terapeutico praticato su paziente incapace<sup>21</sup> di esprimere il proprio assenso (ad es. perché incosciente oppure obnubilato per le più varie ragioni), si continua a ricorrere alla figura dello «stato di necessità»<sup>22</sup>, contemplata dall'art. 54 c.p. e dall'art. 2045 c.c. come causa di esclusione dell'anti giuridicità della condotta<sup>23</sup>. Dunque, quando il sanitario si trovi di fronte alla necessità di salvare (sé od) altri — cioè a dire, il paziente — dal pericolo attuale di un danno grave alla persona, tale stato di necessità vale ad eli-

dere l'illiceità altrimenti inevitabile dell'atto medico, giustificandolo pur in mancanza di un consenso del paziente (sempre che quest'ultimo non abbia manifestato o non sia altrimenti conoscibile un suo espresso dissenso consapevole e attuale)<sup>24</sup>.

Ora, il condivisibile riconoscimento del consenso quale presupposto di liceità dell'atto medico non equivale, tuttavia, *ipso facto* all'affermazione indiscriminata dell'illiceità dell'atto medico eseguito senza consenso: per potersi trarre tale ultima inferenza, invero, deve essere vagliata la sussistenza di tutti i presupposti dell'illiceità<sup>25</sup>, la quale non è altro — come rammenta la sentenza annotata<sup>26</sup> — che una qualificazione giuridica successiva della fattispecie.

In particolare, se appare sufficientemente certo che l'intervento sanitario in difetto di consenso integri un fatto (doloso o colposo)<sup>27</sup> potenzialmente idoneo ad

<sup>18</sup> Come ha autorevolmente sintetizzato un significativo arresto della giurisprudenza penale, infatti, l'attività medica rinviene «il proprio fondamento non tanto nella scriminante tipizzata del consenso dell'avente diritto, come definita dall'art. 50 c.p., quanto nella stessa finalità, che le è propria, di tutela della salute, come bene costituzionalmente garantito» (così, Cass. pen., Sez. un., 18 dicembre 2008, n. 2437, in *Guida Dir.*, 2009, 7, 54, più nota per aver formulato la massima che segue: «Ove il medico effettui un intervento operatorio in assenza del consenso del paziente o modifichi in itinere l'intervento, ovvero sottoponga il paziente ad un trattamento chirurgico diverso da quello in relazione al quale era stato prestato il consenso informato, e tale intervento, eseguito nel rispetto dei protocolli e delle *leges artis*, sia concluso con esito fausto, nel senso che dall'intervento stesso sia derivato un miglioramento delle condizioni di salute, in riferimento anche alle eventuali alternative apprezzabili, e senza che vi fossero indicazioni contrarie da parte del paziente medesimo, tale condotta è priva di rilevanza penale, tanto sotto il profilo delle lesioni personali quanto sotto quello della violenza privata»).

<sup>19</sup> Il concetto di «anti giuridicità», a ben vedere, dovrebbe esser tenuto distinto da quello di «illiceità», giacché «l'anti giuridicità esprime un presupposto di carattere generale, mentre il concetto di illiceità [...] comprende in sé anche il momento effettuale del danno nella sua qualificazione di anti giuridicità (danno ingiusto)» (così, MAIORCA, voce «Colpa civile (teoria gen.)», in *Enc. Dir.*, VII, Milano, 1960, 556). Anche TRIMARCHI, voce «Illecito (dir. priv.)», *ivi*, XX, Milano, 1970, 90, ritiene che il concetto di «illiceità» — considerato equivalente a quello di «violazione di un comando o di un divieto» — abbia «un significato più ristretto e preciso del concetto di anti giuridicità», del quale ultimo, per inciso, rileva la sostanziale inutilità giacché si tratterebbe di un concetto «comunque troppo ampio per essere fruttuoso».

<sup>20</sup> V. la stessa Cass. pen., Sez. un., 18 dicembre 2008, n. 2437, cit. (punto 8 della motivazione), e — più esplicitamente — Id., Sez. IV, 24 giugno 2008, n. 37077 (all'inizio della parte motiva): «[...] non è discutibile che l'attività medico-chirurgica, per essere legittima, presuppone il «consenso» del paziente, che [...] costituisce presupposto di liceità del trattamento» (corsivo aggiunto).

<sup>21</sup> Beninteso: incapace naturalmente, ché se si trattasse di incapacità legale la questione verrebbe affrontata in conformità alle norme che regolano la tutela, la curatela e l'amministrazione di sostegno, ad onta della difficoltà di conciliare detti istituti — previsti per la salvaguardia di interessi prevalentemente patrimoniali del soggetto — con gli interessi strettamente attinenti alla persona che vengono in rilievo in materia di salute. (V., in proposito, l'art. 37 del codice di deontologia medica: «Allorché si tratti di minore o di interdetto il consenso agli interventi diagnostici e terapeutici, nonché al trattamento dei dati sensibili, deve essere espresso dal rappresentante legale. Il medico, nel caso in cui sia stato nominato dal giudice tutelare un amministratore di

sostegno deve debitamente informarlo e tenere nel massimo conto le sue istanze. In caso di opposizione da parte del rappresentante legale al trattamento necessario e indifferibile a favore di minori o di incapaci, il medico è tenuto a informare l'autorità giudiziaria; se vi è pericolo per la vita o grave rischio per la salute del minore e dell'incapace, il medico deve comunque procedere senza ritardo e secondo necessità alle cure indispensabili»).

<sup>22</sup> In giurisprudenza si è reputato che lo stato di necessità valga a superare il difetto di consenso sia quando è effettivo, sia quando è putativo, cioè a dire allorché il medico, senza colpa, abbia ritenuto in base ad un ragionevole convincimento — ancorché poi rivelatosi fallace — l'esistenza di un pericolo di danno grave alla salute del paziente (in tal senso, Cass., Sez. III, 15 novembre 1999, n. 12621, in *Foro It.*, 2000, I, 3588, relativa ad annessicotomia praticata su una paziente in anestesia per il fondato sospetto, poi dimostrato erroneo, di una gravidanza extrauterina).

<sup>23</sup> Perplesso circa l'uso del concetto di «anti giuridicità» (su cui v. la precedente nota 19) nel diritto civile si mostra INZITARI, voce «Necessità (dir. priv.)», in *Enc. Dir.*, XXVII, Milano, 1977, 856 e segg., il quale precisa: «Preferiamo spostare l'interesse più verso il danno che verso la «giuridicità» o «anti giuridicità» del comportamento. [...] La situazione necessitata fa infatti sorgere un diretto conflitto tra gli interessi del danneggiato e del danneggiante [...], conflitto che [...] l'ordinamento ritiene debba essere risolto [...] da un punto di vista civile, valutando le conseguenze dannose con criteri diversi da quelli ordinari» (857). Il rilievo si inserisce nella prospettiva, condivisibile, che pone al centro del sistema dell'illecito civile il momento del danno, ed individua nella colpevolezza null'altro che uno tra i molteplici criteri (al pari dei parametri contemplati nelle ipotesi di responsabilità cd. oggettiva) che l'ordinamento prevede per traslare il relativo onere dalla vittima ad un altro soggetto (sul punto cfr., lucidamente, SALVI, voce «Responsabilità extracontrattuale (dir. vig.)», *ivi*, XXXIX, Milano, 1988, spec. 1222 e seg.).

<sup>24</sup> L'attualità rappresenta, invero, il nodo problematico attorno al quale ruota la delicata questione delle c.d. «direttive anticipate». V., in tema, SIMEOLI, *Il rifiuto di cure: la volontà presunta o ipotetica del soggetto incapace*, in *Giust. Civ.*, 2008, 1727.

<sup>25</sup> È ormai pacifico che la responsabilità del medico abbia natura contrattuale (v., da ultimo, Cass., Sez. un., 22 novembre 2010, n. 23593, in *Giust. Civ. Mass.*, 2010, 11). Ad ogni modo, ferme le differenze disciplinari tra illecito aquilano e inadempimento, è indubitabile che la linea di confine tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale stia perdendo nitidezza (cfr., *amplius*, la successiva nota 37) e che, pertanto, i relativi presupposti — fatto doloso o colposo, nesso causale e danno — debbano essere assoggettati ad unitari criteri di valutazione.

<sup>26</sup> Punto 3.1 della motivazione.

<sup>27</sup> V. però, in tema di responsabilità penale, Cass. pen., Sez. IV, 24 giugno 2008, n. 37077, in *Guida Dir.*, 2008, 42, 99, secondo la quale «non è [...] possibile ipotizzare la mancanza di

arreare un danno, sì come è parimenti indubitabile che tale danno — in quanto effettivamente sussistente<sup>28</sup> — si caratterizzi per l'ingiustizia<sup>29</sup>, tutt'altro che scontato è il profilo del nesso causale.

Ad esso — centrale, come si è visto, nella pronuncia qui in discussione — sarà opportuno dedicare alcune più approfondite riflessioni.

4. *L'unitarietà del rapporto medico-paziente. La non divisibile riconduzione eziologica del danno all'omissione dell'informazione o dell'acquisizione del consenso, piuttosto che all'atto medico eseguito in difetto di consenso. Dall'(in)adempimento all'(in)attuazione del rapporto obbligatorio.*

Come si è accennato, la Corte<sup>30</sup> muove dal presupposto che la giurisprudenza pregressa non abbia esaurientemente ponderato il problema specifico relativo alla sussistenza del nesso causale, la quale andrebbe indagata non «solo in relazione al rapporto di consequenzialità tra intervento terapeutico (necessario e correttamente eseguito) e pregiudizio della salute», bensì piuttosto «in relazione al rapporto tra attività omissiva del medico per non aver informato il paziente ed esecuzione dell'intervento»<sup>31</sup>. Il relativo onere probatorio, per inciso, competerebbe al paziente<sup>32</sup>, con la (sola) consolazione di poterlo assolvere anche in via presuntiva.

L'assunto non pare integralmente persuasivo.

Invero, l'accertamento del nesso causale<sup>33</sup> postula la valutazione circa l'idoneità del fatto ad esser causa del danno, che ne costituisce effetto, al fine di accertare se tra essi possa dirsi sussistente un rapporto di consequenzialità. Non sembra, tuttavia, divisibile identificare i termini di siffatta relazione nell'omessa infor-

mazione (supposta causa) e nell'intervento effettuato (preteso effetto).

Con riguardo al danno (effetto), in particolare, esso non può senz'altro essere ravvisato nella "esecuzione dell'intervento", quasi che il pregiudizio possa essere costituito dall'intervento stesso e non invece, com'è perspicuo, dalle conseguenze negative che eventualmente ne siano derivate.

Quanto alla causa (fatto), poi, la decisione in commento reputa di individuarla nella specifica violazione imputabile al sanitario, focalizzando l'attenzione in via esclusiva sulla condotta omissiva del medico che non abbia informato il paziente (o non ne abbia raccolto il consenso). Sia consentito, tuttavia, di osservare che, in tal guisa, si effettua una scissione artificiosa di quel rapporto medico-paziente, del quale pur si riconosce l'unitarietà<sup>34</sup>.

Il paziente, invero, non è creditore di due distinte prestazioni: una di contenuto informativo, l'altra avente ad oggetto l'esecuzione dell'intervento. Del pari, il sanitario<sup>35</sup> non è obbligato ad informare, da una parte, e ad operare, dall'altra parte. Informazione e intervento terapeutico sono entrambi contenuti ineludibili ed inseparabili del medesimo rapporto obbligatorio, per il tramite del consenso, che non è fine a sé stesso, ma trae efficacia dalla prima (l'informazione) e vale a legittimare il secondo (l'intervento).

Si tratta, del resto, di una constatazione in linea con l'ormai acquisita consapevolezza che l'ottica che riguarda l'adempimento come semplice atto-finale determinante l'estinzione dell'obbligazione si rivela insufficiente, dovendosi adottare un'impostazione diversa, tesa a considerare tutto l'arco di problematiche connesse all'«attuazione del rapporto obbligatorio»<sup>36</sup>.

consenso quale elemento della colpa, perché l'obbligo di acquisire il consenso informato non integra una regola cautelare la cui inosservanza influisce sulla colpevolezza. Ciò in quanto l'acquisizione del consenso non è preordinata in linea generale ad evitare fatti dannosi prevedibili (ed evitabili), ma a tutelare il diritto alla salute e, soprattutto, il diritto alla scelta consapevole in relazione agli eventuali danni che possano derivare dalla scelta terapeutica in attuazione di una norma costituzionale (art. 32, comma 2)».

<sup>28</sup> V. *infra*, paragrafo 5.

<sup>29</sup> Incidendo l'attività sanitaria su interessi cui la Costituzione attribuisce un rilievo indubitabilmente prioritario (si v., ad ogni modo, quanto si dirà ai successivi paragrafi 4 e 5, in ordine alla opportunità di considerare unitariamente il diritto alla salute e quello all'autodeterminazione).

<sup>30</sup> Al punto 3.1 della motivazione.

<sup>31</sup> Letteralmente, punto 3.1 della motivazione (il corsivo è aggiunto).

<sup>32</sup> Per una serie di argomentazioni attinenti non soltanto alla fisiologica ripartizione dettata *ex art.* 2697 c.c. e al c.d. principio di "vicinanza della prova" (su cui v., da ultimo, Cass., Sez. III, 11 maggio 2009, n. 10744, in *Guida Dir.*, 2009, 31, 74), ma altresì — meno divisibilmente — alla supposta natura "positiva" del fatto da provare, costituito dal rifiuto (che è però una circostanza non realizzatasi e, quindi, tutt'altro che positiva), nonché per la ritenuta inverosimiglianza di una scelta del paziente difforme rispetto alla valutazione di opportunità del medico (il che parrebbe introdurre, a ben vedere, una sorta di presunzione *iuris tantum* di consenso, espressione di una obsoleta visione paternalistica dell'attività medica e, per inciso, nient'affatto in linea con i principi sin qui delineati).

<sup>33</sup> Su cui v. FORCHIELLI, *Il rapporto di causalità nell'illecito*

*civile*, Padova, 1960, 19 e segg.; FRANZONI, *Fatti illeciti (artt. 2043-2059)*, in *Comm. C.C.* a cura di Scialoja, Branca, Bologna-Roma, 1993, 84 e segg.; VISINTINI, *Trattato breve della responsabilità civile. Fatti illeciti. Inadempimento. Danno risarcibile*, Padova, 2005, 627 e segg.

<sup>34</sup> Cfr. la precedente nota 25.

<sup>35</sup> Salvo il caso — come si è visto (cfr. nota 8) — in cui si tratti di una mera prestazione d'opera intellettuale (di consulenza) che il medico debba rendere al paziente.

<sup>36</sup> V., sul tema, le fondamentali opere di NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, I (Milano, 1966), II (Milano, 1962), III (Milano, 1963) e IV (Milano, 1964). In linea generale, sono molteplici gli indici normativi che depongono in tal senso. La diligenza, che *ex art.* 1176 c.c. il debitore deve usare nell'adempimento, concerne non soltanto l'esecuzione della prestazione in senso stretto, bensì la realizzazione di tutto il complesso degli obblighi caratterizzanti la situazione debitoria. Non a caso, il successivo art. 1177 c.c. precisa che il contenuto dell'obbligazione di consegnare non è limitato alla dazione, comprendendo altresì il dovere di custodia del bene sino alla consegna. Del pari, quando si afferma l'onere del creditore di collaborare nell'adempimento, sotto pena di incorrere nella mora accipiendi ai sensi dell'art. 1206 c.c., si intende che tale cooperazione — pur non costituendo parte del contenuto dell'obbligazione in capo al debitore — è imprescindibile ai fini dell'attuazione del rapporto. «Tanto significa che l'adempimento, apprezzato [...] nel suo risultato, comprende anche l'attività di cooperazione del creditore» (così, DI MAJO, *Obbligazioni in generale*, Bologna, 1985, 353). Ancora, la responsabilità del debitore per il fatto degli ausiliari, di cui all'art. 1228 c.c., opera con riguardo a tutte le fasi esecutive e, dunque, anche in relazione alle attività prepedeutiche o strumentali all'adempimento in senso proprio. Lo

Ecco che, allora, in questa prospettiva, l'antecedente causale del rapporto eziologico oggetto di indagine non può essere riduttivamente identificato nell'omissione in sé stessa considerata, la quale si inserisce invece nel più ampio contesto della condotta costituente inadempimento dell'obbligazione (*rectius*: inattuazione del rapporto obbligatorio)<sup>37</sup>.

Se così è, non sembra condivisibile l'introduzione — ad opera della sentenza in commento — di una pretesa "valutazione controfattuale ipotetica" che, di fatto, addossa al paziente l'onere probatorio (potenzialmente assai gravoso) di dimostrare che, in caso di corretta informazione, egli avrebbe rifiutato l'intervento terapeutico. Come è stato anche recentemente riaffermato, d'altronde, il nesso causale «deve sussistere non già tra l'errore e il danno, ma tra la condotta ed il danno»<sup>38</sup>, con la conseguenza che è opportuno tenere logicamente ben distinti i profili della responsabilità: altro è l'accertamento del fatto e della sua rimproverabilità, altro è la valutazione del nesso causale tra il fatto e il pregiudizio che ne consegue.

In sostanza, il nesso di causalità deve essere individuato nella relazione probabilistica concreta tra la condotta del medico (*id est*: l'esecuzione dell'intervento in difetto di consenso) e l'evento dannoso che ne sia conseguito. Il relativo accertamento<sup>39</sup> «si distingue dall'indagine diretta all'individuazione delle singole conseguenze dannose (finalizzata a delimitare, a valle, i confini della già accertata responsabilità risarcitoria)»<sup>40</sup>.

All'ultima delle tematiche accennate — vale a dire quella concernente il danno risarcibile — si dedicherà il paragrafo, conclusivo, che segue.

##### 5. Osservazioni conclusive. Danno risarcibile e compensatio lucri cum damno.

Beninteso, l'esigenza che la Corte mira a salvaguardare nella pronuncia in discorso è chiara e, tutto sommato, condivisibile: si tratta di circoscrivere l'area del danno risarcibile in guisa tale da assicurare ristoro sol-

tanto ai pregiudizi effettivamente cagionati dall'atto medico colpevole. Sgombrando il campo dagli equivoci che alcuni arresti giurisprudenziali avrebbero potuto ingenerare<sup>41</sup>, infatti, l'intento è quello di chiarire che debbono restare a carico del paziente le conseguenze che costituiscano ordinario sviluppo della sua patologia o siano comunque altrimenti inevitabili.

Il percorso logico seguito non è, tuttavia, condivisibile per le ragioni sin qui illustrate.

Del resto, se il *punctum dolens* è rappresentato dalla quantificazione dei danni, è su tale piano — e non su quello, tutt'affatto distinto, dell'accertamento della responsabilità — che debbono essere affrontate e risolte le problematiche ad essa correlate, mediante la corretta identificazione dei pregiudizi effettivamente risarcibili.

Sotto questo profilo, va anzitutto sottolineato che, secondo le regole generali, il creditore non può ottenere dal risarcimento vantaggi superiori a quelli in cui consisteva la sua situazione precedente l'inadempimento e non sono risarcibili i pregiudizi cui il danneggiato sarebbe stato comunque esposto<sup>42</sup>.

È chiaro, pertanto, che non possa trovare ristoro la diminuzione dell'integrità fisica inevitabilmente determinata da un intervento demolitorio che si riveli obiettivamente necessario (si pensi all'asportazione — tipico il caso di patologie oncologiche — di tessuti irrimediabilmente compromessi). Una paziente sottoposta, senza consenso, ad isterectomia per un tumore in stadio avanzato non potrà, dunque, vedersi risarcire il danno alla salute conseguente alla privazione dell'utero, giacché ella sarebbe stata destinata in ogni caso a perdere tale organo (senza alcun bisogno di indugiare in "accertamenti controfattuali" circa l'ipotetica volontà che avrebbe assunto in caso di corretta informazione).

D'altra parte, le conseguenze dell'atto medico debbono misurarsi con la complessiva situazione clinica di chi lo sopporta, sì che non può ravvisarsi pregiudizio alla salute là dove l'intervento chirurgico, eseguito *lege artis* (pur senza consenso) al fine di contrastare una

stesso dovere di correttezza di cui all'art. 1175 c.c., d'altronde, implica l'opportunità di effettuare un apprezzamento globale del rapporto obbligatorio, quale luogo di convergenza di situazioni giuridiche composite, ove si intrecciano diritti, poteri e facoltà, ma anche doveri, obblighi e oneri. Esso rimanda, poi, inequivocamente — pur senza rappresentarne una sterile riproduzione — all'obbligo di buona fede nell'esecuzione del contratto, che attiene alla «complessiva attività che segue alla conclusione del contratto e che si colloca appunto nella fase di svolgimento di esso» (DI MAJO, *Obbligazioni in generale*, cit., 354 e seg.; v. anche ID., *L'esecuzione del contratto*, Milano, 1967, specialmente 183 e segg.).

<sup>37</sup> Lo rilevava già SALVI, voce "Responsabilità extracontrattuale (dir. vig.)", cit., 1191: «L'obbligazione tende a presentarsi non più come rapporto elementare (limitato alla prestazione dovuta in senso stretto), ma come struttura complessa, caratterizzata da una serie di obblighi accessori, coordinati al primo in un nesso funzionale unitario [...]». Dal che l'Autore trae la conferma, circa i rapporti tra responsabilità extracontrattuale e contrattuale, che «La tradizionale distinzione, fondata sull'alternativa tra il generale divieto di *alterum laedere* e l'esigenza di rispettare un obbligo specifico nei confronti di un soggetto predeterminato, sembra dunque sfumare; e l'estendersi di zone di confine [...] induce a dubitare tanto del valore concettuale, quanto dell'opportunità legislativa della distinzione». La netta demarcazione tra le due figure risulta, oggi, ulteriormente indebolita dal definitivo abbandono dell'espedito costituito dal

cd. cumulo di azioni (per responsabilità civile e contrattuale), cui si soleva ricorrere per vedersi liquidare il danno non patrimoniale da inadempimento (cfr., in proposito, Cass., Sez. un., 11 novembre 2008, n. 26972, tra l'altro in *Rass. Dir. Civ.*, 2009, 2, 499).

<sup>38</sup> Così, Cass., Sez. III, 16 gennaio 2009, n. 975, in *Corriere Giur.*, 2009, 12, 1653 (in motivazione, alla fine del punto 7.2), con nota di BONA, "Più probabile che non" e "concause naturali": se, quando ed in quale misura possono rilevare gli stati patologici progressi della vittima, la quale ha altresì soggiunto: «In tema di responsabilità civile il giudice di merito [...] deve accertare separatamente dapprima la sussistenza del nesso causale tra la condotta illecita e l'evento di danno, e quindi valutare se quella condotta abbia avuto o meno natura colposa o dolosa» (nello stesso senso, Cass., Sez. III, 26 giugno 2007, n. 14759, in *Foro It.*, 2008, 10, 2961).

<sup>39</sup> Da condurre secondo l'ormai trita formula del "più probabile che non" (cfr., da ultimo, Cass., Sez. III, 8 luglio 2010, n. 16123, in *Corriere Giur.*, 2010, 11, 1424).

<sup>40</sup> Letteralmente, Cass., Sez. III, 16 ottobre 2007, n. 21619, in *Resp. Civ. e Prev.*, 2008, 2, 323, con nota di LOCATELLI, *Causalità omissiva e responsabilità civile del medico: credibilità razionale o regola del "più probabile che non"?*

<sup>41</sup> Cfr., ad esempio, Cass. III, 14 marzo 2006, n. 5444, cit. in nota 4.

<sup>42</sup> VISINTINI, *Risarcimento del danno contrattuale ed extracontrattuale*, Milano, 1999, 42 e segg.

determinata patologia, l'abbia effettivamente risolta e abbia perciò comportato un apprezzabile miglioramento delle condizioni di salute del paziente, lungi dal determinarne una compromissione dell'assetto funzionale<sup>43</sup>.

In ogni caso, quand'anche dall'intervento siano derivati tanto la risoluzione della patologia (e il conseguente miglioramento delle condizioni di salute relativamente a tale aspetto), quanto una contestuale lesione dell'integrità sotto altro profilo (ad esempio, per il verificarsi di rischi connaturali all'operazione eseguita), la liquidazione del pregiudizio alla salute — da compiersi, naturalmente, con valutazione equitativa ex art. 1226 c.c. — andrebbe effettuata tenendo in considerazione non già la sola lesione procurata, bensì la complessiva variazione dell'integrità fisica del paziente. Invero, laddove al medesimo atto illecito (l'intervento eseguito in difetto di consenso) conseguano in via diretta e immediata sia un beneficio sia un danno per l'integrità del paziente, risulterebbe ingiustificato — a prescindere, vale la pena di ripetere, da "valutazioni controfattuali ipotetiche" — liquidare integralmente la perdita determinata dal danno senza considerare il vantaggio connesso al beneficio.

Il principio generale della *compensatio lucri cum damno*<sup>44</sup>, infatti, impone la necessità di una valutazione comparativa tra la situazione precedente l'atto sanitario e quella ad esso successiva, di guisa che soltanto se — e nella misura in cui — sia ravvisabile un effettivo peggioramento delle condizioni generali del paziente potrà dirsi esistente un danno alla salute. Così, per tornare al caso esaminato dalla pronuncia in commento, il danno alla salute sofferto dal soggetto cui sia stato praticato un intervento chirurgico per cataratta con asportazione del cristallino (non preceduto, tuttavia, da un consenso consapevolmente prestato per difetto di informazione sui connessi rischi), non può essere

commisurato esclusivamente alla compromissione causata dall'insorgenza di una cheratite corneale bollosa (costituente realizzazione dei suddetti rischi). In realtà, le conseguenze negative delle complicanze verificatesi debbono essere temperate con quelle utili determinate dalla pur corretta esecuzione dell'operazione, ai fini della determinazione di un "valore assoluto" di variazione dell'integrità psico-fisica, che dovrà guidare il giudice nella liquidazione equitativa del pregiudizio alla salute.

Vale la pena di precisare, ad ogni modo, che risulta sovente assai arduo discernere — nel novero dei pregiudizi conseguenti a un atto sanitario eseguito in difetto di consenso — quelli effettivamente riconducibili alla violazione del diritto all'integrità psico-fisica, all'autodeterminazione ovvero ad altri interessi di rilevanza costituzionale. Invero, il paziente operato per un carcinoma alla prostata, destinato con grande probabilità a soffrire per tutta la vita di impotenza e incontinenza, subisce una lesione che si ripercuote inevitabilmente su molteplici aspetti della sua sfera personale, ivi inclusi il profilo sessuale e quello relazionale.

Non a caso, la stessa decisione in commento prende in considerazione «il caso in cui alla prestazione terapeutica conseguano pregiudizi che il paziente avrebbe alternativamente preferito sopportare (*rectius*: scongiurare)<sup>45</sup> nell'ambito di scelte che solo a lui è dato di compiere». Pur rivolgendosi (in una esemplificazione dichiaratamente non esaustiva)<sup>46</sup> ad aspetti estranei alla salute strettamente intesa<sup>47</sup>, si tratta, invero, di riconoscere il predominio della libertà individuale e, conseguentemente, di affermare la risarcibilità — con le limitazioni sopra precisate — di ogni danno conseguente alla sua violazione diretta o indiretta.

Del resto, la necessità di una liquidazione unitaria del danno non patrimoniale si rivela in linea con l'insegnamento giurisprudenziale — ormai solo relativamente

<sup>43</sup> Proprio sulla scorta di tale argomentazione, Cass. pen., Sez. un., 18 dicembre 2008, n. 2437, cit., ha escluso che possa integrare il delitto di lesioni la sottoposizione del paziente ad intervento diverso da quello per cui era stato prestato il consenso (conclusosi tuttavia con esito fausto). Il miglioramento delle condizioni di salute complessivamente derivate, infatti, esclude — sotto il profilo penale — che possa dirsi realizzato l'evento "malattia" di cui all'art. 582 c.p., così come impedisce — sotto il profilo civile — la configurabilità di un danno alla salute. Rilevava già, condivisibilmente, GIUNTA, *Il consenso informato all'atto medico tra principi costituzionali e implicazioni penalistiche*, in *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, 2001, 2, 377: «Invero, come la malattia è un processo patologico e non una mera alterazione anatomica, così la salute è una condizione dinamica, che può essere addirittura favorita da atti medici produttivi di alterazioni anatomiche, anche irreversibili. In breve: indipendentemente dalla circostanza che il medico agisca con il consenso del paziente o meno, un atto medico oggettivamente migliorativo della condizione di salute di chi lo subisce non può considerarsi causa di una malattia e, conseguentemente, non può integrare il reato di lesione personale per mancanza di un suo requisito costitutivo, espressamente richiesto dall'art. 582 c.p.».

<sup>44</sup> Principio davvero singolare, come ricorda FRANZONI, *op. cit.*, 795, se è vero che «dottrina e giurisprudenza vi ricorrono con estrema frequenza, nonostante nessuna norma del codice civile espressamente lo preveda». V. anche VISINTINI, *Trattato breve della responsabilità civile. Fatti illeciti. Inadempimento. Danno risarcibile*, cit., 636.

<sup>45</sup> A ben vedere, tale formulazione, che si legge al punto 3.2 della parte motiva, è il frutto di un refuso: si tratta di assicurare ristoro ai pregiudizi, collaterali all'intervento, che il paziente — nell'ambito della scelta a lui solo riservata — avrebbe preferito evitare e non già sopportare (ché se invece preferisse sopportarli non avrebbe interesse ad alcun risarcimento).

<sup>46</sup> Che contempla il riconoscimento della tutela risarcitoria «a chi abbia consapevolmente rifiutato una trasfusione di sangue perché in contrasto con la propria fede religiosa [...], quand'anche gli si sia salvata la vita praticandogliela», ovvero a chi si trovi a sopportare un «acuto o cronico dolore fisico [...] nel caso in cui la scelta del medico di privilegiare la tutela dell'integrità fisica del paziente o della sua stessa vita, ma a prezzo di sofferenze fisiche che il paziente avrebbe potuto scegliere di non sopportare, sia stata effettuata senza il suo consenso», o ancora «il diritto al risarcimento per la lesione derivata da un atto terapeutico che abbia salvaguardato la salute in un campo a discapito di un secondario pregiudizio sotto altro pure apprezzabile aspetto, che non sia stato tuttavia adeguatamente prospettato in funzione di una scelta consapevole del paziente, che la avrebbe in ipotesi compiuta in senso difforme da quello privilegiato dal medico», oltre al «turbamento ed alla sofferenza che deriva al paziente sottoposto ad atto terapeutico dal verificarsi di conseguenze del tutto inaspettate perché non prospettate e, anche per questo, più difficilmente accettate».

<sup>47</sup> Salvo voler aderire alla concezione — utopisticamente propugnata dall'Organizzazione mondiale della sanità — della salute come «stato di completo benessere fisico, psichico e sociale e non semplice assenza di malattia».

recente — secondo cui tale figura rappresenta una categoria generale<sup>48</sup>, non suscettiva di distinzioni o partizioni se non a scopo meramente descrittivo. Trova conferma, in quest'ottica, l'inopportunità della perentoria scissione tra lesione alla salute e lesione all'auto-determinazione, prospettata dalla pronuncia sin qui esaminata.

La quantificazione omnicomprensiva dei pregiudizi di cui all'art. 2059 c.c., peraltro, risponde sì all'esigenza di evitare duplicazioni risarcitorie, ma deve conciliarsi con la constatazione che il danno non patrimoniale deve essere liquidato in maniera integrale ed esaustiva, sì che «il giudice avrà l'obbligo di scandagliare — ovviamente *iuxta alligata et probata* — tutte le ripercussioni che l'illecito ha avuto sulla persona lesa, nessuna esclusa»<sup>49</sup>. Sotto questo profilo, allora, emerge ancora una volta l'esigenza di un giudizio fortemente personalizzato che — pur non potendo prescindere dal necessario ricorso ai *barèmes* medico-legali<sup>50</sup> — sia inteso a cogliere le effettive peculiarità della vicenda concreta *sub iudice*, valorizzandone i fattori specifici e, in particolare, quelli singolari, inusuali od anomali. Ma tale ultima osservazione evoca problematiche, di portata tutt'altro che settoriale<sup>51</sup>, le quali meriterebbero ben altra attenzione.

GABRIELE CHIARINI

## MANCATO RECEPIMENTO DELLE DIRETTIVE UE

TRIBUNALE TORINO, IV SEZIONE, 3 maggio 2010, n. 3145 — DOTTA Giudice — T.A. (avv.ti Commodo, Bona, Bracciani) - Presidenza del Consiglio dei Ministri (Avv. Gen. Stato).

**Unione europea — Diritto dell'Unione europea — Mancato recepimento delle direttive UE — Risarcimento dei danni — Obbligazione ex lege dello Stato** (Trattato CE art. 249, comma 3).

*In caso di omesso o tardivo recepimento da parte del legislatore italiano delle direttive UE, sorge il diritto, in capo ai cittadini danneggiati, al risarcimento dei danni*

*che va ricondotto allo schema della responsabilità per inadempimento dell'obbligazione ex lege dello Stato* (1).

 **Omissis.** — Nel merito: Accertare e dichiarare la responsabilità civile della Presidenza del Consiglio dei Ministri, in persona del Presidente del Consiglio dei Ministri pro tempore, per la mancata e/o non corretta e/o non integrale attuazione, nella specie a danno di T.A. della Direttiva 2004/80/CE e, più nello specifico, della norma ivi contenuta che dal 1° luglio 2005 impone agli Stati membri dell'Unione Europea di garantire “adeguato” ed “equo” ristoro alle vittime di reati violenti ed intenzionali impossibilitate a conseguire dai loro offensori il risarcimento integrale dei danni subiti e patendi;

Conseguentemente dichiarare tenuta e condannare la Presidenza del Consiglio dei Ministri, in persona del Presidente del Consiglio dei Ministri pro tempore, al risarcimento dei danni, patrimoniali e non patrimoniali (moralì, biologici, esistenziali), tutti subiti e patendi da T.A. a causa e per effetto dei reati violenti ed intenzionali commessi contro la sua persona il 16 ottobre 2005, nella misura accertanda in corso di causa (comunque equa ed adeguata), con rivalutazione monetaria e interessi, anche compensativi, dal fatto al soddisfo. — **Omissis.**

Conclusioni di parte convenuta: “Rigettarsi la domanda ex adverso proposta perché infondata. Con vittoria delle spese di lite”.

**Motivi di fatto e di diritto:** 1. L'attrice T.A. cittadina rumena ha proposto il presente giudizio nei confronti della Presidenza del Consiglio dei Ministri per vedere accertato l'inadempimento dello Stato italiano rispetto agli obblighi imposti dalla Direttiva 2004/80/CE del 29.4.2004 avente ad oggetto il risarcimento delle vittime di reati violenti ed intenzionali.

Assume l'attrice che lo Stato italiano, nonostante gli inviti e malgrado la procedura di infrazione avviata dalla Commissione Europea avanti la Corte di Giustizia CE nel gennaio 2007, conclusasi con la condanna dell'Italia con sentenza resa in data 29.11.2007, ad oggi non ha ancora attuato la tutela rimediata risarcitoria, tutela che il legislatore comunitario ha imposto agli Stati membri a partire dal primo luglio 2005 a beneficio delle vittime di reati violenti intenzionali.

Sostiene invero l'attrice di rientrare nella predetta categoria in quanto nell'ottobre del 2005 fu sequestrata, picchiata e stuprata per un'intera notte da due ragazzi, come accertato dal Tribunale penale di Torino con sentenza n. 1828/2008.

Assume che la condotta inadempiente dello Stato è tanto più grave in quanto il medesimo era già inottemperante rispetto alla Convenzione Europea sul risarcimento delle vittime di crimini violenti del Consiglio d'Europa del 1983, non ratificata dall'Italia.

<sup>48</sup> È appena il caso di rinviare alle storiche sentenze di Cass., Sez. un., 11 novembre 2008, nn. 26972-26974, tra l'altro in *Resp. Civ. e Prev.*, 2009, 1, 38.

<sup>49</sup> Così, ROSSETTI, *Post nubila phoebus, ovvero gli effetti concreti della sentenza delle Sezioni Unite n. 26972 del 2008 in tema di danno non patrimoniale*, in *Giust. Civ.*, 2009, 949.

<sup>50</sup> Cfr., in tal senso, ROSSETTI, *op. cit.*, 952, il quale condivisibilmente rileva: «Il giudice di merito [...] deve fare i conti [...] anche con l'efficienza che deve garantire nell'amministrazione della giustizia: efficienza che è garantita anche — tra le altre cose — da una ragionevole probabilità delle decisioni giudiziarie. Ora, affidare la ponderazione delle sofferenze soggettive a una valutazione soggettiva variabile caso per caso è scelta che incrementerebbe la proclività alle liti. Quando infatti le parti non possono formulare alcun serio pronostico sulla decisione del giudice sono più inclini a rifiutare proposte transattive: l'una sperando che il giudice sarà generoso nella liquidazione, l'altra fidando all'opposto in un atteggiamento rigoroso. Tuttavia in materia di risarcimento del danno alla salute l'ultima cosa di cui si ha bisogno è un incremento della litigiosità, già molto alta e non sempre in buona fede».

<sup>51</sup> Sulla centralità del “fatto” nell'esperienza giuridica, v. FALZEA, *Il soggetto nel sistema dei fenomeni giuridici*, Milano, 1939, 3 e segg.; DE GIOVANNI, *Fatto e valutazione nella teoria del negozio giuridico*, Napoli, 1958, 21; RUBINO, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, Milano, 1939, 33 e seg.; IRTI, *Rilevanza giuridica*, in *Jus*, 1967, 77; SCOGNAMIGLIO, *Fatto giuridico e fattispecie complessa (considerazioni critiche intorno alla dinamica del diritto)*, in *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.*, 1954, 353 e segg.; CAMMARATA, *Il significato e la funzione del “fatto” nell'esperienza giuridica*, Macerata, 1929, 418 e 428 e segg.; sull'importanza del momento fattuale nell'interpretazione e nella qualificazione (intesi quali aspetti inscindibili di un procedimento conoscitivo unitario), cfr., soprattutto, PERLINGIERI, in *Rass. Dir. Civ.*, 2005, 188 e segg.; v., altresì, CESARINI SFORZA, *Ex facto ius oritur*, estratto dagli *Studi filosofico-giuridici dedicati a Giorgio Del Vecchio*, Modena, 1930, 9, il quale ritiene addirittura “lapalissiana” la constatazione che «occorre conoscere perfettamente il fatto, occorre che esso sia accertato in tutti i suoi aspetti od elementi, perché dal fatto dipende l'applicazione del diritto, ossia il diritto varia col variare del fatto».

Nella citazione l'attrice ripercorre il procedimento penale, e la sentenza che ha condannato i responsabili della violenza entrambi di origine rumena — (*omissis*) e (*omissis*) — peraltro resisi latitanti nel corso del processo penale, dopo che erano stati loro concessi gli arresti domiciliari.

Conclude chiedendo la condanna della Presidenza del Consiglio al risarcimento dei danni subiti dall'attrice a causa e per l'effetto dei reati violenti.

La Presidenza del Consiglio si è costituita assumendo quanto segue:

— che la *ratio* ispiratrice dell'intera direttiva è di facilitare l'accesso all'indennizzo nelle cd. situazioni transfrontaliere nell'ottica di una completa attuazione del principio di libera circolazione delle persone, per impedire che la residenza in uno stato membro diverso da quello in cui si è consumato il reato possa impedire alla vittima di accedere all'indennizzo previsto dall'ordinamento del locus commissi delicti.

— che l'art. 12 par. 2 della direttiva non effettua una puntuale ricognizione delle singole fattispecie di reato cui riconnettere l'obbligo di indennizzo né fornisce criteri atti a determinare la misura equa della somma da riconoscere alle vittime, limitandosi ad enumerare il duplice criterio della intenzionalità e della natura violenta del crimine. Ne consegue che rientra nella esclusiva competenza del legislatore interno determinare quali fattispecie di reato possano essere oggetto di indennizzo. A tal proposito l'Italia già contempla una serie di ipotesi in cui lo Stato è tenuto alla corresponsione di un indennizzo quali appunto:

- la legge 302/1990 per le vittime del terrorismo;
- la legge 340 del 1995 relativa all'estensione dei benefici di cui alla legge n. 302 del 1990 ai familiari delle vittime del disastro aereo di Ustica;
- la legge n. 108 del 1996 in materia di usura;
- la legge n. 70 del 1998 dedicata ai benefici per le vittime della cd. banda della Uno bianca;
- la legge n. 407 del 1998 in favore delle vittime del terrorismo e della criminalità organizzata;
- la legge n. 44 del 1999 avente ad oggetto il fondo di solidarietà per le vittime delle richieste estorsive e dell'usura;
- la legge n. 512 del 1999 relativa al fondo di rotazione per la solidarietà alle vittime dei reati di tipo mafioso.

Ad opinione di parte convenuta dunque solo nei predetti limiti la vittima di un reato violento ed intenzionale potrà rivolgersi allo Stato Italiano, laddove non sia riuscita ad ottenere il ristoro patrimoniale dei danni da parte dell'autore del reato. — *Omissis*.

In astratto, secondo la prospettazione fatta dall'attrice nell'atto di citazione che si duole della mancata ottemperanza dell'Italia alla citata direttiva, l'azione è ammissibile: si richiamano i principi consolidati secondo cui "In caso di omessa o tardiva trasposizione da parte del legislatore italiano nel termine prescritto delle direttive comunitarie (nella specie, le direttive n. 75/362/Cee e n. 82/76/Cee, non autoesecutive, in tema di retribuzione della formazione dei medici specializzandi) sorge, conformemente ai principi più volte affermati dalla Corte di Giustizia, il diritto degli interessati al risarcimento dei danni che va ricondotto — anche a prescindere dall'esistenza di uno specifico intervento legislativo accompagnato da una previsione risarcitoria — allo schema della responsabilità per inadempimento dell'obbligazione ex lege dello Stato, di natura indennitaria per attività non anti-giuridica, dovendosi ritenere che la condotta dello Stato inadempiente sia suscettibile di essere qualificata come anti-giuridica nell'ordinamento comunitario ma non anche alla stregua dell'ordinamento interno. Ne consegue che il relativo risarcimento, avente natura di credito di valore, non è subordinato alla sussistenza del dolo o della colpa e deve essere determinato, con i mezzi offerti dall'ordinamento interno, in modo da assicurare al danneggiato un'adeguata compensazione della perdita subita in ragione del ritardo oggettivamente apprezzabile, restando assoggettata la pretesa risarcitoria, in quanto diretta all'adempiimento di una obbligazione ex lege riconducibile all'area della responsabilità contrattuale, all'ordinario termine decennale di prescrizione.

*Cassazione civile, sezione Unite, 17 aprile 2009 n. 9147*  
Sulla base dei predetti principi dunque:

a) Anche l'inadempimento riconducibile al legislatore nazionale obbliga lo Stato a risarcire i danni causati ai singoli dalle violazioni del diritto comunitario.

b) Il diritto al risarcimento deve essere riconosciuto allorché la norma comunitaria, non dotata del carattere self-executing, sia preordinata ad attribuire diritti ai singoli, la violazione sia manifesta e grave e ricorra un nesso causale diretto tra tale violazione ed il danno subito dai singoli, fermo restando che è nell'ambito delle norme del diritto nazionale relative alla responsabilità che lo Stato è tenuto a riparare il danno, ma a condizioni non meno favorevoli di quelle che riguardano analoghi reclami di natura interna e comunque non tali da rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile ottenere il risarcimento.

c) Il risarcimento del danno non può essere subordinato alla sussistenza del dolo o della colpa.

d) Il risarcimento deve essere adeguato al danno subito, spettando all'ordinamento giuridico interno stabilire i criteri di liquidazione, che non possono essere meno favorevoli di quelli applicabili ad analoghi reclami di natura interna, o tali da rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile ottenere il risarcimento. In ogni caso, non può essere escluso in via generale il risarcimento di componenti del danno, quale il lucro cessante.

e) Il risarcimento non può essere limitato ai soli danni subiti successivamente alla pronuncia di una sentenza della Corte di Giustizia che accerti l'inadempimento.

In conclusione, secondo quanto affermato dalla Corte di Cassazione per realizzare il risultato imposto dall'ordinamento comunitario con i mezzi offerti dall'ordinamento interno, si deve riconoscere al danneggiato un credito alla riparazione del pregiudizio subito per effetto del c.d. fatto illecito del legislatore di natura indennitaria, rivolto, in presenza del requisito di gravità della violazione ma senza che operino i criteri di imputabilità per dolo o colpa, a compensare l'avente diritto della perdita subita in conseguenza del ritardo oggettivamente apprezzabile e avente perciò natura di credito di valore, rappresentando il danaro soltanto l'espressione monetaria dell'utilità sottratta al patrimonio.

Nel caso in esame occorre accertare se lo Stato Italiano sia responsabile per non avere dato attuazione in modo completo alla direttiva comunitaria citata, e cioè per non aver previsto un sistema risarcitorio ovvero di indennizzo per tutti i reati violenti intenzionali e in particolare dei reati di violenza sessuale. — *Omissis*.

Con riguardo all'Italia pare evidente, malgrado il diverso avviso della Presidenza del Consiglio dei Ministri, che il nostro Stato non si è adeguato alla predetta normativa nei termini assegnati dopo l'entrata in vigore della direttiva stessa.

Risulta infatti dal documento 1.19 che la Corte di Giustizia CE con sentenza del 29/11/2007 (doc. 1.19) riscontrò che l'Italia non aveva adottato nel termine prescritto le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative necessarie per conformarsi alla direttiva relativa all'indennizzo delle vittime di reato.

Né la situazione appare mutata dopo il decreto legislativo n. 204/2007 del 29, prospettato dallo Stato Italiano come provvedimento legislativo diretto ad assicurare il recepimento integrale della direttiva nel suo ordinamento giuridico, poiché tale provvedimento disciplina solo gli aspetti formali della procedura sul presupposto che siano già altrimenti individuati (alcuni e non tutti) i reati intenzionali e violenti cui ricolleghere il sistema di indennizzo.

Il decreto legislativo citato infatti all'art. 1 inoltre riconosce l'accesso alla tutela risarcitoria solo "Allorché nel territorio di uno Stato membro dell'Unione europea sia stato commesso un reato che dà titolo a forme di indennizzo previste in quel medesimo Stato" e non già per tutti i reati intenzionali violenti come invece pare imporre la lettera della direttiva.

Al proposito si reputa che gli obblighi dello Stato italiano non possano dirsi esauriti con le previsioni legislative anteriori all'entrata in vigore della direttiva aventi ad oggetto gli

indennizzi per le vittime di atti di terrorismo e di criminalità organizzata, di reati estorsivi e di usura, poiché pur in presenza di tali previsioni la Corte di Giustizia già aveva ravvisato l'inadempimento dello Stato Italiano.

Né d'altra parte si può condividere l'assunto secondo cui rientra nel potere discrezionale dei singoli stati nazionali selezionare discrezionalmente le tipologie di reati violenti e di circoscrivere la gamma di reati interessati dalla possibilità di adire lo Stato ai fini indennitari, poiché l'art. 12 non consente agli Stati questa discrezionalità laddove prescrive che tutti gli Stati membri devono predisporre un sistema di indennizzo delle vittime di reati intenzionali violenti commessi nei rispettivi territori, che garantisca un indennizzo equo ed adeguato delle vittime.

Sotto questo profilo permane pertanto ad avviso del Tribunale l'inadempimento dello Stato Italiano nel dare attuazione della direttiva, sia con riguardo all'istituzione di un sistema di indennizzo che garantisca con riguardo a tutti i reati intenzionali violenti, come prescritto dalla direttiva in modo in equivoco, sia con riguardo alla previsione di un sistema che determini i criteri per garantire un equo ed adeguato indennizzo. — *Omissis*.

Tenuto conto dei principi della Suprema Corte in materia di inadempimento dello Stato rispetto all'attuazione delle direttive comunitarie, scaturisce l'obbligo dello Stato di adeguarsi alla medesima e nel caso in esame di risarcire il danno subito da T.A., sussistendo nel caso di specie sia il requisito del reato violento intenzionale sia quello dell'impossibilità di poter ottenere il ristoro del danno dagli autori del reato.

Sussistono inoltre tutti i presupposti per l'attuazione della tutela risarcitoria collegata alla mancata attuazione di una disposizione comunitaria, secondo quanto pronunciato dalla Corte di Giustizia nella sentenza 19/11/1991, (principi ribaditi anche dalla SC con sentenza 2003/7630) poiché:

il risultato prescritto dalla direttiva 2004/80 implica l'attribuzione di diritti a favore dei singoli;

il contenuto nella direttiva può essere individuato sulla base delle disposizione della direttiva stessa;

sussiste nesso di causalità tra la violazione dell'obbligo a carico dello Stato e il danno subito dai soggetti lesi.

Secondo la più recente giurisprudenza delle Sezioni Unite della Suprema Corte trattasi di risarcimento che non ha natura extracontrattuale ma indennitaria per attività antigiuridica dello Stato che deve assicurare la vittima della perdita subita (S.U., 2009/9147). — *Omissis*.

#### 4. Quantificazione del danno.

Vanno senza dubbio ribaditi i principi per cui il risarcimento ai sensi della citata direttiva deve essere adeguato al fine di consentire una effettiva riparazione (la direttiva parla di un indennizzo equo ed adeguato delle vittime), con criteri non meno favorevoli di quelli che si applicano a richieste analoghe fondate su violazioni di diritto interno, e ispirati al principio di non discriminazione.

I principi di un equo e adeguato indennizzo devono dunque ispirare la liquidazione del danno subito dall'attrice, con la certa consapevolezza che il danno morale che fa seguito a fatti criminosi di questo tipo difficilmente può trovare ristoro sotto un profilo patrimoniale.

Orbene tenuto conto della gravità delle circostanze tempo e di luogo in cui si sono svolti i fatti criminosi, delle modalità con le quali sono stati commessi tali reati, della gravità delle conseguenze morali e psicologiche subite da T.A. che non abbisognano certo di istruttoria, tenuto conto della giovanissima età che la vittima aveva al momento dei fatti, tenuto altresì conto che il sistema istituito prevede un indennizzo tale da assicurare un'adeguata compensazione che proviene peraltro da un soggetto che non ha responsabilità per i fatti

di causa, reputa il Tribunale che il danno da risarcire ai sensi, la cui liquidazione deve essere necessariamente equitativa, possa essere quantificato nella somma di euro 90.000, già comprensiva degli interessi legali e della rivalutazione monetaria.

Pertanto parte convenuta deve essere condannata al pagamento della somma di e 90.000,00 oltre agli interessi legali dalla data della sentenza fino al saldo.

Le spese di causa seguono la soccombenza e vengono liquidate in dispositivo.

P. Q. M.

Il Tribunale di Torino, definitivamente pronunciando nel contraddittorio delle parti, respinte tutte le altre istanze, eccezioni o domande.

Accertato l'inadempimento della Presidenza del Consiglio dei Ministri per mancata attuazione della direttiva 2004/80/CE;

Condanna la Presidenza del Consiglio dei Ministri al pagamento a favore di T.A. della somma di euro 90.000,00, oltre interessi di legge dalla data della sentenza fino al saldo. — *Omissis*.

### (1) La condanna dello Stato italiano al risarcimento dei danni di una vittima di reato per violazione della Dir. 2004/80/CE

SOMMARIO: 1. Introduzione. — 2. I fatti del caso. — 3. Il recepimento della direttiva da parte degli Stati membri. — 4. Conclusioni.

#### 1. Introduzione.

La Dir. 2004/80/CE del 29 aprile 2004, avente ad oggetto il risarcimento delle vittime di reati violenti e intenzionali, avrebbe dovuto essere recepita entro il 1° gennaio 2006. Lo Stato italiano, non certo fra i più puntuali in tema di adempimento degli obblighi derivanti dalla partecipazione all'Unione europea, a proposito della tutela delle vittime dei reati si è dimostrato particolarmente negligente<sup>1</sup>. Nonostante la scadenza del termine (previsto all'art. 18.1 della direttiva), l'Italia ad oggi non ha previsto alcuna tutela risarcitoria a beneficio delle vittime dei reati violenti, se non quella prevista dalle preesistenti leggi volte a tutelare alcune specifiche fattispecie. Di conseguenza, le diverse misure approvate a livello europeo fino ad ora sono rimaste, in Italia, del tutto prive di applicazione. Ci riferiamo, in primo luogo, alla Convenzione del Consiglio d'Europa relativa al risarcimento delle vittime dei reati violenti (Strasburgo, 24 novembre 1983), cui ha fatto seguito, prima della predetta direttiva, la Decisione quadro del Consiglio dell'Unione europea n. 2001/220/GAI del 15 marzo 2001 relativa alla posizione della vittima nel procedimento penale. Vi è chi ha giustamente definito «odioso» tale inadempimento, in considerazione del delicatissimo ambito di applicazione della normativa, e delle conseguenze psichiche e fisiche che possono derivare alle vittime di tali reati<sup>2</sup>. A ciò aggiungiamo che la superficialità del legislatore italiano appare tanto più ingiustificabile se si considerano i numerosi richiami e

<sup>1</sup> A tal proposito, v. NICOLAIDES-ÖBERG, *The Compliance Problem in the European Union*, in *Eipascope*, 1, 2006, 13-19, 15. Secondo i dati riportati nella tabella 1, l'Italia appare, insieme alla Francia, come lo Stato meno diligente, poiché davanti alla Corte di giustizia pende nei confronti dello Stato italiano il

14% del totale delle procedure di infrazione (dati aggiornati al 2004).

<sup>2</sup> Cfr. MASTROIANNI, *Un inadempimento odioso: la Direttiva sulla tutela delle vittime dei reati*, in *Quaderni costituzionali*, 2008, 2, 406-409. Una disamina della situazione italiana è offerta

le diverse sentenze della Corte di giustizia a sanzione di tale comportamento<sup>3</sup>. Infatti, se la ratifica da parte dell'Italia della Convenzione del Consiglio d'Europa, per quanto auspicabile, non fosse obbligata, l'inadempimento della Decisione quadro e della predetta direttiva costituiscono una violazione del diritto comunitario, formalmente rilevato dai giudici europei<sup>4</sup>. Si pensi alla celebre sentenza *Pupino*, relativa all'incidente probatorio, in cui per la prima volta lo strumento dell'interpretazione conforme ha trovato applicazione anche nell'ambito del c.d. III pilastro, al fine di garantire il perseguimento degli obiettivi fissati dalla fonte comunitaria in caso di mancata attuazione in seno all'ordinamento interno<sup>5</sup>.

Inoltre, ad aggravare ulteriormente la posizione dello Stato italiano concorre il fatto che il nostro ordinamento è l'unico che, sul punto, risulta inadempiente verso il diritto comunitario; ad un primo esame, infatti, gli altri ordinamenti europei paiono in linea con la normativa comunitaria<sup>6</sup>. Nell'ordinamento italiano, infatti, la direttiva è stata recepita tramite il D.Lgs. n. 204/2007, che si sofferma analiticamente sulle questioni procedurali, mentre nulla dispone ai fini dell'attuazione dell'art. 12.2, relativa all'individuazione dei reati cui collegare le conseguenze indennizzatorie.

Sul mancato recepimento di questa disposizione si fonda l'azione da cui deriva la sentenza in commento. Infatti, trattandosi di una direttiva non *self executing*, l'unico possibile rimedio per i cittadini danneggiati a seguito di tale mancato recepimento è l'azione per ottenere un risarcimento dei danni da parte dell'organo nazionale cui è imputabile tale inadempimento<sup>7</sup>.

## 2. I fatti del caso.

Con la sentenza in commento il Tribunale di Torino ha condannato la Presidenza del Consiglio dei Ministri al pagamento di 90.000 euro a titolo di risarcimento del danno nei confronti di una cittadina che non ha potuto esercitare il diritto all'indennizzo a seguito della man-

cata attuazione della Dir. 2004/80/CE<sup>8</sup>. Il Tribunale penale di Torino (con sentenza confermata dalla Corte d'appello) aveva condannato due soggetti, che nell'ottobre del 2005 avevano commesso diversi reati violenti e intenzionali nei confronti di una cittadina rumena. In un secondo tempo, l'attrice ha agito nei confronti della Presidenza del Consiglio in modo da ottenere a titolo di risarcimento il ristoro economico che le sarebbe spettato a titolo di indennizzo se la direttiva fosse stata correttamente recepita.

La Presidenza del Consiglio si è difesa assumendo che la direttiva in questione non fa riferimento alle singole fattispecie di reato cui riconnettere l'obbligo di indennizzo, ma semplicemente impone il duplice criterio dell'intenzionalità e della natura violenta del crimine. Ne consegue, ad avviso della convenuta, che la determinazione delle fattispecie di reato oggetto di indennizzo rientri nell'esclusiva competenza del legislatore interno. Ne deriverebbe che la portata della direttiva dovrebbe trovare il proprio limite di applicazione nelle singole leggi nazionali che prevedono indennizzi per le vittime di reati che non siano riuscite ad ottenere il ristoro dei danni da parte dell'autore del reato stesso. Il che, come vedremo, ben difficilmente risulterebbe rispettoso del principio di effettività del diritto comunitario, secondo cui gli Stati membri sono tenuti a garantire, nell'ambito della loro autonomia, la tutela effettiva dei diritti spettanti ai singoli in forza delle norme di diritto comunitario.

Nel caso dell'ordinamento italiano, peraltro, si tratta di un ventaglio di ipotesi specifiche e disorganiche, che rispondono, con tutta evidenza, ad un'emergenza derivante da specifici fenomeni criminali, quando non da singoli episodi fra i tanti rimasti irrisolti<sup>9</sup>.

Per la risoluzione della controversia, il giudice fa riferimento alla sentenza della Corte di giustizia che ha dichiarato l'inadempimento da parte dell'Italia, persistente anche dopo il D.Lgs. n. 204/2007, che disciplina gli aspetti formali della procedura senza individuare i reati intenzionali e violenti cui ricollegare il sistema di

in BONA, *La tutela risarcitoria statale delle vittime di reati violenti ed intenzionali: la responsabilità dell'Italia per la mancata attuazione della direttiva 2004/80/CE*, in *Resp. Civ. e Prev.*, 2009, 3, 662-708.

<sup>3</sup> L'Italia è stata condannata per inadempimento dalla Corte di giustizia UE con la sentenza Corte giust. CE, Sez. V, 29 novembre 2007, Commissione delle Comunità europee c. Repubblica italiana, (in causa C-112/07), in *Gazz. Uff.*, C 22 del 26 gennaio 2008, 16. Inoltre, le lacune nella normativa italiana di recepimento della direttiva sono state individuate dalla Commissione europea che, il 20 aprile 2009 (Com (2009)170), ha divulgato la relazione sull'applicazione della direttiva negli Stati membri.

<sup>4</sup> La Corte di giustizia, in risposta al ricorso della Commissione europea del 26 febbraio 2007 (in causa C-112/07), ha accertato l'inadempimento dell'obbligo di attuazione della Dir. 2004/80/CE con sentenza resa in data 29 novembre 2007.

<sup>5</sup> Si tratta della sent. Corte giust. CE, Grande Sez., 16 giugno 2005, Procedimento penale a carico di Maria Pupino. Domanda di pronuncia pregiudiziale: Tribunale di Firenze c. Italia, (in causa C-105/03), in *Racc.* 2005, I-05285, che è stata oggetto di accesi dibattiti dottrinali. A tal proposito, rinviamo all'estesissima bibliografia disponibile.

<sup>6</sup> L'unico altro Stato che non ha previsto un organico sistema di indennizzo delle vittime dei reati è la Grecia. Ad oggi, tuttavia, davanti alla Corte di giustizia non sono pendenti procedure di infrazione relative alla violazione di tale direttiva da parte di

alcun Stato membro, e, come noto, la compatibilità comunitaria è presunta fino a prova contraria. Per una panoramica relativa alle discipline vigenti nei diversi Stati membri, rinviamo al sito della Commissione europea <http://ec.europa.eu>.

<sup>7</sup> Ricordiamo che nei casi di mancato o scorretto recepimento di direttiva *self executing*, il giudice può applicare direttamente la direttiva, in modo da assicurarne l'effetto utile.

<sup>8</sup> Nell'ipotesi di mancato recepimento di direttiva comunitaria legittimato passivo è la Presidenza del Consiglio dei Ministri, cui spetta dirigere la politica generale del governo (art. 95 Cost.) e presentare alle Camere i disegni di legge (art. 5, comma 1, lett. c), legge n. 400/1988), e che pertanto risulta responsabile della cura (anche attraverso l'impulso legislativo, successivo alle deliberazioni del Governo) dell'attuazione degli obblighi comunitari.

<sup>9</sup> Le leggi, puntualmente elencate in sentenza sono: la legge n. 302/1990 per le vittime del terrorismo; la legge n. 340/1995 relativa all'estensione dei benefici di cui alla legge n. 302/1990 ai familiari delle vittime del disastro aereo di Ustica; la legge n. 108/1996 in materia di usura; la legge n. 70/1998 dedicata ai benefici per le vittime della c.d. "banda della Uno bianca"; la legge n. 407/1998 in favore delle vittime del terrorismo e della criminalità organizzata; la legge n. 44/1999 avente ad oggetto il fondo di solidarietà per le vittime delle richieste estorsive e dell'usura; la legge n. 512/1999 relativa al fondo di rotazione per la solidarietà alle vittime dei reati di tipo mafioso.

indennizzo<sup>10</sup>. Ne deriva, ad avviso del giudice, la violazione della direttiva, che all'art. 12.2 impone agli Stati di prevedere un meccanismo indennitario per le vittime di reati intenzionali e violenti<sup>11</sup>.

D'altra parte, il giudice richiama la recente sentenza della Cassazione (Sezione unite, 17 aprile 2009, n. 9147) che riconosce al danneggiato «un credito alla riparazione del pregiudizio subito per effetto del c.d. fatto illecito del legislatore di natura indennitaria, rivolto, in presenza del requisito di gravità della violazione ma senza che operino i criteri di imputabilità per dolo o colpa, a compensare l'avente diritto della perdita subita in conseguenza del ritardo oggettivamente apprezzabile e avente perciò natura di credito di valore, rappresentando il danaro soltanto l'espressione monetaria dell'utilità sottratta al patrimonio»<sup>12</sup>. In altri termini, il risarcimento dovuto dallo Stato all'attrice non ha natura extracontrattuale ma indennitaria per attività antiggiuridica dello Stato<sup>13</sup>.

Per queste ragioni, il giudice ha condannato lo Stato al risarcimento del danno, quantificato in via equitativa.

### 3. Il recepimento della direttiva da parte degli Stati membri.

La direttiva ha come fondamentale obiettivo quello di permettere ai cittadini vittime di reato di ottenere un indennizzo equo indipendentemente dal luogo della commissione del reato. Per questa ragione, la direttiva stabilisce un sistema di cooperazione in modo da facilitare l'accesso all'indennizzo nelle situazioni transfrontaliere, tramite l'applicazione delle discipline nazionali<sup>14</sup>. In generale, il legislatore europeo intende tutelare le vittime di reato tramite un indennizzo da parte dello Stato nel caso in cui l'autore non possieda le risorse necessarie per ottemperare a una condanna al risarcimento dei danni, oppure non possa essere identificato o perseguito. Si tratta, dunque, di un corollario del principio della libertà di circolazione delle persone e dei servizi<sup>15</sup>. Tuttavia, come vedremo, le ripercussioni di tale direttiva vanno ben al di là delle ipotesi di danno derivante da illecito penale intenzionale e violento arrecato ad un cittadino residente in paese dell'Unione europea diverso da quello di residenza.

La questione fondamentale dipende dal fatto che la

direttiva comunitaria non stabilisce espressamente le fattispecie di illecito penale cui collegare il rimedio indennizzatorio, perché si fonda sul presupposto che gli Stati membri, in ottemperanza alla (precitata) Convenzione del Consiglio d'Europa relativa al risarcimento delle vittime dei reati violenti, già prevedano nei confronti dei loro cittadini adeguati sistemi di indennizzo. Per questa ragione, il legislatore comunitario menziona esclusivamente i due elementi costituiti dal carattere violento e intenzionale dell'illecito.

In questo modo agli ordinamenti nazionali è delegato un ampio margine di discrezionalità, poiché tali criteri possono essere interpretati in modo assai variegato. Si pensi in primo luogo al carattere della violenza; a tal proposito, è indubbio che tale elemento caratterizzi reati quali la minaccia, l'estorsione, l'abbandono di persone minori o incapaci, l'omissione di soccorso, la violazione di domicilio, il furto con strappo ecc.<sup>16</sup> A proposito dell'intenzionalità, sussistono dubbi a proposito dei casi di preterintenzionalità, nonché delle ipotesi di incapacità di intendere e di volere indotta dallo stesso autore del reato. Infine, non vengono indicati i danni risarcibili, ovvero se siano indennizzabili solo i danni alle persone o anche i danni patrimoniali, se vi rientri anche il lucro cessante, la perdita di chance ecc.

Il problema rimane aperto, tanto che una disamina delle esperienze straniere dimostra come i singoli ordinamenti, seppur a prima vista in linea rispetto alla direttiva, prevedono ipotesi indennizzabili molto diverse. In Svezia qualunque soggetto che abbia subito un qualunque danno (non solo alla persona ma anche alle cose) in conseguenza di qualunque reato commesso nel Paese può ottenere dallo Stato un risarcimento dei danni, nel caso in cui l'autore del reato non sia identificato o condannato, o non sia in grado di risarcire il danno<sup>17</sup>. Viene risarcita anche la vittima di delitto tentato<sup>18</sup>.

In Francia il risarcimento integrale dei danni subiti è limitato alle vittime che hanno subito lesioni gravi alla persona e violenze sessuali; le vittime di lesioni personali lievi o di taluni reati contro il patrimonio possono ottenere la concessione di sussidi entro un limite fissato<sup>19</sup>. Sono risarcibili le lesioni gravi alla persona, mentre le lesioni lievi alla persona e al patrimonio sono risarcibili solo a condizione che la vittima dimostri che

<sup>10</sup> Cfr. SACCHETTINI, *Una riforma attuata solo a metà a cui manca l'«autorità di decisione»*, in *Guida Dir.*, 2009, 24, 40-42.

<sup>11</sup> Infatti, l'art. 12.2 stabilisce: «Tutti gli Stati membri prevedono a che le loro normative nazionali prevedano l'esistenza di un sistema di indennizzo delle vittime di reati intenzionali violenti commessi nei rispettivi territori, che garantisca un indennizzo equo ed adeguato delle vittime».

<sup>12</sup> A tal proposito mi permetto di segnalare BAIRATI, *La riparazione spettante al soggetto danneggiato a seguito di mancato recepimento, nel termine prescritto, di direttiva comunitaria. Questioni teoriche e implicazioni pratiche della sua corretta qualificazione*, in *Giur. It.*, 2010, 3, 693-701.

<sup>13</sup> Si tratta di un questione a proposito della quale in passato la giurisprudenza si è rivelata ondivaga. Al di là delle questioni definitorie, la soluzione secondo la quale l'obbligo di risarcimento nei confronti dei soggetti danneggiati a seguito di mancato recepimento di direttiva comunitaria si configura non come responsabilità *ex art. 2043 c.c.* ma come un'obbligazione *ex lege* dello Stato risulta particolarmente favorevole ai cittadini; infatti, gli attori non devono provare l'elemento soggettivo e, d'altra

parte, il termine per l'esercizio dell'azione si prescrive in 10 anni (termine ordinario) e non in 5 (termine per l'esercizio dell'azione di risarcimento *ex art. 2043 c.c.*).

<sup>14</sup> *Considerando* alla Direttiva 1-8.

<sup>15</sup> Artt. 45-66 Tratt. sul funzionamento dell'Unione europea.

<sup>16</sup> A tal proposito, non è specificato se si tratti esclusivamente di violenza contro la persona o anche contro le cose. Da ciò deriverebbe un sensibile allargamento delle fattispecie indennizzabili.

<sup>17</sup> Entro un certo limite, viene risarcito anche il lucro cessante.

<sup>18</sup> Preposta al risarcimento delle vittime da reato è la *Crime Victim Compensation and Support Authority (Brottsoffermyndigheten)*. La materia è interamente disciplinata dal *Criminal Injuries Compensation Act (Brottskadelaag)* del 1978.

<sup>19</sup> La *loi* del 6 luglio 1990 ha istituito un regime autonomo di risarcimento danni basato sulla solidarietà nazionale che ha stabilito il principio del risarcimento integrale dei danni provocati da reati contro la persona. Il ricorrente deve inoltrare domanda alla *Commission d'Indemnisation des Victimes d'Infractions près*

da tale fatto sia derivato grave nocimento materiale o psicologico, e di avere un reddito mensile inferiore a una certa soglia (art. 706, comma 3, c.p.p.).

In Germania la legge concernente il risarcimento delle vittime di reati violenti (*Gesetz über die Entschädigung für Opfer von Gewalttaten*) riserva l'indennizzo alle vittime dei reati (violenti) contro la persona, mentre vengono esclusi i reati contro il patrimonio, quali il furto con scasso o la frode (par. 1.1)<sup>20</sup>. Inoltre viene risarcito il solo danno consistente in menomazione fisica o mentale.

In Inghilterra e Galles vengono risarciti coloro che abbiano riportato danni fisici o psichici in seguito a reato sessuale, a lesioni o ad altri reati violenti, implicanti un'aggressione fisica alla persona<sup>21</sup>. In taluni casi è stato considerato reato violento anche la minaccia.

In Spagna la *Ley de Ayuda y Asistencia a las Víctimas de Delitos Violentos y contra la Libertad Sexual* tutela le vittime di reati di natura violenta e dolosa e dei delitti contro la libertà sessuale<sup>22</sup>. Ai fini dell'indennizzo è necessario che in conseguenza del reato si verificino la morte o lesioni personali gravi o danni gravi alla salute fisica o mentale.

D'altra parte, è possibile notare importanti asimmetrie fra i diversi regimi in relazione alla procedura di indennizzo. Si pensi, ad esempio, che il termine di prescrizione per l'esercizio dell'azione è di tre anni dalla data del reato in Francia, due anni in Inghilterra (dalla data in cui si è verificato l'evento)<sup>23</sup> e in Svezia (dal deposito della sentenza o della decisione finale se è stato avviato un processo penale; altrimenti, a partire dalla chiusura o dalla conclusione dell'indagine preliminare, oppure dalla data in cui è stato commesso il reato)<sup>24</sup>, un anno dalla commissione del reato in Spagna<sup>25</sup>; in Germania non è previsto, viceversa, alcun termine di prescrizione<sup>26</sup>.

Nel panorama europeo, la posizione dell'Italia appare in palese contrasto con la disciplina comunitaria. Infatti, la singole leggi che accordano un indennizzo alle vittime dei reati compongono un quadro estremamente disorganico, rispondente non certo ad una strategia complessiva, ma risultante da interventi legislativi derivanti da situazioni contingenti. Infatti, l'elenco delle leggi dimostra come l'obiettivo sia stato quello di addossare allo Stato parte dei danni derivanti da attività criminali con matrice terroristica o mafiosa o, d'altra parte, connessi a singoli fenomeni criminali o ad episodi criminosi rimasti senza un colpevole<sup>27</sup>.

D'altro canto, come anticipato in precedenza, l'argomento secondo cui i legislatori statali sarebbero sovra-

ni nella determinazione delle fattispecie indennizzabili renderebbe lettera morta la normativa europea, e imporrebbe che la seconda trovasse applicazione solo in quanto rientrante nei parametri imposti dagli ordinamenti nazionali. Questo equivarrebbe a negare principi fondamentali dell'ordinamento comunitario quali l'efficacia e l'applicabilità diretta del diritto europeo rispetto agli ordinamenti nazionali. Approfondiremo tali riflessioni in sede di conclusione.

#### 4. Conclusioni.

La sentenza in commento dimostra come le Corti nazionali, chiamate ad operare in un ordinamento aperto, risultante dall'interdipendenza e dalla contaminazione di fonti diverse, siano sempre più avvezze ad applicare correttamente il diritto comunitario, la cui efficacia diretta non può essere ostacolata da comportamenti attivi o omissivi da parte di organi statali esplicanti funzioni sovrane (quella legislativa, in questo caso). D'altra parte, questo fenomeno si inserisce in un più generale ridimensionamento degli atti normativi nazionali, che trovano nel diritto comunitario un nuovo paradigma di legalità. D'altro canto, non c'è dubbio che il diritto comunitario funga da impulso alle riforme promosse in seno agli ordinamenti nazionali in misura decisamente maggiore rispetto alla sua sfera di applicazione. Questo caso, infatti, dimostra l'urgenza di un intervento del legislatore nazionale, sia ai fini di una più ampia tutela delle posizioni giuridiche soggettive, sia in nome della coerenza complessiva del sistema.

In primo luogo, infatti, è evidente che gli strumenti giuridici di supplenza rispetto all'attività legislativa risultano del tutto inadeguati ad assicurare l'efficacia del diritto comunitario. Nel caso di specie, ad esempio, una corte di primo grado ha supplito alle mancanze del legislatore tramite una sentenza di condanna al risarcimento dei danni. L'intervento del giudice, tuttavia, non può svolgere una permanente funzione di supplenza del Parlamento. Infatti il sistema di indennizzo ha un senso solo nella misura in cui prevede una procedura più snella e rapida rispetto alla procedura giurisdizionale ordinaria. Tale questione è stata analiticamente affrontata nella direttiva, tramite la disciplina relativa alle procedure amministrative, all'assistenza al richiedente, alla trasmissione e recezione delle domande ecc.<sup>28</sup> Tuttavia, benché l'Italia abbia recepito tale normativa, si tratta di una disciplina che rimane lettera morta finché non si proceda ad una organica previsione delle fattispecie penali interessate.

*le Tribunal de Grande Instance* (Civi) più vicina al suo domicilio o al luogo ove è stato commesso il reato e gli importi a lui concessi gli vengono versati dal *Fonds de Garantie des victimes d'actes Terroristes et d'autres Infractions*, che è parte in causa e può esercitare un'azione di rivalsa contro l'autore del reato per ottenere il rimborso delle somme versate.

<sup>20</sup> L. 11 maggio 1976, in *BGBI* I 1976, 1181.

<sup>21</sup> *Criminal Injuries Compensation Authority* (Cica, Autorità per il risarcimento delle vittime di reati). La materia è disciplinata dal nuovo *Criminal Injuries Compensation Act* (WA) 2003.

<sup>22</sup> Legge n. 35/1995.

<sup>23</sup> Se lo ritiene ragionevole e nell'interesse della giustizia, la Cica può ammettere eccezioni a questo termine ultimo, nel caso in cui lo ritenga opportuno.

<sup>24</sup> Riferimento.

<sup>25</sup> Art. 7 legge n. 35/1995.

<sup>26</sup> La presentazione della richiesta di risarcimento non è soggetta a termini. I pagamenti vengono effettuati in linea di principio entro un mese dalla presentazione della domanda. Tali pagamenti possono tuttavia essere anche concessi per il periodo che precede la presentazione della domanda, se essa viene presentata entro un anno dal reato.

<sup>27</sup> Per un elenco completo delle leggi, rinviamo alla precedente sezione.

<sup>28</sup> Artt. 2-11.

In assenza di tale intervento, come abbiamo visto, il cittadino danneggiato deve intraprendere una causa costosa e dagli esiti incerti, a fronte di un diritto esplicitamente riconosciuto dall'ordinamento europeo. Nel caso di specie, peraltro, la controversia è stata risolta in primo grado; ma nulla avrebbe impedito che la vittima dovesse sostenere i tempi e i costi di due altri gradi di giudizio prima di poter ottenere il risarcimento. Ne sarebbe derivata una evidente lesione di una posizione giuridica soggettiva, e la disciplina comunitaria sarebbe rimasta sostanzialmente priva di effetti.

D'altra parte, la direttiva trova applicazione poiché si tratta di una situazione transfrontaliera. Ma cosa succederebbe nel caso in cui vittima di analogo reato fosse stato un cittadino italiano? A rigore, in questo caso, la vittima del reato non avrebbe diritto ad alcun risarcimento, se non richiamando l'argomento, complesso e pericoloso, relativo ai c.d. "controlimiti"<sup>29</sup>. Infatti, non è facilmente giustificabile, alla luce del principio di eguaglianza, la discriminazione a rovescio consistente nell'esclusione del cittadino italiano dal rimedio indennizzatorio. Per cui, nel caso in cui la vittima fosse residente in Italia, il giudice potrebbe svolgere un'interpretazione costituzionalmente orientata (art. 2 Cost.) della direttiva, in modo da assicurare ai cittadini residenti in Italia un trattamento analogo a quello riservato ai non residenti.

La questione si riproporrà finché perdurerà tale inerzia, per cui non resta che auspicarsi, una volta di più, un nuovo intervento del legislatore italiano, magari persuaso del carattere ingiustificatamente discriminatorio di questa differenziazione a fronte di posizioni giuridiche interessate da forti elementi di analogia. In alternativa, sulla medesima constatazione potrebbe fondarsi una pronuncia della Corte costituzionale in tema di c.d. "discriminazioni a rovescio". Fino a quel momento, bisognerà affidarsi al ruolo di raccordo fra livello comunitario e ordinamento interno ricoperto non solo dalla Corte di cassazione, ma anche dai giudici di merito, tramite un'interpretazione della disposizione nazionale quanto più possibile in consonanza con le linee dettate dalla Corte di giustizia da un lato, e dalla Costituzione italiana dall'altro.

LORENZO BAI RATI

## CLAUSOLA CLAIMS MADE

TRIBUNALE MILANO, V SEZIONE, 18 marzo 2010, n. 3527 — SPERA *Giudice* — R.C. (avv. Di Giuseppe, Ferrari) - Azienda ospedaliera X (avv. De Pascale) ed altro.

**Assicurazione (Contratto di) — Assicurazione contro i danni — Assicurazione per la responsabilità civile — Clausola civile — Clausola *claims made* — Limitazione di responsabilità — Validità — Condizioni — Clausola *claims made* pura e clausola *claims***

***made mista* — Differenza — Rilevanza — Fattispecie** (C.c. artt. 1229, 1341, 1422, 1913, 1917, 1932).

*La clausola claims made contenuta in un contratto di assicurazione per la responsabilità civile — in virtù della quale l'assicuratore assume la garanzia solo per le richieste di risarcimento presentate per la prima volta nel corso del periodo di assicurazione — non vale a connotare il contratto come atipico, mentre deve essere accertato se tale clausola, avuto riguardo alle sue concrete modalità operative, determini una limitazione di responsabilità a favore della compagnia di assicurazione. In virtù di tale principio, nella specie è stato affermato che deve ritenersi valida ed efficace la clausola del contratto di assicurazione per la responsabilità civile di una azienda ospedaliera che prevede l'assunzione della garanzia per tutte le richieste di risarcimento presentate all'assicurato per la prima volta durante il periodo di efficacia della assicurazione, anche se precedenti la conclusione del contratto; mentre è vessatoria e inefficace ai sensi dell'art. 1341 c.c. la limitazione della garanzia, contenuta in detta clausola, ai fatti verificatisi non oltre tre anni prima della conclusione del contratto di assicurazione (1).*

 *Omissis.* — *Svolgimento:* Con atto di citazione ritualmente notificato, C.R. conveniva in giudizio l'Azienda Ospedaliera (omissis) al fine di sentirla condannare al risarcimento di tutti i danni subiti, quantificati in complessivi Euro 47.687,00 o in quella diversa misura ritenuta di giustizia, oltre interessi legali e rivalutazione monetaria, per effetto dell'intervento chirurgico dell'11.03.03.

Si costituiva la convenuta, la quale concludeva, in via principale, per il rigetto della domanda e, in via subordinata, previa chiamata in garanzia della propria compagnia assicuratrice, F., chiedeva la condanna di quest'ultima al risarcimento del danno subito dall'attore, ai sensi dell'art. 1917, II comma, c.p.c.

Si costituiva la terza chiamata, la quale eccepiva l'ineoperatività e/o inefficacia della polizza assicurativa di Responsabilità civile verso terzi e/o prestatori d'opera e concludeva, in via principale, per il rigetto delle domande svolte nei suoi confronti; in via subordinata, per la declaratoria di inammissibilità della domanda della convenuta relativamente all'obbligo di garanzia ex art. 1917 cpv. c.p.c.

Il G.I. ammetteva parzialmente le prove dedotte dalle parti e disponeva consulenza tecnica d'ufficio.

All'esito dell'istruttoria, le parti precisavano le conclusioni come in epigrafe trascritte; disposto lo scambio delle sole comparse conclusionali, all'udienza di discussione del 27.01.2010, la causa veniva assegnata in decisione, ai sensi dell'art. 281 *quinquies* cpv. c.p.c. — *Omissis.*

Quanto alle domande proposte dalla convenuta nei confronti della terza chiamata ritiene il Tribunale che debbano essere integralmente rigettate.

La convenuta stipulava con la terza chiamata un contratto di assicurazione per la copertura dei danni derivanti da responsabilità civile professionale in data 01.03.2001.

L'operatività di questa garanzia assicurativa è controversa tra le parti.

Va evidenziato che la polizza contratta dall'Azienda Ospedaliera ha efficacia dal 01.03.2001 al 01.12.2003

La questione sorge in relazione all'art. 23 della polizza, a norma del quale: "La garanzia esplica la sua operatività per tutte le richieste di risarcimento presentate all'Assicurato per la prima volta durante il periodo di efficacia delle presente assicurazione".

<sup>29</sup> Per un approfondimento sulla teoria dei controlimiti, v. ONIDA, "Armonia tra diversi" e problemi aperti. La giurisprudenza

costituzionale sui rapporti tra ordinamento interno e ordinamento comunitario, in *Quaderni costituzionali*, 2002, 549-557.

Va premesso che il trattamento sanitario di cui è causa è stato posto in essere in data 11.03.2003, quindi durante il periodo di vigenza della polizza.

Tuttavia, la richiesta di risarcimento danno perveniva all'assicurato soltanto il 29.12.2005, e quindi circa due anni dopo la scadenza della polizza.

Al fine di godere dell'operatività della garanzia assicurativa, la parte convenuta ha eccepito la nullità e/o l'inefficacia della clausola citata, in quanto non espressamente approvata per iscritto ex art. 1341 cpv. c.c., nonché per mancanza di causa e per contrarietà a norma impegnativa.

La terza chiamata ha chiesto che fosse accertata la tardività, l'improponibilità e/o l'inammissibilità dell'eccezione di nullità e fosse dichiarata, invece, la non vessatorietà e l'efficacia *inter partes* della clausola in esame.

Certamente ritiene questo Tribunale che l'eccezione di nullità della clausola non sia tardiva.

Va rilevando, infatti, che la domanda di parte convenuta è stata proposta nella memoria ex artt. 179/180 c.p.c. in conseguenza delle conclusioni della terza chiamata e, pertanto, tempestivamente e coerentemente con quanto disposto dall'art. 183 c.p.c.

Inoltre, la mancata specifica approvazione per iscritto delle clausole onerose del contratto indicate nell'art. 1341 cod. civ. comporta la nullità, eccepibile da chiunque vi abbia interesse e rilevabile d'ufficio in ogni stato e grado del procedimento, ivi compresa la fase di legittimità dinanzi alla Corte di cassazione (vedi, da ultimo, Cass. sentenza n. 16394/2009).

Sulle altre eccezioni mosse dalla convenuta, giova premettere che la clausola in esame rientra pacificamente tra quelle c.d. *claims made*, ossia a richiesta fatta.

Esistono, in materia di assicurazione della responsabilità civile professionale, due diversi schemi contrattuali.

Lo schema tradizionale, c.d. *loss occurrence* ("insorgenza del danno"), offre la copertura assicurativa per tutti i rischi dedotti nel contratto, posti in essere nel periodo di vigenza della polizza. Conseguentemente, l'assicurato potrà far valere tale copertura assicurativa fino all'integrale decorrenza della prescrizione (nella fattispecie concreta decennale) del diritto del terzo danneggiato al risarcimento del danno.

Il contratto contenente la clausola *claims made*, invece, offre la copertura assicurativa per le richieste di risarcimento che pervengono all'assicurato durante il periodo di vigenza della polizza, indipendentemente sia dal momento in cui si è verificato il rischio dedotto nel contratto, sia dal momento in cui si è prodotto un danno in capo al terzo. Pertanto, la clausola in esame estende l'operatività della garanzia assicurativa anche a tutti i fatti colposi posti in essere prima della stipulazione della polizza (nella fattispecie concreta) fino ai dieci anni precedenti (termine di prescrizione entro il quale il terzo potrà proporre una richiesta di risarcimento).

Il contratto di assicurazione della responsabilità civile, contenente una clausola *claims made*, non rientra nel tenore letterale di cui all'art. 1917 primo comma c.c.: "*l'assicuratore è obbligato a tenere indenne l'assicurato di quanto questi, in conseguenza del fatto accaduto durante il tempo dell'assicurazione, deve pagare a un terzo, in dipendenza della responsabilità dedotta nel contratto*". In particolare, l'inciso — "*fatto accaduto durante il tempo dell'assicurazione*" — collega direttamente il sorgere dell'obbligo in capo all'assicuratore al comportamento colposo posto in essere durante il periodo di vigenza della polizza, e non alla richiesta di risarcimento, come previsto invece dalla clausola in esame. Pertanto risulta pacifico che la clausola *claims made* deroga al primo comma del citato articolo.

Contrariamente a quanto affermato da parte della giurisprudenza, questo Tribunale ritiene che tale deroga sia lecita.

In primo luogo, va osservato che l'art. 1932 c.c. dispone l'inderogabilità della disciplina prevista ai commi terzo e quarto dell'art. 1917 c.c.; conseguentemente il primo comma di questo articolo è certamente derogabile.

In secondo luogo, non merita pregio neppure la tesi secondo cui la disposizione in esame sia da considerarsi implicitamente inderogabile, in quanto "*norma primaria e impe-*

*rativa, di immediata applicazione*" (Tribunale di Casale Monferrato, 25.02.1997; Tribunale di Bologna, 02.10.2002 n. 3318; Tribunale di Genova, 08.04.2008). Occorre infatti evidenziare che l'inderogabilità prevista dall'art. 1932 c.c. opera esclusivamente in senso favorevole all'assicurato, e non è neppure sostenibile (come si spiegherà più avanti) la tesi secondo cui la suddetta clausola sarebbe sempre svantaggiosa per l'assicurato.

Nella fattispecie in esame, la clausola, quindi, deroga nei termini anzidetti all'art. 1917 c.c.

Occorre a questo punto verificare se tale deroga determini o meno l'atipicità del negozio di assicurazione civile professionale ex art. 1917 c.c., valutando in quali termini la clausola in esame incida sul negozio (tipico) previsto dal legislatore.

In proposito, la Corte di Cassazione ha enunciato il seguente principio di diritto: "*Il contratto di assicurazione della responsabilità civile con la clausola claims made non rientra nella fattispecie astratta tipica prevista dall'art. 1917 c.c., ma costituisce un contratto atipico (da ritenersi in linea generale lecito ex art. 1322 c.c.)*" concludendo che "*la clausola claims made, pur non corrispondendo alla previsione legislativa (art. 1917 c.c.) è lecita*" (così la sentenza della Cassazione Civile, n. 5624 del 15 marzo 2005).

Questo Tribunale non condivide la tesi sull'atipicità del contratto in esame.

Va premesso che si configura un contratto nuovo, atipico, quando le parti predispongono un regolamento di interessi non riconducibile ai tipi aventi una disciplina particolare.

Tuttavia, va osservato che la disciplina dei contratti tipici è affidata per lo più a norme dispositive, e, quindi non ogni deroga allo schema astratto previsto dalla legge comporta la creazione di un nuovo negozio.

Pertanto, al fine di verificare la tipicità di un contratto, occorre individuare gli elementi essenziali del tipo legale al quale le parti abbiano inteso ricondurlo e verificare se tali elementi siano presenti nel rapporto instaurato in concreto.

La caratteristica peculiare dei contratti assicurativi è l'aleatorietà, derivante dall'esistenza di un rischio che viene trasferito dall'assicurato all'assicuratore; infatti, il legislatore sanziona con la nullità il contratto assicurativo privo di rischio al momento della stipulazione (art. 1895 c.c.).

Parte della giurisprudenza più recente ha negato la sussistenza di tale elemento nel contratto assicurativo contenente la clausola *claims made*, motivando che "*una clausola di questo tenore è idonea potenzialmente a far venire meno la causa del contratto qualora il terzo danneggiato, per un fatto avvenuto durante l'efficacia della garanzia, richieda il risarcimento quando ormai la garanzia non è più operativa per decorso del termine. Subordina inoltre l'operatività della garanzia alla scelta discrezionale del terzo danneggiato*" (così la citata sentenza del Tribunale di Bologna, 01.10.2002, n. 3318).

Questo Tribunale ritiene, invece, che la clausola *claims made* non comporti né una diversa natura del rischio oggetto del contratto assicurativo, né il venir meno del rischio stesso. In realtà, oggetto della copertura assicurativa rimane il fatto colposo dedotto in polizza.

Tuttavia, tale fatto, generatore del danno, diviene "rilevante" soltanto nell'ipotesi in cui la richiesta di risarcimento del danno (in conseguenza di tale fatto) pervenga all'assicurato "*durante il tempo dell'assicurazione*".

In definitiva, nonostante il rischio dedotto in polizza si riferisca — direttamente — all'eventualità che il terzo avanzi una richiesta di risarcimento e — solo indirettamente — al verificarsi del comportamento colposo, l'oggetto della garanzia assicurativa rimane pur sempre quest'ultimo, ovvero il fatto illecito dedotto in polizza.

Va osservato inoltre che — anche in relazione alla tradizionale tipologia di contratto c.d. *loss occurrence* — l'obbligo dell'assicuratore di tenere indenne il professionista di quanto questi debba pagare ad un terzo, in conseguenza di un comportamento professionale illecito, sorge pur sempre in seguito ad una richiesta di risarcimento avanzata dal danneggiato, momento da cui del resto decorre anche il termine di prescrizione del diritto ex art. 2952 c. 3 c.c.

Consegue a quanto esposto che il contratto di assicurazione della responsabilità civile contenente *claims made* è tipico. Questa statuizione, determinata dalla deroga (consentita) all'art. 1917 c.c., esclude in radice che possa ravvisarsi la excepta nullità della clausola e dell'intero contratto.

In ogni caso, anche a voler ritenere l'atipicità del negozio, deve dichiararsi certamente sussistente un interesse lecito e meritevole di tutela ex art. 1322 c.c., in capo ad entrambi i contraenti, alla stipulazione di un contratto contenente la clausola *claims made* (come del resto riconosciuto anche alla Corte di Cassazione nella citata sentenza n. 5624/2005).

Infatti, il danneggiato può avvalersi di tale clausola per ottenere una copertura assicurativa in relazione a fatti verificatisi precedentemente rispetto alla stipulazione della polizza (particolarmente utile se l'assicurato non fosse coperto da altra polizza per il periodo indicato). L'assicuratore, invece, si avvale di questo nuovo schema contrattuale per gestire in maniera più idonea le riserve e per adeguare l'ammontare dei premi richiesti ai massimali di polizza.

Occorre ora valutare se la clausola in esame debba essere ritenuta vessatoria e pertanto assoggettabile alla disciplina di cui all'art. 1341 c. 2 c.c.

Alcune pronunce giurisprudenziali hanno motivato la necessità della specifica approvazione per iscritto al fine di richiamare l'attenzione dell'assicurato sul particolare assetto di interessi disciplinato con la clausola *claims made*.

Ritiene questo Tribunale che questa considerazione sia irrilevante ai fini della valutazione della vessatorietà della clausola *claims made*. Infatti, la non conoscibilità della clausola potrebbe avere rilevanza quale vizio del consenso ai sensi degli artt. 1427 e ss. c.c. ovvero in tema di responsabilità precontrattuale, ai sensi degli artt. 1337 e 1338 c.c. (di recente, la Cass. n. 24795/2008 ha ravvisato la responsabilità precontrattuale anche laddove le parti abbiano infine concluso un valido contratto).

La Corte di Cassazione ha correttamente affermato che la clausola in esame non è di per sé limitativa della responsabilità ex art. 1341 c.c., e la sua eventuale vessatorietà dipende dallo specifico contenuto che in concreto le parti abbiano inteso attribuirle (apprezzamento rimesso al giudice di merito). Ha inoltre aggiunto che *“una clausola contrattuale può essere ricompresa tra quelle che stabiliscono limitazioni di responsabilità a favore di colui che l'ha predisposta a condizione che essa restringa (ad es. sotto il profilo quantitativo, spaziale o temporale) l'ambito di responsabilità così come fissato, con più ampia estensione, da precetti normativi”* (Cass. Civ. n. 5624/95); *“non possono, pertanto, qualificarsi vessatorie quelle clausole che abbiano, per contenuto, una mera determinazione della effettiva estensione delle reciproche prestazioni dedotte in obbligazione”* (Cass. n. 5390 del 16 giugno 1997).

Alla luce dei citati principi di diritto, ritiene questo Tribunale che la clausola *claims made* c.d. pura, di per sé non sia vessatoria, perché non limitativa della responsabilità. Infatti, nel regime ordinario ex art. 1917 c.c. (contratto c.d. *loss occurrence*), l'assicurato copre la propria responsabilità in relazione ai rischi che si verificano durante il periodo di efficacia della polizza, ma può far valere tale copertura assicurativa (relativa al fatto commesso durante il periodo di efficacia della polizza, di solito annuale) fino al termine di prescrizione del diritto del terzo di proporre una richiesta di risarcimento danni (nella specie, poiché trattasi di responsabilità medica, addirittura fino ai 10 anni successivi).

In presenza della clausola *claims made* c.d. pura, invece, l'assicurazione copre le richieste di risarcimento del danno pervenute all'assicurato nel periodo (di regola annuale) di efficacia della polizza, ma relativamente a tutti i rischi (dedotti in polizza) verificatisi nel decennio precedente, cioè fino al momento in cui esso assicurato potrà ritualmente eccepire la prescrizione del diritto del danneggiato di chiedere il risarcimento del danno.

Dov'è dunque la vessatorietà?

È di tutta evidenza che, di regola, può ravvisarsi un'equivalenza tra le due ipotesi in esame (contratto c.d. *loss occurrence* e con clausola *claims made* c.d. pura) nella valutazione

del rischio assicurato e nel rapporto sinallagmatico tra le parti; talora, potrebbe essere addirittura vantaggioso per l'assicurato stipulare la polizza contenente la clausola *claims made* (si pensi all'ipotesi in cui l'assicurato sia in tutto o in parte privo di copertura assicurativa per i fatti illeciti eventualmente posti in essere in epoca anteriore alla stipulazione della polizza).

*Quid iuris*, invece, nell'ipotesi di clausola *claims made* inserita in sistema c.d. misto?

Questa ipotesi ricorre laddove la clausola in esame sia utilizzata congiuntamente con una diversa clausola, *loss occurrence* o *act committed*, spesso proprio al fine di limitare l'estensione della garanzia, che si produrrebbe con l'applicazione della *claims made* c.d. pura.

In particolare, si verifica spesso l'ipotesi in cui la clausola esclude dalla copertura assicurativa i rischi (condotte colpose e/o eventi dannosi) verificatisi oltre i due-tre anni (o anche più) precedenti alla stipulazione della polizza, fermo restando che la denuncia del terzo deve pervenire all'assicurato durante il periodo di vigenza della stessa.

Certamente in queste ipotesi si determina una limitazione di responsabilità (in relazione ai rischi dedotti e/o al tempo in cui gli stessi si siano verificati) che riduce il lasso di tempo (altrimenti decennale, fino al decorso della prescrizione) entro il quale rimane fermo l'obbligo dell'assicuratore di tenere indenne l'assicurato.

Nel caso di specie, la clausola contiene una limitazione di questo tipo, nella parte in cui dispone che: *“In relazione ai sinistri originati da fatti colposi posti in essere in periodi antecedenti alla validità della presente polizza, e precisamente dalle ore 00.00 dello 01.01.1998, la presente opererà in differenza di limiti e condizioni rispetto alle garanzie prestate dalle polizze che, qualora esistenti, esplicino la propria efficacia al momento del sinistro stesso”*.

Consegue che la clausola in esame debba essere qualificata come vessatoria, e richiede, quindi, la specifica approvazione per iscritto ex art. 1341 c. 2 c.c.

È incontrovertibile che la clausola non sia stata specificamente approvata.

L'Azienda Ospedaliera, facendo valere la vessatorietà della clausola, ha eccepito la nullità e/o l'inefficacia dell'intera clausola *claims made*. Conseguentemente ha invocato altra giurisprudenza che, muovendo dal presupposto (innanzi contestato) dell'inderogabilità dell'art. 1917 c.c., ha ritenuto addirittura che la nullità della clausola in esame comporterebbe la sostituzione di diritto della stessa con il regime ordinario ex artt. 1339 e 1419 cpv. c.c. (v. Tribunale di Milano sentenza n. 5235/09).

Ritiene il Tribunale che queste conclusioni non meritino accoglimento.

L'inefficacia prevista dall'art. 1341 c. 2 deve incidere esclusivamente sulla parte della clausola che comporta una limitazione della responsabilità.

Risulta evidente, infatti, che le parti, con il contratto di assicurazione della responsabilità civile contenente la clausola *claims made*, intendevano regolare i propri interessi con modalità differenti rispetto al regime ordinario di cui all'art. 1917 c.c.

Se si adottasse dunque il regime ordinario, si violerebbe la libera estrinsecazione dell'autonomia negoziale delle parti. Appare, quindi, più coerente con la volontà negoziale manifestata dalle parti applicare la disciplina prevista dalla citata clausola *claims made* c.d. pura.

Inoltre, la nullità dell'intera clausola potrebbe addirittura comportare un'alterazione del rapporto sinallagmatico: l'assicurato potrebbe scegliere se far operare la copertura assicurativa per coprire i rischi verificatisi nei dieci anni precedenti alla stipulazione della polizza, ovvero, facendo valere la nullità dell'intera clausola *claims made*, potrebbe coprire così anche le condotte colpose poste in essere durante il periodo di vigenza del contratto, in relazione a tutte le richieste di risarcimento effettuate fino alla prescrizione del diritto del terzo danneggiato (soprattutto laddove la nullità operi soltanto a vantaggio di una parte vedi Codice del Consumo, artt. 34 e 36).

In definitiva, ritiene il Tribunale che, nella fattispecie concreta, debba dichiararsi la vessatorietà e la conseguente inefficacia della limitazione di responsabilità contenuta nella seconda parte dell'art. 23 della polizza.

Tuttavia, poiché la richiesta di risarcimento all'assicurato è stata pacificamente effettuata oltre il periodo di efficacia della polizza, deve rigettarsi la domanda proposta dalla convenuta nei confronti della terza chiamata.

In considerazione della particolare complessità delle questioni affrontate, ricorrono giusti motivi per dichiarare integralmente compensate le spese processuali tra la convenuta e la terza chiamata.

La presente sentenza è dichiarata provvisoriamente esecutiva *ex lege*. — *Omissis*.

### (1) La clausola *claims made* tra atipicità del contratto, inesistenza del rischio e limitazione di responsabilità

SOMMARIO: 1. Ricognizione del problema. — 2. L'apertura della suprema Corte. — 3. L'assicurabilità dei sinistri già avvenuti. — 4. La questione dell'atipicità del contratto *claims made*. — 5. La vessatorietà della clausola *claims made*. — 6. Considerazioni conclusive.

#### 1. Ricognizione del problema.

La sentenza in esame<sup>1</sup> applica i principi recentemente espressi dalla suprema Corte in tema di (limiti di) validità della clausola *claims made* nei contratti di assicurazione per la responsabilità civile. Ed è al tempo stesso una risposta, in parte critica, alla ricognizione teorica della problematica operata dalla stessa giurisprudenza di legittimità, anche se i profili teorici non risultano sufficientemente approfonditi né dalla pronuncia del Tribunale di Milano né dal precedente di Cassazione cui il Tribunale fa espressamente riferimento<sup>2</sup>.

Lo scenario è quello della assicurazione per la responsabilità civile di cui all'art. 1917 c.c., con riferimento all'attività professionale svolta da medici, avvocati e prestatori intellettuali in genere ai sensi dell'art. 2229 c.c., e anche se essa è esercitata in forma collettiva (soprattutto in ambito medico dagli ospedali pubblici e dalle case di cura private), senza escludere, pur es-

sendo fenomeno in cui il problema sembra meno avvertito, l'assicurazione della responsabilità delle imprese, individuali o collettive, che producono beni o forniscono servizi non riconducibili a prestazioni intellettuali.

La clausola della cui validità si discute è la c.d. *claims made*, "a richiesta fatta", che rappresenta, nella attuale formulazione, l'evoluzione di una raffinata tecnica assicurativa, escogitata per assecondare un preciso interesse di una particolare categoria di assicurati ad essere garantiti anche per comportamenti precedenti la conclusione del contratto di assicurazione, ma diretta oggi soprattutto a circoscrivere e delimitare il più possibile l'assunzione della garanzia da parte dell'assicuratore della responsabilità civile<sup>3</sup> per i comportamenti colposi posti in essere dall'assicurato<sup>4</sup>.

Lo schema del contratto di assicurazione per la responsabilità civile disegnato nell'art. 1917 c.c. (e che, sempre secondo la terminologia anglosassone, è definito *loss occurrence* ossia "insorgenza del danno"), prevede l'obbligo dell'assicuratore di tenere indenne l'assicurato «di quanto questi, in conseguenza del fatto accaduto durante il tempo dell'assicurazione, deve pagare ad un terzo» e, dunque, obbliga l'assicuratore alla manleva del proprio assicurato rispetto a tutti i sinistri verificatisi in costanza di contratto, ossia per un periodo di tempo molto esteso e che va ben al di là della efficacia stessa del contratto di assicurazione. Infatti, l'unico limite temporale è la prescrizione del diritto del danneggiato<sup>5</sup>, perché, una volta cessata l'efficacia del contratto, l'assicuratore è comunque tenuto alla garanzia anche a distanza di anni se il danneggiato agisce per un fatto verificatosi durante l'esistenza del contratto.

Il problema è, dunque, avvertito soprattutto per i c.d. sinistri latenti<sup>6</sup>, ossia per i comportamenti posti in essere dall'assicurato durante il tempo dell'assicurazione ma che abbiano indotto il danneggiato ad avanzare una richiesta risarcitoria a distanza di anni e quasi al limite della prescrizione del diritto. Per tali sinistri, in quanto verificatisi «durante il tempo dell'assicurazione», l'assicuratore è tenuto a manlevare l'assicurato,

<sup>1</sup> La sentenza è pubblicata anche in *Corr. del Merito*, 2010, 11, 1054, con nota di LUBERTI, *Il problema della legittimità delle clausole claims made*.

<sup>2</sup> Si tratta di Cass., 15 marzo 2005, n. 5624, in *Giur. It.*, 2006, 254 con nota di BONUOMO e in *Danno e Resp.*, 2005, 11, 1071 con note di SIMONE, *Assicurazione claims made, sinistro (latente) e dilatazione (temporale) della responsabilità civile* e di LANZANI, *Clausole claims made: legittime ma vessatorie*.

<sup>3</sup> La clausola *claims made*, nella parte in cui limita la assunzione di garanzia ai sinistri denunciati durante il tempo dell'assicurazione, è concepibile solo per i contratti di assicurazione della responsabilità civile diversi dalla responsabilità civile auto, il cui contenuto è eterodeterminato dalla legge la quale non ammette simili limitazioni.

<sup>4</sup> Osservano DONATI-VOLPE PUTZOLU, *Manuale di diritto delle assicurazioni*, Milano, 2009, 180 come il sinistro inteso come fatto dannoso può avere più fasi. Problematica, questa, molto sentita nelle assicurazioni della responsabilità civile da inquinamento, da prodotti difettosi e anche dei professionisti, ove accade che «può trascorrere un periodo più o meno lungo dal momento in cui si verifica il fatto idoneo a produrre il danno al momento in cui il danno si produce o si manifesta»; e tale problema «viene risolto con la c.d. clausola *claims made*». Allo stesso modo si è anche ricordato (CARASSALE, *La clausola claims*

*made nelle polizze di responsabilità civile professionale*, in *Danno e Resp.*, 2006, 5, 600 e MARIOTTI-A. GUACCI-P. GUACCI, *La responsabilità civile nelle polizze di assicurazione*, Milano, 2004, 126) come nel mondo anglosassone la clausola *claims made* sia nata in realtà per assecondare l'interesse di una ben precisa categoria di assicurati, ossia le imprese di produzione di beni, che avevano interesse a essere garantiti anche per la responsabilità derivante dai danni prodotti dai beni posti in circolazione già prima del contratto di assicurazione.

<sup>5</sup> Il termine di prescrizione di riferimento nella responsabilità civile è spesso decennale perché il titolo della responsabilità è contrattuale (si pensi soprattutto nella responsabilità medica, in argomento v. Cass., 30 settembre 2009, n. 20954; Id., 13 aprile 2007, n. 8826; Id., 24 gennaio 2007, n. 1511; Id., 19 aprile 2006, n. 9085).

<sup>6</sup> Ciò riguarda in particolar modo le professioni intellettuali anche se svolte in forma collettiva (si pensi soprattutto agli ospedali), in cui la verifica del sinistro non è sempre di immediata percezione da parte del professionista, che è tenuto ad una obbligazione di diligenza e che è obbligato al risarcimento dei danni provocati dalla cattiva esecuzione della prestazione sia che non abbia fatto conseguire il miglioramento della situazione sia che abbia prodotto un peggioramento della salute (lo spettro della garanzia è, dunque, molto ampio).

anche se la richiesta del danneggiato giunge dopo parecchio tempo<sup>7</sup>.

Dal punto di vista economico e attuariale, secondo lo schema disegnato dall'art. 1917 c.c., alla cessazione del contratto l'assicuratore non ha la certezza di non essere più tenuto a manlevare l'assicurato, perché tale obbligo permane fino a quando non si sia maturato il termine di prescrizione del diritto del danneggiato ad essere risarcito per comportamenti posti in essere dall'assicurato durante il tempo dell'assicurazione. E soprattutto non è possibile sapere, alla data di cessazione del contratto, quali sinistri e di quale peso economico l'assicuratore potrà essere tenuto a garantire l'assicurato.

Gli effetti negativi dell'incertezza temporale (il rischio assicurativo è potenzialmente molto dilatato nel tempo) e non preventivabile nell'esposizione economica alla data di cessazione del contratto, il che non consente di chiudere la posizione dell'assicurato neanche in tale momento, vengono limitati dall'inserimento sistematico nei contratti di assicurazione per la responsabilità civile professionale della clausola *claims made*.

Secondo la formula c.d. "pura" della clausola *claims made*, l'assicuratore assume l'obbligo di manleva per «le richieste di risarcimento presentate per la prima volta all'assicurato nel corso del periodo di assicurazione, qualunque sia l'epoca in cui è stato commesso il fatto che ha dato origine alla richiesta di risarcimento». Pertanto, l'assicuratore è tenuto, fino a quando è efficace il contratto di assicurazione, a manlevare l'assicurato per tutte le "richieste" di danno, siano esse riferite a sinistri verificatisi nel periodo di efficacia dell'assicurazione; ovvero siano insorti in precedenza ma latenti ossia mai formalizzati nei confronti dell'assicurato (nei limiti della prescrizione del diritto del danneggiato e dunque non oltre dieci anni prima la conclusione del contratto di assicurazione).

Siffatta conformazione della clausola *claims made* ha il pregio, ponendosi dal punto di vista dell'assicuratore, di dare certezza circa il numero e l'ammontare dei sinistri indennizzabili da quest'ultimo, il quale, alla cessazione del contratto, è in grado di conoscere esattamente i comportamenti per i quali potrebbe essere chiamato a rispondere e sa che da tale data non sarà più tenuto per i sinistri che, ancorché verificatisi durante il periodo di efficacia del contratto di assicurazione, non siano stati denunciati sino a quel momento.

Ma asseconda (o almeno dovrebbe) anche l'interesse dell'assicurato ad essere coperto, seppure sino a quan-

do vive il contratto di assicurazione, per i sinistri precedenti e non ancora denunciati sino a quel momento, i quali potrebbero essere anche molto risalenti<sup>8</sup>; cui si aggiunge il relativo vantaggio di essere garantito con un massimale teoricamente più congruo perché determinato al momento della conclusione del contratto di assicurazione.

In disparte le ragioni economiche che sottendono la clausola, vi è, in tale pattuzione, un'evidente deviazione o scostamento dallo schema dell'art. 1917 c.c. (e dal sistema del *loss occurrence*), perché l'assicuratore garantisce l'assicurato (anche) per i sinistri «durante il tempo dell'assicurazione» solo fino a quando è in vigore il contratto; mentre, una volta cessato il contratto, il sinistro verificatosi durante la sua vigenza ma che non si sia ancora tradotto in una richiesta di risarcimento, non è garantito.

Tuttavia, il sistema del *claims made* puro non è neanche quello adottato nell'odierna prassi assicurativa perché la clausola *claims made* inserita in tutti i contratti è di tenore diverso ed è definita "mista", in quanto sono garantiti i sinistri denunciati durante il tempo dell'assicurazione e anche se si siano verificati in un'epoca antecedente, purché, questi ultimi, non risalano oltre un certo numero di anni indietro (di norma due o tre e mai oltre i cinque anni). Dunque, il contratto di assicurazione estende a ritroso la copertura assicurativa ai sinistri avvenuti prima della sottoscrizione del contratto, ma con un limite temporale ben preciso che ha come riferimento un certo momento di accadimento del sinistro (e per questo si parla di sistema misto); fermo restando che l'assunzione di garanzia, sia per i sinistri precedenti che per quelli avvenuti in costanza di contratto, è prestata a condizione che essi siano stati denunciati all'assicurato durante tale periodo<sup>9</sup>.

## 2. L'apertura della suprema Corte.

È su tale schema contrattuale (ossia nella sua struttura c.d. mista), imposto dalle compagnie di assicurazione in un mercato in cui l'assicurato di fatto non ha possibilità di incidere sul contenuto contrattuale<sup>10</sup> e che sembra avere come principale se non unico scopo quello di limitare l'esposizione dell'assicuratore, che si è concentrato il dibattito<sup>11</sup> sulla validità della clausola *claims made*.

Dopo alcune pronunce di merito che hanno espresso opinioni varie e discordanti, poche orientate ad affermare la validità della previsione<sup>12</sup> e la maggioranza

<sup>7</sup> Altro discorso è ovviamente quello della prescrizione biennale del diritto dell'assicurato prevista dall'art. 2952 c.c., che si matura solo se l'assicurato riceve una richiesta di risarcimento e non la denuncia entro due anni all'assicuratore. Peraltro, il solo fatto che l'assicurato conosca un fatto che astrattamente potrebbe essere fonte di responsabilità non è idoneo a far decorrere il termine di prescrizione se non vi è, appunto, una specifica richiesta da parte del danneggiato.

<sup>8</sup> È possibile immaginare un professionista o un ospedale che si assicuri per la prima volta e che cerchi una copertura anche per tutti i comportamenti pregressi che possano aver dato luogo a sinistri, ma non conosciuti dall'assicurato.

<sup>9</sup> Nei contratti di assicurazione per la responsabilità civile secondo lo schema del *claims made* possono essere contenute anche ulteriori coperture, previste quali condizioni aggiuntive e

che devono essere espressamente richiamate nel contratto, quali la "clausola del tramonto" (*sunset clause*) che estende la copertura anche dopo la cessazione del contratto se l'assicurato cessa di svolgere l'attività dedotta in contratto; e la clausola della copertura c.d. postuma, ossia estesa alle denunce pervenute per un certo periodo di tempo dopo la scadenza del contratto (purché riferite a fatti avvenuti durante l'efficacia del contratto e, dunque, con esclusione dei sinistri precedenti il contratto stesso).

<sup>10</sup> In argomento, con specifico riferimento al *claims made*, CARASSALE, *op. cit.*, 596.

<sup>11</sup> In dottrina in generale sull'argomento v. CANDIAN, *Responsabilità civile e assicurazione*, Milano, 1993, 290 e segg.

<sup>12</sup> Trib. Milano, 5 luglio 2005, in *Fallimento*, 2006, 4, 438; Id. Crotone, 8 novembre 2004, in *Assicurazione*, 2004, II, 260.

propensa a ritenerne la nullità<sup>13</sup>, nel 2005<sup>14</sup> la Cassazione ha affrontato per la prima volta la questione ritenendo che la clausola *claims made* è astrattamente valida.

Per vero, la suprema Corte afferma che l'art. 1917 c.c. tipizza una figura di contratto di assicurazione per la responsabilità civile in cui la nozione di "fatto" ovvero di sinistro si ricollega al momento del suo accadimento e non della sua denuncia, sicché «la clausola *claims made* non rientra nella fattispecie astratta tipica prevista dall'art. 1917 c.c., ma costituisce un contratto atipico (da ritenersi in linea generale lecito ex art. 1322 c.c.)». In un successivo passaggio la sentenza aggiunge che «certamente la clausola *claims made*, pur non corrispondendo alla previsione legislativa (art. 1917 c.c.) è lecita (si consideri tra l'altro che, come giustamente osservato dalla parte ricorrente, l'art. 1932 prevede la non derogabilità, se non in senso più favorevole all'assicurato, del terzo e quarto comma dell'art. 1917; ma non del primo comma)».

I giudici di legittimità replicano poi alla tesi dei ricorrenti (era una compagnia di assicurazione a rivendicare la liceità della clausola, di cui la Corte d'appello di Napoli aveva invece affermato la nullità) secondo cui il *claims made* è da ritenersi sempre lecito perché determina una estensione retroattiva della copertura, osservando che «è in realtà tutta da dimostrare (caso per caso) l'affermazione che l'assicurazione *claims made* copre (in misura maggiore o minore) i fatti dannosi antecedenti alla stipulazione del contratto»; per concludere che «proprio in quanto il contratto di assicurazione per la responsabilità professionale con la clausola *claims made* non rientra nella tipica fattispecie astratta prevista dal legislatore ma costituisce un contratto atipico e quindi suscettibile di variare notevolmente da caso a caso, ogni questione al riguardo (compresa quella circa la vessatorietà o meno della clausola di cui al motivo di ricorso successivo) va affrontata caso per caso in relazione al concreto contenuto del singolo contratto in questione (e, tra l'altro, al particolare tipo di responsabilità professionale oggetto di assicurazione)».

La sentenza conclude la disamina affrontando il caso specifico della clausola *claims made* sottoposta al suo esame e considerata vessatoria dalla Corte partenopea ex art. 1341 c.c. se interpretata nel senso di coprire solo i sinistri denunciati durante il periodo di efficacia del contratto di assicurazione, per ritenere la decisione impugnata immune da vizi logici e giuridici, avendo i giudici congruamente motivato sul punto<sup>15</sup>.

Muovendosi nel solco di quanto stabilito della suprema Corte in punto di validità astratta della clausola *claims made*, il Tribunale di Milano, che affronta un caso di un clausola siffatta contenuta in un contratto di assicurazione per la responsabilità civile di un'azienda

ospedaliera, ha escluso la natura atipica del contratto; ha reputato non vessatoria la clausola *claims made* pura; e ha ritenuto, invece, vessatoria e, dunque, da approvare specificamente, la clausola *claims made* mista (con estensione, nella specie, della copertura a ritroso non oltre tre anni dalla conclusione del contratto).

### 3. *L'assicurabilità dei sinistri già avvenuti.*

Prima di affrontare più nello specifico i passaggi della decisione in esame, raffrontandoli soprattutto con i principi fissati dalla suprema Corte, occorre interrogarsi su un aspetto del problema — la validità o meno dell'assunzione della garanzia di un sinistro già verificatosi al momento della stipula del contratto di assicurazione, anche se non denunciato all'assicurato — da entrambe risolto in senso positivo, anche se non sufficientemente messo a fuoco.

Viene in considerazione, nell'ambito delle disposizioni generali dell'assicurazione (Sezione I del Capo XX), l'art. 1895 c.c. che stabilisce che il contratto di assicurazione è nullo se «il rischio non è mai esistito o ha cessato di esistere prima della conclusione del contratto» e che viene interpretato in dottrina nel senso che il rischio non deve essersi ancora verificato, dovendo l'assicurazione avere ad oggetto solo rischi futuri.

A conferma di ciò, si è richiamato l'art. 514 del codice della navigazione (la cui rubrica è "Rischio putativo"), che contempla espressamente l'ipotesi del «rischio mai esistito» o che «ha cessato di esistere» nonché del «sinistro avvenuto prima della conclusione del contratto», e stabilisce che il contratto è nullo solo se la notizia dell'inesistenza, della cessazione o dell'avvenimento del sinistro sia pervenuta prima della conclusione del contratto all'assicuratore futuro<sup>16</sup>. La circostanza che solo per le assicurazioni marittime, e a determinate condizioni, sia assicurabile il rischio già verificatosi è l'argomento usato per sostenere che, in generale nell'assicurazione del codice civile, esso non può essere assicurato.

In una recente pronuncia di merito<sup>17</sup> si è fatto leva proprio su tale argomento per escludere la validità del contratto di assicurazione con clausola *claims made*, osservandosi che l'art. 1895 c.c., là dove sancisce la nullità del contratto nell'ipotesi in cui il rischio abbia cessato di esistere prima della stipula del contratto, «conferma indirettamente che il rischio dedotto nel contratto deve essere un evento futuro ed incerto. L'ipotesi della cessazione del rischio anteriore alla stipula può ricorrere, ad es., quando l'evento temuto si è già verificato. Da quanto esposto discende che la legge non consente né l'assicurazione retroattiva, quella cioè i cui effetti si producano da una data anteriore a quella della stipula del contratto (in tal senso già App. Milano 23.2.1968, in *Assicurazioni*, 1969, II, 83), né l'assicurazione di rischi già verificatisi, ancorché le parti ne

<sup>13</sup> Trib. Bologna, 2 ottobre 2002 n. 3318, in *Dir. ed Eco. Assicurazione*, 2005, 711; Id., 2 ottobre 1998 (citata da SIMONE, *op. cit.*, 1079, nota 1), e Id. Casale Monferrato, 25 febbraio 1997, in *Giur. di Merito*, 1997, 700; Id. Genova, 8 aprile 2008, in *Danno e Resp.*, 2009, 103.

<sup>14</sup> Cass., Sez. III, 15 marzo 2005, n. 5624, cit.

<sup>15</sup> Per completezza, occorre sottolineare che la Cassazione, prima di affermare che la motivazione della Corte d'appello è

immune da vizi in punto di valutazione della vessatorietà della clausola, ha reputato assorbente la decisione della Corte stessa di ritenerla non chiara ed univoca nel senso di garantire solo i sinistri denunciati nella vigenza del contratto di assicurazione.

<sup>16</sup> In argomento FANELLI, *Le assicurazioni*, in *Tratt. Dir. Civ.* a cura di Cicu, Messineo, 1973, 66.

<sup>17</sup> Trib. Roma, 1° marzo 2006, Est. Rossetti, in *Redazione Giuffrè*, 2007.

ignorino l'esistenza (c.d. rischio putativo). La conferma di tale conclusione si rinviene nel fatto che là dove il legislatore ha inteso consentire l'assicurazione di rischi putativi, l'ha fatto espressamente (art. 514 cod. nav.)».

Non sembra, tuttavia, che l'argomento sistematico, ossia il riferimento all'art. 514 del codice della navigazione, sia decisivo al fine di escludere, nella assicurazione disciplinata dal codice civile, l'assicurabilità del sinistro già avvenuto. La disposizione del codice della navigazione è strutturata in modo diverso dall'art. 1895 c.c. in quanto, oltre all'ipotesi del rischio mai esistito e del rischio che ha cessato di esistere, considera l'ipotesi del sinistro già verificatosi in modo espresso e separato, come fattispecie autonoma e non riconducibile alle prime due.

Nel momento in cui, dunque, si constati che l'art. 1895 c.c. contempla solo il «rischio mai esistito» o che «ha cessato di esistere» come ipotesi di inesistenza del rischio e di conseguente nullità del contratto, mentre non fa riferimento alla diversa ipotesi del sinistro già avvenuto, è difficile opinare che tale norma debba interpretarsi nel senso che è nulla anche l'assicurazione del sinistro già verificatosi.

Ad avvalorare, sotto una diversa prospettiva giuridica, una lettura dell'art. 1895 c.c. nel senso di non sanzionare con la nullità l'assunzione della garanzia per i sinistri già avvenuti, è la necessaria distinzione tra il concetto di «rischio» e quello di «sinistro», per cui il rischio è il presupposto del contratto di assicurazione e come tale è un elemento esterno al contratto, e delinea, in termini astratti, la possibilità che un certo accadimento provochi conseguenze pregiudizievoli all'assicurato<sup>18</sup>; mentre il sinistro è l'evento il cui verificarsi può determinare tali conseguenze pregiudizievoli<sup>19</sup> (l'art. 1882 c.c., nel dare la nozione di assicurazione, fa riferimento non al sinistro ma al «danno prodotto all'assicurato da un sinistro»).

Rilievi, questi, che si attagliano in modo specifico proprio all'assicurazione per la responsabilità civile di cui all'art. 1917 c.c., in cui il danno è subito da un terzo,

al quale è rimessa l'iniziativa del se e quando chiedere all'assicurato il risarcimento del danno, e di rendere o meno concreto il danno a carico dell'assicurato ed il rischio che è preso in considerazione dal contratto di assicurazione<sup>20</sup>.

Non sembra, dunque, porsi in contrasto con l'art. 1895 c.c. né, più in generale, con la nozione di assicurazione, il contratto che estenda la copertura assicurativa, prestata per i sinistri verificatisi durante il contratto di assicurazione, anche a quelli antecedenti, il cui rischio si sia concretizzato durante il tempo dell'assicurazione perché solo in quel momento è stata avanzata una specifica richiesta di risarcimento del danno e solo con tale richiesta sono stati portati a conoscenza dell'assicurato.

Una conferma del ragionamento sin qui espresso viene dalla sentenza del Tribunale di Milano che, nell'affrontare la differente questione della tipicità del contratto di assicurazione per la responsabilità civile con clausola *claims made*, osserva che «la clausola *claims made* non comporta né una diversa natura del rischio oggetto del contratto assicurativo né il venir meno del rischio stesso», in quanto l'oggetto della copertura assicurativa è il fatto colposo dedotto in polizza il quale, però, «diviene «rilevante» soltanto nell'ipotesi in cui la richiesta di risarcimento del danno (in conseguenza di tale fatto) pervenga all'assicurato «durante il tempo dell'assicurazione»»<sup>21</sup>.

Vi è poi da considerare che l'art. 1892 c.c. esclude l'assicurabilità dei sinistri e dei danni verificatisi prima dell'assicurazione ma conosciuti dall'assicurato, potendo l'assicuratore, in tale caso, rifiutare l'indennizzo, come affermato da una ormai consolidata giurisprudenza<sup>22</sup>. Una giurisprudenza, questa, formata rispetto a contratti di assicurazione con clausole che estendono la copertura ai sinistri antecedenti al contratto stesso<sup>23</sup>, purché non conosciuti dall'assicurato, e che ha affermato che, qualora l'assicurato ne fosse a conoscenza, la garanzia non opera e ammettendo così la copertura per i sinistri verificatisi in precedenza, ma non conosciuti dall'assicurato.

<sup>18</sup> In argomento v da ultimo ELGUETA, *Il contratto di assicurazione*, in *Diritto civile* a cura di Lipari, Rescigno, III, *Obbligazioni*, III, *I contratti*, Milano, 2009, 972. È chiaro allora che l'assenza del rischio o la cessazione dello stesso prima della conclusione del contratto di assicurazione sono motivo di nullità del contratto perché, venendo meno il rischio, manca la possibilità che si verifichi il sinistro e che si produca il danno.

<sup>19</sup> Il verificarsi del sinistro è solo il presupposto perché si produca il danno a carico dell'assicurato e che può far sorgere l'obbligo dell'assicuratore di rivalere l'assicurato. In questa prospettiva, è il danno prodotto dal sinistro l'oggetto dell'assicurazione e che concretizza il rischio per cui, anche se il sinistro si è verificato, esso non ha necessariamente prodotto un danno indennizzabile dall'assicuratore; e potendo esso verificarsi o essere apprezzato in un momento successivo al sinistro.

<sup>20</sup> Nel senso della validità della decorrenza della garanzia da un momento antecedente alla stipulazione del contratto, si sono espressi DONATI-VOLPE PUTZOLU, *op. cit.*, 129, i quali sottolineano la distinzione giuridica tra «assicurazione retroattiva», in cui l'assicuratore assume l'impegno di risarcire anche i sinistri che si fossero verificati prima della stipulazione, e il «rischio putativo». Secondo gli Autori l'art. 1885 si applica all'assicurazione retroattiva «soltanto quando, per effetto del sinistro già

verificato, sia venuto a cessare il rischio prima della conclusione del contratto (ad es. l'edificio assicurato è stato completamente distrutto da un incendio prima della stipulazione del contratto). Se invece per effetto del sinistro il rischio assicurato non è cessato (come avviene di regola nell'assicurazione della responsabilità civile) manca il presupposto per l'applicazione della norma». Aggiungono gli Autori che «questo non significa che, al di fuori di questa ipotesi, l'assicurazione retroattiva sia sempre valida. Anche in questo caso è determinante la conoscenza da parte dell'assicurato che il rischio si è già avverato, ma non in base ad una applicazione analogica degli artt. 514 e 1021 c. nav., quanto piuttosto ai sensi della disciplina delle dichiarazioni precontrattuali».

<sup>21</sup> In sostanza il Tribunale ritiene che il rischio dedotto in polizza si riferisca indirettamente al comportamento colposo posto in essere, che rimane l'oggetto della garanzia, anche se il rischio cui direttamente ci si riferisce è «l'eventualità che il terzo avanzi una richiesta di risarcimento».

<sup>22</sup> Cass., 4 gennaio 2010, n. 11; Id., 13 marzo 2007, n. 5849; Id., 14 febbraio 2001, n. 2148.

<sup>23</sup> Non si tratta necessariamente di contratti *claims made*, potendo esservi contratti di assicurazione in *loss* con una copertura retroattiva, ossia estesa ai sinistri verificatisi prima della conclusione del contratto stesso.

#### 4. La questione dell'atipicità del contratto claims made.

Il contratto di assicurazione con la clausola *claims made* rientra nel tipo di assicurazione contro danni e nel sottotipo della assicurazione per la responsabilità civile di cui all'art. 1917 c.c. o è un contratto atipico? È, questo, un interrogativo su cui è necessario svolgere qualche premessa e spendere qualche parola.

L'art. 1882 c.c. detta una nozione di contratto di assicurazione che contempla, nella stessa descrizione legale, due distinte vicende contrattuali, regolate da alcune disposizioni generali (artt. 1883-1903 c.c.) e che sono oggetto, poi, di una specifica e distinta disciplina: l'assicurazione contro i danni (artt. 1904 e segg. c.c.) e l'assicurazione sulla vita (artt. 1919 e segg. c.c.).

Si tratta, secondo l'opinione maggioritaria della dottrina<sup>24</sup>, di due distinti tipi contrattuali, anche se accomunati dal presupposto del "rischio", che è l'essenza stessa del concetto di assicurazione: il trasferimento all'assicuratore, dietro pagamento di un corrispettivo delle possibili conseguenze pregiudizievoli di un determinato evento che colpisce la sfera dell'assicurato<sup>25</sup>. E l'appartenenza del contratto di assicurazione all'uno o all'altro tipo assume certamente rilievo ai fini della concreta disciplina, perché dall'inquadramento della singola fattispecie contrattuale dipende l'applicazione delle norme generali dettate per l'uno o per l'altro tipo contrattuale.

All'interno dei due tipi si distinguono alcuni "sottotipi"<sup>26</sup> che sono, nell'assicurazione contro i danni, l'assicurazione sulle cose, sul patrimonio e sulle persone; e nell'assicurazione sulla vita, l'assicurazione per il caso morte (a vita intera o temporanea), per il caso di sopravvivenza e miste. In realtà la questione dei "tipi" assicurativi diventa più complessa se si considera la

normativa di settore, comprese le norme emanate dall'Isvap e dirette a regolamentare gli aspetti, per così dire, "amministrativi" del settore assicurativo, e in cui assume rilievo soprattutto la distinzione per "rami" e, all'interno dei rami, la distinzione dei "rischi"<sup>27</sup>.

In siffatta prospettiva, non può peraltro non ricordarsi il fenomeno che caratterizza la disciplina dei modelli contrattuali di alcuni importanti settori economici, tra cui soprattutto quello bancario, nel quale si è assistito ad un affidamento da parte del legislatore ordinario all'organo di vigilanza della facoltà di «prescrivere che determinati contratti o titoli [...] abbiano un contenuto tipico determinato»<sup>28</sup>, così da attribuire «all'autorità amministrativa un potere di conformazione nell'attività negoziale nel settore, dettata certo con finalità di "trasparenza" dell'operazione economica, ma realizzata tramite lo strumento della tipizzazione e della complementare descrizione del contratto»<sup>29</sup>. Tale fenomeno sembra essersi ora esteso anche al settore assicurativo, se si considera, ad esempio, il recente Regolamento Isvap n. 29 del 16 marzo 2009, emanato in attuazione dell'art. 2, comma 6 del D.Lgs. 7 settembre 2005, n. 209 (codice delle assicurazioni private), e concernente le istruzioni applicative sulla classificazione dei rischi all'interno dei rami, con il quale, accanto ad alcune precisazioni circa la classificazione dei rischi operata dal codice, si è proceduto ad una descrizione dei contratti di assicurazione rientranti nella tipologia di rischio e alla individuazione dei contenuti contrattuali attraverso prescrizione di divieti e attribuzione di facoltà all'assicuratore. Attività, quella di determinazione di alcuni contenuti contrattuali, di cui è dubbia la legittimità, perché l'art. 2, comma 6 del codice delle assicurazioni private<sup>30</sup>, a differenza dell'art. 117, com-

<sup>24</sup> V. ad esempio DONATI-VOLPE PUTZOLU, *op. cit.*, 112.

<sup>25</sup> È per tale motivo che parte della dottrina più risalente ha cercato di ricondurre ad unità il *genus* assicurativo (per una ricognizione del problema, v., da ultimo, ELGUETA, *op. cit.*, 968 e seg.). Osservano DONATI-VOLPE PUTZOLU, *op. cit.*, 115 che «la funzione del contratto di assicurazione, in tutte le sue forme, è quella che si desume dal contenuto economico dell'operazione assicurativa, e cioè la soddisfazione di un bisogno dell'assicurato a costo parziale». Tuttavia, secondo gli Autori, «il fatto è che non è possibile ricondurre ad unità la funzione del contratto di assicurazione facendo leva soltanto sulla prestazione dell'assicuratore descritta dall'art. 1882 c.c.» (112). Sotto tale punto di vista, è il corrispettivo dovuto all'assicuratore l'elemento che assume rilievo nella causa del contratto di assicurazione.

<sup>26</sup> Per la suddivisione in sottotipi v. DONATI-VOLPE PUTZOLU, *op. cit.*; ELGUETA, *op. cit.*, 970. Rispetto a siffatte suddivisioni, resta ancora incerto se l'assicurazione contro gli infortuni e le malattie rientri nell'assicurazione contro i danni o sulla vita o se siano un "tipo" a sé stante (per quest'ultima opinione v. da ultimo DONATI-VOLPE PUTZOLU, *op. cit.*, 116).

<sup>27</sup> Se si considerano in particolare il codice delle assicurazioni private ed i regolamenti di attuazione, vi è una descrizione di numerosi sottotipi contrattuali, enucleati dalle prassi contrattuali e suddivisi per rischi e per rami.

<sup>28</sup> DE NOVA, *Trasparenza e connotazione*, in *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.*, 1994, 935.

<sup>29</sup> Così CUFFARO, *Descrizione legale e contenuto del contratto*, Milano, 2000, 4. Il riferimento dell'Autore è all'art. 117, comma 8 del T.U. delle leggi in materia bancaria e creditizia (D.Lgs. 1° settembre 1993, n. 385) e al potere espressamente conferito alla Banca d'Italia. In particolare tale norma stabilisce che «la Banca d'Italia può prescrivere che determinati contratti, individuati

attraverso una particolare denominazione o sulla base di specifici criteri qualificativi, abbiano un contenuto tipico determinato. I contratti difformi sono nulli. Resta ferma la responsabilità della banca o dell'intermediario finanziario per la violazione delle prescrizioni della Banca d'Italia». Sull'argomento v. anche GRTI, *La "tenuta" del tipo contrattuale e il giudizio di compatibilità*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2008, I, 498. L'Autore ricorda il riconoscimento all'Isvap di un «potere prescrittivo» dal D.Lgs. 17 marzo 1995, n. 174 ma «in punto di determinazione di taluni contenuti del contratto di assicurazione sulla vita». Peraltro, il D.Lgs. n. 174 è stato abrogato dal codice delle assicurazioni private che ha rielaborato i poteri prescrittivi dell'Isvap. In generale, sull'attuazione del codice delle assicurazioni private, v. LUBERTI-MAGNI, *L'attuazione del codice delle assicurazioni*, in *Corr. del Merito, Rassegne Monotematiche*, Milano, 2009.

<sup>30</sup> Il comma 6 dell'art. 2 del codice delle assicurazioni private stabilisce che «l'Isvap adotta, con regolamento, le istruzioni applicative sulla classificazione dei rischi all'interno dei rami nel rispetto del principio di equivalenza dell'autorizzazione nel territorio comunitario». Il ricordato Regolamento Isvap, accanto alle istruzioni applicative, contiene disposizioni, quale ad esempio l'art. 12, che per le assicurazioni prestate a fronte di finanziamenti con cessione del quinto dello stipendio, stabilisce che «il contratto deve prevedere il pagamento del premio a carico dell'ente finanziatore e può prevedere la surrogazione dell'assicuratore nei diritti e nei privilegi vantati dall'ente nei confronti del debitore inadempiente». Il contenuto precettivo e di conformazione del contenuto contrattuale è evidente, ma difficilmente riconducibile al concetto di "istruzione applicativa" delegata dalla legge, se si considera che neanche l'art. 2 del codice contiene disposizioni di tale tenore. Il Regolamento non tocca peraltro tutte le figure o sottotipi contrattuali ma solo quelli che

ma 8 del T.U. bancario, non affida all'Isvap un tale potere<sup>31</sup>.

L'assicurazione per la responsabilità civile rientra nell'ambito del "tipo" di assicurazione contro i danni e può essere qualificata come fattispecie o sottotipo di assicurazione del patrimonio<sup>32</sup>, e trova una precisa definizione nell'art. 1917 c.c., quale garanzia prestata dall'assicuratore per quanto l'assicurato, in conseguenza del fatto accaduto durante il tempo dell'assicurazione, deve pagare ad un terzo.

Come si è cennato, nell'assicurazione per la responsabilità civile secondo la clausola *claims made* "pura" la garanzia si sposta dal «fatto accaduto durante il tempo dell'assicurazione» alle «richieste di risarcimento presentate per la prima volta all'Assicurato nel corso del periodo di assicurazione». La differenza tra lo schema astratto descritto dalla norma e il concreto contenuto contrattuale è che la garanzia comprende i fatti accaduti durante il tempo dell'assicurazione ed anche quelli accaduti prima<sup>33</sup>; ma per entrambi la garanzia cessa con il contratto di assicurazione, nel senso che l'assicuratore copre solo i sinistri denunciati all'assicurato sino a quel momento.

Può tale modificazione far assumere al contratto di assicurazione *claims made* le caratteristiche di contratto atipico rispetto ad una fattispecie contrattuale che è già considerata un "sottotipo" del "tipo" assicurazione contro i danni, ed in disparte ovviamente le classificazioni operate dall'Isvap?

La suprema Corte, considerato che «la clausola *claims made* non rientra nella fattispecie astratta tipica prevista dall'art. 1917 c.c.», ha ritenuto che essa delinei un «contratto atipico, da ritenersi in linea generale lecito ex art. 1322 c.c.», tenuto anche conto del fatto che l'art. 1932 c.c. non annovera l'art. 1917, comma 1, c.c. tra le norme inderogabili, essendo l'inderogabilità limitata ai commi 3 e 4<sup>34</sup>. L'affermazione della sentenza, fondata sulla constatazione della differenza tra schema astratto e concreta fattispecie, si inserisce in un percorso giuridico attraverso il quale la suprema Corte finisce coerentemente con il rinviare all'interprete della concreta fattispecie («susceptibile di variare notevolmente caso per caso»), e, aggiunge la Corte, «anche in relazione al tipo di responsabilità professionale») lo scrutinio di liceità del singolo contratto con clausola *claims made* e l'indagine sulla causa concreta del contratto, ossia sull'assetto degli interessi diviso dalle parti. E, conclude la Cassazione, al giudice del merito è rimessa

anche la valutazione della eventuale vessatorietà delle clausole contenute nel contratto.

Diversa, nella ricostruzione teorica, è l'opinione espressa dal Tribunale con la sentenza in commento, la quale non condivide la tesi dell'atipicità del contratto che, secondo il giudice, si può avere solo «quando le parti predispongono un regolamento di interessi non riconducibile ai tipi aventi una disciplina particolare». Premesso, dunque, che al fine di verificare l'atipicità di un contratto «occorre individuare gli elementi essenziali del tipo legale al quale le parti abbiano inteso ricondurlo e verificare se tali elementi siano presenti nel rapporto instaurato in concreto», secondo il Tribunale «la caratteristica peculiare dei contratti assicurativi è l'aleatorietà, derivante dall'esistenza di un rischio che viene trasferito dall'assicurato all'assicuratore»; e la clausola *claims made* «non comporta né una diversa natura del rischio oggetto del contratto assicurativo né il venir meno del rischio stesso. In realtà, oggetto della copertura assicurativa rimane il fatto colposo dedotto in polizza», il quale diviene rilevante soltanto nell'ipotesi in cui la richiesta di risarcimento del danno pervenga all'assicurato «durante il tempo dell'assicurazione».

La controversa questione del tipo contrattuale e del rapporto con la causa è stata oggetto di autorevoli interventi dottrinari che ha dato luogo ad un lungo dibattito che non pare del tutto sopito né risolto<sup>35</sup> e esula certamente dalla presente indagine. Si può però cercare di attingere alcuni spunti da tale dibattito al fine di mettere a fuoco meglio il problema della validità del contratto *claims made*.

La sussunzione nel "tipo", come è noto, è operazione di ricognizione della fattispecie concreta ai fini della sua riconducibilità ad un astratto schema di riferimento contenuto nella legge, avente un valore descrittivo ma anche funzionale all'applicabilità della disciplina generale dettata dalle legge per quel tipo perché, appunto, rientrante nello schema astratto. Ovvero per ritenere il contratto atipico e, se meritevole di tutela ai sensi dell'art. 1322 c.c., disciplinato dalla volontà delle parti e, ove necessario, dal tipo cui più si avvicina.

Pur nella diversità di accenti e di opinioni, anche sulla *vexata quaestio* del rapporto tra causa astratta e causa concreta<sup>36</sup>, la causa del contratto viene, invece, identificata nell'interesse che concretamente le parti tendono a realizzare, attraverso il ricorso ad uno schema tipico, ad un contratto atipico ovvero ad un contratto tipico ma con l'apposizione di clausole partico-

l'Isvap ha ritenuto necessario disciplinare dopo una attenta ricognizione delle prassi contrattuali e di alcuni effetti indesiderabili cui tali prassi, secondo l'Organo di Vigilanza, avevano dato luogo.

<sup>31</sup> Tali disposizioni regolamentari hanno una necessaria incidenza sull'attività negoziale delle parti e sull'autonomia privata, ponendosi come un limite insuperabile per l'impresa di assicurazione che è tenuta, pena sanzioni da parte dell'Isvap, a conformarsi ai contenuti ed ai precetti indicati dal Regolamento.

<sup>32</sup> DONATI-VOLPE PUTZOLU, *op. cit.*, 179 e segg.

<sup>33</sup> Nei contratti *claims made* si prevede che l'assicurato dichiara di non aver ricevuto richieste risarcitorie né di essere a conoscenza di sinistri.

<sup>34</sup> Secondo CARASSALE, *op. cit.*, 605, il comma 1 dell'art. 1917 c.c. non ha per sua natura necessità di essere considerato formalmente inderogabile perché la garanzia per i fatti accaduti

durante il tempo dell'assicurazione è coesistente alla «struttura generale del contratto di assicurazione» e alla natura stessa del sistema di assicurazione.

<sup>35</sup> Per una attenta ed acuta ricognizione del problema v. di recente CUFFARO, *op. cit.*

<sup>36</sup> La letteratura su causa e tipo nel contratto e nel negozio giuridico è ampia ed è anche difficile offrirne una elencazione completa. V., senza pretesa di esaustività e limitandoci alla dottrina tradizionale che ha aperto il dibattito: GIORGIANNI, voce "Causa (dir. priv.)", in *Enc. Dir.*, VI, Milano, 1960; SACCO, *Autonomia contrattuale e tipi*, in *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.*, I, 1966, 785 e segg.; FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1969; CATAUDELLA, *Sul contenuto del contratto*, Milano, 1974, 194; DE NOVA, *Il tipo contrattuale*, Padova, 1974; COSTANZA, *Il contratto atipico*, Milano, 1981; DI MAJO, *Causa del negozio giuridico*, in *Enc. Giur. Treccani*, 1988.

lari che possono financo snaturarne la apparente tipicità. È dunque all'indagine dell'interesse concreto perseguito dalle parti (la «funzione economico sociale» o, meglio, la «funzione economico individuale»<sup>37</sup>) che è legato lo scrutinio di liceità del contratto voluto dalle parti, sia esso tipico che atipico<sup>38</sup>.

Se si seguono le linee tracciate dalla dottrina nella ricostruzione dogmatica del tipo, la conclusione cui perviene il Tribunale, segnatamente la valutazione del contratto *claims made* come tipico, deve essere preferita, anche se con alcune puntualizzazioni sul percorso argomentativo che sorregge tale opinione.

Non sono, infatti, l'aleatorietà del contratto e l'esistenza di un rischio gli elementi che caratterizzano specificamente il «sottotipo» del contratto di assicurazione per la responsabilità civile, perché si tratta di elementi essenziali del concetto stesso di assicurazione ai sensi dell'art. 1882 c.c., per cui l'assenza della aleatorietà e del rischio dovrebbe far esprimere un giudizio di nullità del contratto stesso.

È vero, invece, che con la clausola *claims made* la responsabilità dedotta nel contratto, ossia il fatto colposo attribuibile all'assicurato e il cui rischio viene trasferito sull'assicuratore, è la stessa che si avrebbe in un contratto *loss occurrence*, ma tale responsabilità viene presa in considerazione e garantita non se è accaduta durante il tempo dell'assicurazione, bensì se è denunciata all'assicurato durante tale periodo e a prescindere dal momento dell'accadimento (e si condivide al riguardo l'opinione espressa dal Tribunale).

È utile in proposito richiamare quanto acutamente osservato<sup>39</sup> circa il fatto che se «il tipo esprime caratteri normali e costanti di una certa categoria di azioni, esso non esaurisce tutto il possibile atteggiarsi in concreto delle azioni appartenenti alla categoria espressa nel tipo. Il concreto negozio giuridico è quasi sempre caratterizzato da elementi personali, da clausole, condizioni che l'autore o gli autori inseriscono per meglio realizzare l'interesse cui tendono». Secondo questa prospet-

tiva di indagine «il tipo, pertanto, proprio perché espressione della normalità, ha una elasticità e consente, nel concreto atteggiarsi del negozio, modificazioni di taluni dei suoi elementi o integrazioni che ne lasciano intatti i caratteri fondamentali; con la conseguenza cioè che, pur dovendosi tener conto degli elementi particolari inseriti nel negozio concreto, sussiste tuttavia la possibilità di assumere il negozio concreto nel tipo astratto e di derivare, da tale sussunzione, l'applicazione delle regole proprie del tipo, in quanto non espressamente modificate»<sup>40</sup>.

Sembra, dunque, corretto assumere il contratto in esame nel tipo (o sottotipo) del contratto di assicurazione per la responsabilità civile, pur nella constatazione che il concreto atteggiarsi del negozio contiene alcune modificazioni degli elementi che connotano il tipo disegnato dall'art. 1917 c.c., dirette alla realizzazione di uno specifico interesse voluto dalle parti e che non è da reputarsi illecito, anche se ne va indagata la «causa concreta» ossia la funzione economico individuale<sup>41</sup>. E senza che tale clausola sia idonea a snaturare la nozione di assicurazione per la responsabilità civile al punto da dare vita ad un contratto atipico di assicurazione (o a un ulteriore «sottotipo»), per cui la relativa disciplina legale può essere applicata anche al contratto con la clausola *claims made*.

##### 5. La vessatorietà della clausola *claims made*.

L'indagine del Tribunale si spinge — dopo aver ricondotto il contratto *claims made* nell'alveo del contratto di assicurazione «tipico» per la responsabilità civile<sup>42</sup> — a valutare se la clausola sottoposta al suo esame e avente le caratteristiche di una clausola mista, in quanto contenente una copertura ai sinistri denunciati durante il tempo dell'assicurazione ma risalenti non oltre tre anni prima, debba essere ritenuta vessatoria ai sensi dell'art. 1341 c.c.<sup>43</sup> Il punto era stato solo sfiorato dalla suprema Corte che, dopo aver qualificato il contratto come atipico e astrattamente lecito, aveva affidato alla valutazione, caso per caso, ogni questione

<sup>37</sup> FERRI, *op. cit.*, 250 e segg.

<sup>38</sup> Il concetto di «causa concreta» si affaccia nella giurisprudenza di legittimità con Cass., 8 maggio 2006, n. 10490, in *Giur. It.*, 2007, I, 2203 che accoglie una nozione di «causa, dunque, ancora iscritta nell'orbita della dimensione funzionale dell'atto, ma, questa volta, funzione individuale del singolo, specifico contratto posto in essere, a prescindere dal relativo stereotipo astratto, seguendo un *iter* evolutivo del concetto di funzione economico-sociale del negozio che, muovendo dalla cristallizzazione normativa dei vari tipi contrattuali, si volga al fine a cogliere l'uso che di ciascuno di essi hanno inteso compiere i contraenti adottando quella determinata, specifica (a suo modo unica) convenzione negoziale». Tale posizione è stata poi confermata da Id., Sez. un., 11 novembre 2008, n. 26972, in *Giust. Civ.*, 2009, 4-5, 913 con nota di ROSSETTI. Di recente v. Id., Sez. un., 18 febbraio 2010, n. 3947, *ivi*, I, 1349 con nota di LAMORGESE, *Il Garantievertrag secondo le sezioni unite*.

<sup>39</sup> FERRI, *op. cit.*, 351 e segg.

<sup>40</sup> È peraltro opinione di FERRI, *op. cit.*, 252 che se normalmente ad una struttura tipica corrisponde un interesse tipico, «nulla vieta ai privati di introdurre nel negozio tipico altri elementi extratipici»; e che in ogni caso «la valutazione da parte dell'ordinamento si deve estendere anche a questi elementi i quali non sono affatto, in sé e per sé, meritevoli di tutela, per il semplice fatto cioè che siano stati inseriti in una struttura tipica». Dunque, rispetto a contenuti contrattuali extratipici nei

contratti tipici deve essere svolta la valutazione di meritevolezza degli interessi ai sensi dell'art. 1322 c.c.

<sup>41</sup> Va ricordato come la clausola *claims made* sia nata storicamente secondo un ben precisa «funzione economico-sociale», ossia per la necessità di tutelare una particolare categoria di imprenditori, i produttori di beni, dai danni prodotti dai beni posti in circolazione già prima del contratto di assicurazione, ma i cui effetti dannosi si apprezzano spesso a distanza di tempo.

<sup>42</sup> Osserva il Tribunale che anche a voler ritenere l'atipicità del negozio, «deve dichiararsi certamente sussistente un interesse lecito e meritevole di tutela *ex art. 1322 c.c.*», perché «il danneggiato può avvalersi di tale clausola per ottenere una copertura assicurativa in relazione a fatti verificatisi precedentemente rispetto alla stipulazione della polizza (particolarmente utile se l'assicurato non fosse coperto da altra polizza per il periodo indicato). L'assicuratore, invece, si avvale di questo nuovo schema contrattuale per gestire in maniera più idonea le riserve e per adeguare l'ammontare dei premi richiesti ai massimali di polizza».

<sup>43</sup> Vale la pena ricordare come la valutazione della limitazione di responsabilità possa essere svolta solo sotto il profilo dell'art. 1341 c.c. in quanto l'assicurato, essendo società o professionista che sottoscrive il contratto in relazione alla attività esercitata, non può essere ritenuta clausola abusiva secondo il codice del consumo. Per altro verso, la recenti disposizioni introdotte dal codice delle assicurazioni private a tutela dell'assicurato,

sulla validità della clausola ed anche sulla sua eventuale vessatorietà ai sensi dell'art. 1341 c.c.<sup>44</sup>

È bene ancora sottolineare che la suprema Corte si era limitata a fissare il principio della astratta liceità del contratto atipico di *claims made*, affidando al giudice di merito il compito di valutarne la validità caso per caso anche sotto il profilo dell'art. 1341 c.c., senza però indicare le linee guida di tale scrutinio e ritenendo che nella specie il *decisum* della Corte d'appello di Napoli<sup>45</sup> fosse immune da vizi perché congruamente motivato.

È però anche interessante notare come la Corte territoriale partenopea, nella decisione impugnata in cassazione, pur svolgendo uno scrutinio subordinato della clausola ai sensi dell'art. 1341 c.c., aveva affermato che «qualora dovesse avere un avallo nella infelice ed insolita formulazione letterale usata, non potrebbe sfuggire alla sanzione di inefficacia che l'art. 1341 c.c. prevede per le clausole vessatorie, comportando essa, con la definizione e precisazione di una copertura per rischi normalmente fuori da un contratto di assicurazione ed escludendo i rischi per i quali di solito ci si assicura per eventi collegati alla colpa professionale, una evidente limitazione di responsabilità, che avrebbe dovuto quanto meno essere approvata specificamente per iscritto al fine di rendere edotto l'assicurato dello spostamento del rischio assicurato rispetto a quello che solitamente viene munito di copertura assicurativa in caso di colpa professionale».

La prospettiva della Corte d'appello di Napoli appare nel senso che la vessatorietà, sotto il profilo della "limitazione di responsabilità", non è riferita alla parte della clausola che dovesse limitare a ritroso il sistema del *claims*, ma alla clausola in sé e per sé, perché è lo «spostamento del rischio assicurato rispetto a quello che solitamente viene munito di copertura assicurativa in caso di colpa professionale» a essere vessatorio. Con la conseguenza, secondo tale prospettiva, che l'intera clausola, ove non approvata specificamente, sarebbe inefficace e riviverebbe la garanzia in *loss* prevista dall'art. 1917 c.c.

Secondo il Tribunale di Milano, invece, la clausola in esame, nella sola parte in cui limita la copertura ai sinistri verificatisi non oltre tre anni prima la decorrenza del contratto di assicurazione, è da ritenersi vessatoria e, non essendo stata specificamente approvata, è nulla.

Specifica il giudice come la nullità colpisca non il sistema del *claims made* ma solo la limitazione temporale, non potendo essere condivisa la tesi secondo cui la nullità colpirebbe l'intera clausola ossia il *claims*, con conseguente sostituzione di diritto con il sistema ordinario del *loss occurrence*. Secondo la sentenza, l'inefficacia deve incidere solo sulla parte di clausola che comporta una limitazione di responsabilità. Peraltro, se si pronunciasse la nullità dell'intera clausola, adottando il regime ordinario, «si violerebbe la libera estrinsecazione dell'autonomia negoziale delle parti. Appare, quindi, più coerente con la volontà negoziale manifestata dalle parti applicare la disciplina prevista dalla citata clausola *claims made pura*»<sup>46</sup>.

La motivazione del Tribunale merita adesione e suggerisce qualche riflessione.

La clausola *claims made*, nella sua astratta configurazione, attribuisce al contratto per la responsabilità civile una funzione in parte diversa rispetto allo schema disegnato dall'art. 1917 c.c., perché assicura una garanzia dell'assicurato per comportamenti, non necessariamente posti in essere durante il tempo dell'assicurazione, ma comunque denunciati in tale periodo. Rispetto a tale schema astratto e ad un peculiare atteggiarsi del rischio assunto attraverso una previsione contrattuale che sposta la garanzia dal fatto accaduto al momento della richiesta di risarcimento, la previsione di una limitazione temporale di copertura che abbia come riferimento i fatti comunque accaduti non oltre un certo periodo prima del contratto stesso può essere effettivamente valutata come limitazione di responsabilità ai sensi dell'art. 1341 c.c. Come anche ricordato dalla suprema Corte nella sentenza del 2005, una clausola contrattuale può essere ricompresa tra quelle che stabiliscono limitazioni di responsabilità a favore di chi l'abbia predisposta qualora essa «restringa l'ambito obiettivo di responsabilità così come fissato, con una più ampia estensione, da precetti normativi (o da altre clausole generali)»<sup>47</sup>.

Con una precisazione, ossia che la limitazione di responsabilità a favore dell'assicuratore, ci sembra, non deve essere valutata rispetto allo schema tradizionale del *loss occurrence* di cui all'art. 1917 c.c., come se la clausola *claims made* mista ne rappresentasse una limitazione di responsabilità<sup>48</sup>, ma rispetto alla stessa clausola *claims made pura* o meglio al significato che assu-

segnatamente l'obbligo di informazione e soprattutto di valutazione dell'adeguatezza del contratto offerto, non sembrano una sufficiente garanzia perché non sono destinate a incidere sulla validità del contratto. Infatti, l'art. 52 del regolamento Isvap n. 5/2006 recita: «Le imprese impartiscono istruzioni agli intermediari di cui si avvalgono affinché, in fase precontrattuale, acquisiscano dal contraente ogni informazione utile a valutare l'adeguatezza del contratto offerto in relazione alle esigenze assicurative e previdenziali di quest'ultimo, nonché, ove appropriato in relazione alla tipologia del contratto, alla propensione al rischio del contraente medesimo»; ma la violazione di tale disposizione espone l'impresa di assicurazione e l'intermediario solo alla censura da parte dell'Isvap, ai sensi dell'art. 62.

<sup>44</sup> La Corte d'appello di Napoli, nel giudizio sottoposto all'esame della suprema Corte, aveva ritenuto vessatoria la clausola *claims made*, ma con motivazione subordinata rispetto ad una diversa interpretazione del contratto. Entrambi i profili erano stati valutati dalla Cassazione congruamente motivati e dunque incensurabili.

<sup>45</sup> La sentenza della Corte d'appello di Napoli, 28 febbraio 2001 è pubblicata in *Dir. ed Eco. Assicurazione*, 2005, 711, con nota di MONTI.

<sup>46</sup> Conclude dunque ritenendo che la clausola *claims made* contenuta nel contratto è valida mentre è inefficace la limitazione di responsabilità ai fatti avvenuti non oltre tre anni prima la conclusione del contratto. Il Tribunale afferma che a non diverse conclusioni si perverrebbe anche se si qualificasse il contratto come atipico, ma la tesi è solo enunciata. In effetti, ove si ritenesse che il contratto è atipico, si dovrebbe ritenere la liceità e la meritevolezza di interesse dello schema *claims made* che ha assunto dignità nella prassi come contratto socialmente tipico, salvo valutare, sempre secondo la prospettiva dell'art. 1341 c.c., se in concreto, rispetto a tale schema astratto, vi sia una limitazione di responsabilità da parte dell'assicuratore.

<sup>47</sup> Così Cass., 16 giugno 1997, n. 5390; V. anche Id., 9 giugno 1999, n. 3890. V. anche Id., 7 aprile 2010, n. 8235; Id., 29 maggio 2006, n. 12804; Id., 12 dicembre 2008, n. 29198.

<sup>48</sup> A siffatta conclusione, inefficacia dell'intera clausola, era

me, nell'assicurazione per la responsabilità civile, il diverso schema della garanzia a richiesta fatta, ossia svincolata dalla data di accadimento del sinistro.

In altri e più chiari termini, nel momento in cui le parti abbiano inteso attribuire rilievo al momento della richiesta risarcitoria piuttosto che alla verifica del fatto, assurgendo la prima a regola o clausola generale del contratto stesso (che è meritevole di tutela e ha comunque una causa lecita), ogni ulteriore previsione che circoscrivesse l'obbligazione dell'assicuratore a quelle richieste risarcitorie che riguardino fatti avvenuti comunque non oltre un certo periodo di tempo (reintroducendo, così, un riferimento alla data dell'accadimento), dovrebbero essere considerate come limitative della responsabilità dell'assicuratore rispetto alla più ampia estensione della garanzia contenuta nel contratto stesso secondo il principio del *claims*<sup>49</sup>.

In siffatta prospettiva, non si tratta di una inefficacia parziale della clausola *claims made*, ma di inefficacia della limitazione di responsabilità prevista nel concreto meccanismo della garanzia *claims made* mista.

Per altro verso, non è corretto prospettare, come alternativa ricostruttiva, l'inefficacia dell'intera clausola e l'applicazione sostitutiva, ai sensi dell'art. 1339 c.c. e dell'art. 1419 c.c., della disciplina prevista dall'art. 1917 c.c. Tale soluzione, non rinnegata in linea teorica dal Tribunale, ma esclusa in concreto secondo la tesi della preferibile inefficacia parziale della clausola, perché rispondente all'effettivo interesse delle parti, susciterebbe comunque perplessità: la possibilità di ritenere nulla la clausola *claims made* con conseguente applicazione di diritto del *loss occurrence* presupporrebbe che si qualificasse l'art. 1917, comma 1, c.c. come norma imperativa, il che ci sembra di dover escludere anche perché, se così fosse, dovrebbe concludersi che la clausola *claims made*, sia essa pura o mista, è comunque nulla anche se specificamente sottoscritta in quanto sempre in contrasto con l'art. 1917 c.c.<sup>50</sup>

#### 6. Considerazioni conclusive.

A questo punto possono essere svolte considerazioni conclusive.

Il contratto *claims made* è ormai la regola nella prassi assicurativa ed ha spodestato di fatto il sistema del *loss occurrence*, per ragioni che paiono legate ad un interesse dell'assicuratore a limitare la propria responsabilità piuttosto che a quella dell'assicurato ad essere coperto anche per i fatti precedenti e non conosciuti né conoscibili. Ciò è più evidente, in generale, per la responsabilità dei singoli professionisti, che difficilmente

possono non essere a conoscenza di propri pregressi comportamenti; e sarebbe addirittura eclatante se, ad esempio, l'assicurato avesse appena iniziato l'attività, sicché il *claims* non avrebbe alcun senso<sup>51</sup>. E la sistematica approvazione per iscritto della relativa clausola mette al sicuro l'assicuratore, non potendo l'assicurato, cui non si addice mai la qualifica di consumatore, giovare delle maggiori tutele previste dal codice del consumo.

Verrebbe fatto di chiedersi se sia possibile, rispetto almeno a vicende contrattuali in cui non si può ravvisare un concreto interesse dell'assicurato al *claims* (e in tale prospettiva l'obbligo per l'assicuratore di valutare la adeguatezza del contratto assumerebbe un ruolo concreto e incisivo), escludere la liceità della relativa previsione contrattuale per assenza della "causa concreta" o della meritevolezza dell'interesse perseguito, pur in presenza di una specifica approvazione della clausola.

Il discorso appare complesso, ma soprattutto potrebbe non sortire effetti favorevoli per l'assicurato, perché l'eventuale nullità del contratto per assenza di causa sarebbe *tranchant*, e difficilmente potrebbe condurre alla sostituzione di diritto del *claims* con il *loss*, stante anche la natura non imperativa dell'art. 1917, comma 1, c.c. Ed è anche difficile immaginare l'applicazione dell'art. 1419, comma 1, c.c., ossia la nullità parziale del contratto (nella sola parte del *claims*), perché certamente l'assicuratore non avrebbe concluso il contratto senza il *claims*<sup>52</sup>.

Non è però escluso che l'Isvap, nella sua continua, anche se spesso di dubbia legittimità<sup>53</sup>, attività di «conformazione nell'attività negoziale» intervenga per escludere che nella assicurazione per la responsabilità civile i modelli assicurativi con clausola *claims made* possano contenere una limitazione temporale di responsabilità, rafforzando così la tutela dell'assicurato e costringendo l'assicuratore a escogitare nuove forme contrattuali di "autotutela" o ad aumentare in modo esponenziale il premio di assicurazione.

FRANCESCO A. MAGNI

## USURA

TRIBUNALE BRINDISI, SEZIONE DISTACCATA FASANO, 10 febbraio 2010, n. 12 — NATALI Giudice — Pascarella (avv. Fusco) - Russi (avv.ti Lucarini, Musa)

giunta la Corte d'appello di Napoli, ritenendo vessatorio lo spostamento della garanzia dal "fatto" alla "richiesta" e considerando, dunque, il precetto normativo dell'art. 1917 c.c. come schema di riferimento che il *claims* deroga in senso limitativo della responsabilità.

<sup>49</sup> Una limitazione di responsabilità, da valutare nella medesima prospettiva dell'art. 1341 c.c., è quella che si trova nei contratti di assicurazione *loss occurrence*, quando si prevede che l'assicurazione vale comunque per le richieste di risarcimento danni pervenute all'assicurato per un periodo di tempo massimo dopo la cessazione del contratto di assicurazione.

<sup>50</sup> È sostanzialmente questa l'opinione di CARASSALE, *op. cit.*, 605. Nel senso della nullità della clausola *claims made*, ma per violazione dell'art. 1895 c.c., si è pronunciato Trib. Roma, 1°

marzo 2006, cit. È invece ancora diverso il percorso argomentativo attraverso il quale la Corte d'appello di Napoli, nella ricordata sentenza del 2001, è giunta a ritenere inefficace il *claims* (v. *supra* nota 47).

<sup>51</sup> Al contrario, il *claims* assumerebbe una precisa funzione economico-individuale, nell'ipotesi in cui l'assicurato non avesse mai avuto coperture assicurative in precedenza ovvero qualora avesse goduto sempre di coperture in *claims*, succedutesi nel tempo senza soluzione di continuità.

<sup>52</sup> All'assicurato che si vedesse opporre la non operatività del contratto, resterebbe solo la magra opportunità di chiedere la nullità del contratto e la restituzione e dei premi versati.

<sup>53</sup> Si rimanda a quanto osservato *supra*, nelle note 30 e 31.

**Danni in materia civile e penale — Reato di usura — Nesso di causalità — *Datio in solutum* — Danno non patrimoniale — Danno esistenziale — Fattispecie** (Cost. artt. 13, 41; C.c. artt. 1197, 1223, 2043, 2059, 2727; C.p. artt. 40, 41, 578).

*Ai fini dell'accertamento del rapporto di causalità giuridica, è sufficiente che la condotta del danneggiante si ponga quale causa dell'evento dannoso secondo l'id quod plerumque accidit (c.d. teoria della causalità adeguata o regolarità causale), a tal fine, rilevando che tal ultimo possa essere ascritto nel novero delle conseguenze normali e ordinarie della prima. Ciò diversamente da quanto richiesto ai fini della responsabilità penale idonea ad incidere, se accertata, sul valore — essenziale e costituzionalmente fondato — della libertà umana. Né il rapporto causale può, di per sé, considerarsi interrotto dall'esistenza di eventuali cause concorrenti, anteriori o sopravvenute, purché non abbiano efficienza causale assorbente rispetto alla condotta criminosa (1).*

 **Omissis.** — Si rende necessario premettere che, con sentenza del 4.5.1981 il Tribunale di Brindisi dichiarava il fallimento della signora Pascarella Maria, titolare di un maglificio denominato “Sole” in Fasano.

Avverso la detta sentenza proponeva opposizione l'odierna attrice deducendo che il fallimento era stato dichiarato allorché era trascorso più di un anno dalla cessazione dell'attività e che non sussisteva lo stato di insolvenza stante il rilevante patrimonio immobiliare della fallita.

Nella pendenza della detta procedura fallimentare, e segnatamente nell'anno 1989, il signor Russi Giulio concordava con la signora Pascarella Maria di provvedere egli stesso alla tacitazione dei creditori insinuati al passivo fallimentare, per un importo stimato in lire 250 milioni circa (secondo le intese transattive raggiunte dallo stesso Russi con la maggior parte dei creditori insinuati), onde consentire il ritorno *in bonis* della Pascarella medesima.

Le parti prevedevano che, ove la Pascarella Maria fosse rientrata *in bonis*, ella gli avrebbe corrisposto l'importo versato maggiorato degli interessi maturati e maturandi al tasso del 29% annuo; mentre, ove ella non fosse ritornata *in bonis*, il Russi avrebbe avuto diritto a soddisfarsi (per il maggiore importo dei crediti acquistati, rispetto da quanto egli effettivamente erogato) sulle somme che sarebbero state ricavate dalla vendita del rilevante patrimonio immobiliare della Pascarella.

Con scrittura del 7.1.89, il Russi e l'attrice trasponevano per iscritto le dette intese, e, il primo al fine di garantirsi la restituzione delle somme da egli anticipate per estinguere il credito, chiedeva ed otteneva l'accensione di ipoteca su tutto il patrimonio della Pascarella. — **Omissis.**

Ed in effetti la Pascarella, con atto di ricognizione di debito e di concessione di ipoteca del 4.3.1989 (*omissis*), si riconosceva debitrice dell'importo di lire 250 milioni (pari all'importo necessario per la definizione dei crediti ammessi al passivo fallimentare) e rilasciava in favore di Russi Giulio garanzia ipotecaria su detto patrimonio immobiliare.

Effettuato il pagamento dei creditori da parte del Russi nel mese di maggio 1989, sopravveniva nel frattempo (in data 28.6.1989) la sentenza di revoca della dichiarazione di fallimento della Pascarella Maria (v. sentenza C. Appello Lecce n. 335/1989 del 28.6.1989).

Per effetto di tale sentenza, quindi, la Pascarella Maria ritornava *in bonis*; nondimeno l'intero proprio patrimonio era ancora gravato dalla ipoteca iscritta a favore del convenuto.

A titolo di parziale restituzione delle somme anticipate dal Russi, per l'estinzione dei crediti ammessi al passivo, la Pascarella provvedeva a versare l'importo di lire 85 milioni in favore del signor Russi Giulio; ciò a mezzo di assegno circolare Citibank di Fasano del 3.10.1989.

Quindi, al fine di estinguere il proprio debito nei riguardi del Russi, la Pascarella — con l'atto di “*Datio in solutum*” stipulato in data 6.4.1991 (*omissis*) — cedeva al Russi [*parte del proprio patrimonio*].

Invero, la vicenda (*omissis*) è stata oggetto, seppur ad altri fini, anche di accertamento penale. In primis, viene in rilievo la sentenza di primo grado del 15.6.1996, depositata il 25.7.1996, che ha dichiarato il Russi Giulio colpevole del resto di usura; condannandolo, altresì, al risarcimento del danno in favore della costituita parte civile Pascarella — danno da liquidarsi in separata sede civile —, al contempo, assegnando in favore della parte civile, a titolo provvisoria immediatamente esecutiva, la somma di lire 20 milioni.

In tale sede, il giudice penale arrivava alle seguenti conclusioni:

1) a fronte di accertato valore della porzione immobiliare oggetto della predetta *datio in solutum*, con riferimento all'epoca della relativa stipulazione, pari a lire 672 milioni e a fronte, altresì, di un credito — così come risultante dalle ricevute acquisite agli atti — pari a lire 300.625.209, “il tasso di interesse annuo conseguito dal Russi” sarebbe stato del 90,70% e, quindi, “indiscutibilmente usurario”.

2) sarebbero stati integrati anche gli ulteriori elementi della fattispecie incriminatrice contestata:

a) lo stato di bisogno: “non vi è dubbio circa la sussistenza di un vero e proprio stato di bisogno in capo alla debitrice, già dichiarata fallita ed impegnata in ogni possibile iniziativa nel disperato tentativo di sanare la propria rilevante esposizione debitoria”;

b) la conoscenza dello stato di bisogno: “Né può revocarsi in dubbio che il Russi avesse piena conoscenza di tale stato di dissesto finanziario, tenuto conto della ampia risonanza di una simile vicenda nell'ambito alquanto limitato della collettività fasanese”.

Dunque, secondo il giudice penale di primo grado “la condotta del Russi ... assumeva i contorni di una clamorosa fattispecie di usura, spingendosi sino alla tipica acquisizione del patrimonio immobiliare della vittima”.

Con sentenza del 14.10.1998, la Corte di Appello di Lecce, in parziale riforma della sentenza Pretore di Brindisi — sezione di Fasano, del 15.6.1996, appellata dal Russi, dichiarava “non doversi procedere contro lo stesso in riferimento al reato ascrittogli perché estinto per prescrizione”, confermando, al contempo, le statuizioni civili della impugnata sentenza.

Il Giudice d'Appello, infatti, applicava al caso di specie l'articolo 578 c.p., affermando che il reato ascritto al Russi doveva essere “dichiarato estinto per intervenuta prescrizione, stante il decorso del termine massimo di sette anni e mezzo dal tempus commissi delicti, avuto riguardo all'apparato sanzionatorio proprio della norma incriminatrice nel (più favorevole) testo vigente all'epoca dei fatti”.

Nondimeno, la Corte pronunciando sulla proposta impugnazione, “ai soli effetti delle disposizioni e dei capi della sentenza che concernono gli interessi civili”, affermava quanto segue:

1) “il valore dell'immobile, depurato dal conguaglio in contanti corrisposto dal Russi per complessive lire 64.400.000=, è risultato di lire 608.100.000”;

2) “la differenza fra tale ultimo importo e quello precedentemente indicato consente di fissare in lire 376.580.791= la cifra totale pagata dalla Pascarella a titoli di interessi, sulla base di un tasso annuo che, secondo la consueta formula stabilita dalla tecnica commercialistica, è stato pari al 70,46%, dunque indubbiamente di natura usuraria”.

Pertanto, la Corte d'Appello, con la detta sentenza, riteneva di tenere ferma le statuizioni civili della impugnata sentenza.

Il ricorso per Cassazione, proposto avverso la suddetta pronuncia dal convenuto, veniva respinto dalla Suprema Corte, che, con sentenza depositata in data 8.2.2000, lo riteneva infondato.

Infatti, il Supremo Consesso non riteneva meritevole di censura la pronuncia adottata dal Giudice di Appello che

aveva aderito alle conclusioni del perito d'ufficio, "dando di tale convincimento adeguata e logica motivazione, del tutto aderente alle risultanze acquisite".

D'altra parte, il giudice di secondo grado aveva provveduto ad evidenziare, "con valutazione in punto di fatto, che il tasso praticato permane usurario pur tenendo conto di somme di denaro mutuate al di fuori della scrittura del 7.1.1989".

Parimenti immune da vizi logici ed aderente alle risultanze processuali, veniva ritenuta "la valutazione del valore del cespite oggetto della datio in solutum, fatta con riferimento ai prezzi correnti all'epoca del contratto rispetto al valore indicato dall'appellante con riferimento all'epoca della procedura fallimentare".

Quanto, poi, alla ricorrenza dello stato di bisogno della parte lesa e dell'approffittamento di tale stato da parte del Russi, requisiti entrambi ritenuti ricorrenti da parte dei Giudici di merito, la Corte osservava che "adeguatamente motivate ed immuni da vizi logici" erano da ritenersi "le argomentazioni portate a sostegno del convincimento di colpevolezza, non mancando i Giudici di merito di sottolineare da un lato che lo stato di bisogno della Pascarella era coincidente con la necessità di evitare gli effetti pregiudizievole del fallimento, e dall'altro che al Russi era ben nota l'esistenza del detto stato, sia per il fatto stesso che la parte lesa si trovava nell'impossibilità di ricorrere a normali forme di credito bancario, tanto che si rivolge all'imputato per ottenere il finanziamento, sia per la risonanza che la procedura fallimentare ebbe nel piccolo centro ove la parte lesa operava, come bene ha evidenziato il primo giudice".

Orbene, al fine di chiarire i rapporti esistenti fra il definito giudizio penale e l'odierno giudizio civile, si rende necessario precisare quanto segue.

Costituisce principio consolidato quello per cui la sentenza del giudice penale che, nel dichiarare estinto per prescrizione il reato, abbia altresì pronunciato condanna definitiva dell'imputato al risarcimento dei danni in favore della costuita parte civile, demandandone la liquidazione ad un successivo e separato giudizio, spiega, in sede civile, effetto vincolante in ordine all'affermata responsabilità dell'imputato che, pur prosciolto dal reato, non può più contestare la *declaratoria iuris* di generica condanna al risarcimento ed alle restituzioni, ma soltanto l'esistenza e l'entità in concreto di un pregiudizio risarcibile (cfr. Cass. 21.12.1998 n. 12767).

Nel caso di specie, i danni di cui può dirsi raggiunta la prova sono:

A) danno non patrimoniale, sub specie, di danno biologico. — *Omissis*.

È noto come, ai fini dell'accertamento del rapporto di causalità giuridica, è sufficiente che la condotta del danneggiante si ponga quale causa dell'evento dannoso secondo l'*id quod plerumque accidit* (c.d. teoria della causalità adeguata o regolarità causale), a tal fine, rilevando che tal ultimo possa essere ascritto nel novero delle conseguenze normali ed ordinarie della prima.

Ciò diversamente da quanto richiesto ai fini della responsabilità penale idonea ad incidere, se accertata, sul valore — essenziale e costituzionalmente fondato — della libertà umana.

Né il rapporto causale può, di per sé, considerarsi interrotto dall'esistenza di eventuali cause concorrenti, anteriori o sopravvenute, purché non abbiano efficienza causale assorbente rispetto alla condotta criminosa.

Si può, dunque, affermare che, qualora la Pascarella non fosse stata vittima della usura, l'evento lesivo della sua integrità psichica non si sarebbe realizzato o, comunque, non sarebbe stato connotato dalla stessa gravità.

Seppur inidonee ad interrompere il nesso causale, alle suddette concause non può disconoscersi qualunque rilievo, potendosi, comunque, considerare influenti ai fini dell'esatta determinazione della percentuale d'invalidità effettivamente riconducibile alla vicenda usuraia.

Data la loro (apprezzabilmente) minore incidenza sulla portata del danno, ad esse può ricondursi il 5 per cento della suddetta invalidità, che, per la sua componente resi-

dua, è, invece, riconducibile eziologicamente alla *datio in solutum*.

D'altra parte risponde ad una regola d'esperienza di difficile smentita che il suddetto reato — per la sua idoneità a privare la vittima della sua abituale capacità di decidere e di organizzare la propria esistenza, relativamente non solo alle scelte di quotidianità; ma anche, come nel caso di specie, all'esercizio della propria attività d'impresa — abbia un'efficienza devastante della psiche della vittima.

La circostanza dell'avvenuta alterazione dell'integrità psichica dell'attrice ha trovato riscontro nelle risultanze della prova testimoniale — *Omissis*.

Quanto alla eccezione per cui la patologia psichica di cui è affetta Pascarella — secondo il criterio della continuità fenomenica — non potrebbe farsi risalire ai fatti per cui è causa, essendo la prima documentazione medica risalente solo al 2000, sono da condividersi le considerazioni espresse, al riguardo, dall'attrice per cui "l'effetto di rilevanza psicopatologica può emergere clinicamente in tempi differiti rispetto allo stressor, tanto che lo stesso DSM [Diagnostic and Statistical Manual of mental disorders: «Manuale Diagnostico e Statistico dei disturbi mentali»] contempla le affezioni ad esordio tardivo".

Di qui l'irrelevanza, ai fini dell'accertamento del nesso causale, dell'esistenza di una siffatta documentazione anteriormente all'anno 2000 (ad esempio, in concomitanza coi ricoveri cui l'attrice si è sottoposta).

Dall'altra parte, ai fini della comprensione dell'effettivo rapporto di causa ed effetto, nel caso di specie, è utile ricordare come la depressione e la malattia neuro-psichiatrica, come accertato dagli studi medici più recenti, siano spesso esse stesse idonee a determinare l'insorgenza successiva di malattie fisiche del corpo.

B) danno non patrimoniale descrivibile, come danno di tipo esistenziale per lesione dei principi costituzionali della libertà di autodeterminazione e della libertà d'impresa.

Accanto al danno biologico, può dirsi raggiunta la prova anche di un danno di natura non patrimoniale distinto dal danno biologico. Se prima dell'avvento delle Sezioni Unite dell'11 Novembre 2008 era pacifica l'affermazione giurisprudenziale secondo cui: "il soggetto passivo dei reati di usura e di estorsione subisce un'alterazione del modo di essere, che configura una alterazione peggiorativa della qualità della vita, obiettivamente apprezzabile, e deve essere definito in termini di danno esistenziale, distinto sia dal c.d. *pretium doloris*, sia dal c.d. danno biologico" (Tribunale Milano, del 18.2.02), la permanente validità di tali conclusioni va, attualmente, vagliata attraverso il "filtro" imposto dalla suddetta pronuncia.

A tal riguardo sovviene, proprio l'applicazione dei principi enucleati dalle Sezioni Unite, attente nell'ancorare la risarcibilità del danno non patrimoniale alla configurazione della lesione di un interesse costituzionalmente rilevante.

Orbene, è indubbio che il coinvolgimento in una vicenda di usura sia idoneo a pregiudicare, da una parte, la capacità di autodeterminazione dell'individuo con riguardo alla propria sfera patrimoniale, dall'altra, la libertà d'impresa, ponendo l'imprenditore nell'incapacità di programmare liberamente le proprie scelte d'investimento.

Ciò premesso, le libertà *de quibus* costituiscono valori costituzionalmente garantiti come dimostra l'univoco dato testuale sia dell'art. 13 Cost., dell'art. 41 Cost. secondo cui "l'iniziativa economica privata è libera".

Né è idonea a infirmare la validità del predetto assunto, così come l'assolutezza dei suddetti valori, la circostanza che tali libertà incontrino dei limiti al loro esercizio; non potendosi, ad esempio, la libertà d'impresa svolgere "in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana".

Quanto alla natura del danno risarcibile, i beni *de quibus* — inerendo la sfera personale e organizzativa dell'imprenditore e del semplice individuo — non hanno una valenza, almeno, direttamente, patrimoniale, non costituiscono un cespite integrativo del patrimonio dell'impresa.

Dunque, il danno, conseguente alla compressione della libertà d'impresa o libertà di autodeterminazione dell'individuo con riguardo alla propria sfera patrimoniale, avrà natura necessariamente non patrimoniale.

È ovvio che l'accoglimento della pretesa risarcitoria presuppone un adeguato assolvimento dell'onere probatorio da parte del danneggiato che potrà dedurre e provare, se imprenditore, l'impossibilità di ampliare il proprio capitale fisso o di dilatare le dimensioni organizzative dell'impresa; se individuo, privo del suddetto status, l'impossibilità di assicurare una diversa destinazione al proprio capitale.

Poiché a rilevare è la compressione di tali valori in sé, al di là di eventuali ricadute economiche di agevole accertamento, sarà sufficiente dedurre fatti (e atti) idonei a dimostrare la suddetta compromissione, allegando, ad esempio, un progetto di ampliamento della propria impresa, rimasto inattuato.

Orbene, nel caso di specie, in conseguenza dell'indisponibilità del proprio patrimonio immobiliare ed in quanto coinvolta nei giudizi scaturenti dalla stessa vicenda usuraria, l'attrice ha subito un'apprezzabile compromissione della propria libertà d'impresa, pervenendo, in ultimo, alla chiusura della propria attività d'impresa nel 1994.

C) danno non patrimoniale, come danno morale. Quale ulteriore voce del danno non patrimoniale nel caso di specie, anche in conseguenza della natura criminosa dell'usura, deve riconoscersi in capo all'attrice anche il danno morale (o *pretium doloris*), consistente nei patemi d'animo nelle sofferenze e nei turbamenti patiti dall'attrice, eziologicamente riconducibili alla vicenda usuraria.

Per quanto concerne il quantum di tali danni, si ritiene opportuno applicare, al caso di specie, le tabelle di Milano, in quanto aggiornate rispetto al nuovo inquadramento del danno non patrimoniale cui sono approdate le Sezioni Unite dell'11.11.2008. — *Omissis*.

D) danno patrimoniale.

Al danno non patrimoniale deve essere aggiunto il danno patrimoniale. L'attrice, infatti, a seguito dei comportamenti illeciti del Russi e della vicenda usuraria di cui trattasi (siccome accertata dalle richiamate sentenze penali definitive), risulta aver perso — dal punto di vista economico e patrimoniale — la propria capacità lavorativa specifica (in particolare, d'impresa).

Essa, anche perché privata della titolarità del proprio patrimonio immobiliare (che avrebbe potuto convertire in liquidità o destinare direttamente all'esercizio della propria attività economica), è stata posta, secondo una massima di comune esperienza e di ardua smentita, nelle condizioni di non poter più alimentare la propria attività lavorativa ed economica.

D'altra parte, così come nel caso di danno alla salute di modesta entità, può fondatamente presumersi ex art. 2727 c.c. che i postumi (...) non avranno alcuna conseguenza sull'attività di lavoro e sulla conseguente capacità di produrre reddito, al contrario, nel caso di postumi permanenti i quali superino la soglia delle c.d. micropermanenti (*omissis*) sussiste una presunzione opposta: e cioè che l'invalidità (...) inciderà in modo apprezzabile sulla capacità di guadagno del danneggiato (cfr. Cass. civ. sez. III, 3 settembre 1998 n. 8769).

Presunzione, ovviamente, *iuris tantum*, soggetta ad una prova contraria tanto più ardua, quanto maggiore è l'entità dell'invalidità.

Orbene, tale presunzione, nel caso di specie, non risulta superata dagli esiti dell'attività istruttoria, ma apprezzabilmente rafforzata. Il suddetto danno patrimoniale da liquidarsi in via equitativa, può essere quantificato in euro 200 mila.

Ciò in considerazione *in primis*:

1) dell'età della Pascarella, al momento della chiusura della propria attività (*omissis*);

2) della redditività media di attività del tipo di quelle da lei esercitata, avuto riguardo alle caratteristiche del tessuto sociale del fasanese (*omissis*).

Quanto al danno che sarebbe derivato all'attrice dall'aver concluso la *datio in solutum* (*omissis*).

Ogni questione relativa all'*an* e al *quantum* del risarcimento di tale voce di danno, appare condizionata dalla decisione relativa all'eventuale nullità o rescissione della c.d. *datio in solutum*, decisione oggetto di altro giudizio, peraltro ancora pendente.

Dunque il convenuto deve essere condannato complessivamente al pagamento di euro 200 mila a titolo di danno patrimoniale (*omissis*), ed euro 8 mila a titolo di danno non patrimoniale. — *Omissis*.



### (1) Reato di usura e nesso di causalità nella responsabilità civile

SOMMARIO: 1. Premessa: il fatto. — 2. La *datio in solutum*, la congruità fra l'obbligazione, la prestazione e il reato di usura. — 3. Il nesso di causalità. — 4. Le diverse "categorie di danno": il danno patrimoniale e quello non patrimoniale.

#### 1. Premessa: il fatto.

Ripercorrere i passaggi fondamentali della pronunzia del Tribunale di Brindisi — salvo poi tornare sugli stessi di volta in volta —, sembra utile a delineare i contorni del fatto rilevanti per il diritto<sup>1</sup>, ed estrapolare gli aspetti di maggiore interesse ai fini dell'analisi.

Da questo più specifico punto di vista, tratteggiando i rilievi essenziali che la lettura della sentenza pone all'attenzione, emerge che nella vicenda la pendenza della procedura fallimentare diviene il presupposto di fatto per la concessione di un prestito a tasso usurario al fallito, con contestuale previsione della riscossione della somma mutuata a favore del mutuante per l'ipotesi di ritorno *in bonis*; ovvero, alternativamente, della realizzazione del soddisfacimento delle ragioni creditorie a mezzo della vendita o più propriamente del trasferimento dei beni facenti parte del patrimonio del fallito.

Sempre dalla lettura emerge, con precipuo riferimento ai fatti, che il pagamento dei creditori con la somma erogata consente la revoca del fallimento con conseguente ritorno *in bonis*, residuando il debito del prestito usurario.

Quest'ultimo viene quindi estinto in parte tramite somma di denaro, per la restante parte per il tramite di *datio in solutum*: consistente nel trasferimento di immobile il cui valore eccede in modo rilevante l'ammontare del debito.

Tale discrepanza di valore è oggetto di accertamento da parte del giudice penale anteriormente alla pronunzia in epigrafe — come del resto da quest'ultima posto in risalto —, del pari oggetto di accertamento a opera dello stesso giudice sono la ricorrenza dello stato di bisogno del fallito, della conoscenza del medesimo stato da parte del mutuante.

<sup>1</sup> Ciò ovviamente al fine di favorire il procedimento di sunzione che caratterizza nella normalità dei casi i fenomeni giuridici e il loro studio; del resto non essendoci coincidenza fra fatto materiale e fatto giuridico l'attenzione del giurista rileva

sotto il profilo della selezione del giuridicamente rilevante dal giuridicamente irrilevante: sulla distinzione fra fatto materiale e fatto giuridico, per tutti, MOSCHELLA, voce "Fatto giuridico", in *Enc. Giur.*, XIV, Roma, 1991, 3 e segg.

La composizione degli elementi integranti la fattispecie usura, contestualmente alla condanna al risarcimento del danno per il reo, divengono punti essenziali del giudizio penale di primo grado, salvo poi essere dichiarato in appello prescritto il reato: confermate risultano anche in Cassazione le statuizioni, sebbene sempre di un giudizio penale, circa gli effetti civili relativi al risarcimento del danno.

Il Tribunale pugliese concentra, infine, la propria attenzione, in estrema sintesi, con riferimento alle sue conclusioni, sul nesso di causalità e quindi afferma la riconducibilità delle conseguenze dannose — consistenti nel danno biologico, danno non patrimoniale e danno morale in capo alla vittima, nonché nel danno patrimoniale subito — all'evento dannoso consistente nella consumazione del reato di usura.

Procede quindi alla più specifica individuazione e quantificazione dei singoli danni.

La rapida ricognizione degli aspetti sin qui riportati consente — conformemente alle intenzioni esplicitate in apertura — di selezionare le questioni di maggior rilievo, che appaiono con riferimento ai profili più squisitamente civilistici, e in prima approssimazione, relativi: alla *datio in solutum*, con particolare riguardo alla necessità o meno di un rapporto di congruità effettiva fra l'ammontare del debito e il valore della prestazione effettuata in luogo dell'adempimento; al rapporto di causalità giuridica, con precipuo riferimento alle implicazioni concrete delle impostazioni dogmatiche che sono volte a spiegare l'elemento necessario ad integrare la fattispecie di danno, per come delineata all'art. 2043 c.c.

In ultimo, in riferimento alla scomposizione del danno nelle sue singoli voci di danno patrimoniale, ma soprattutto di danno biologico, danno non patrimoniale, valutando la conformità delle soluzioni accolte dalla pronuncia in esame, rispetto ai più recenti orientamenti espressi dal giudice di legittimità<sup>2</sup>.

## 2. La *datio in solutum*, la congruità fra l'obbligazione, la prestazione e il reato di usura.

Sebbene la tematica sollecitata non sia oggetto di dirette statuizioni della pronuncia, paiono tuttavia utili alcune precisazioni.

I dati oggettivi che emergono sono relativi, con precipuo riferimento al negozio solutorio, all'accertamento della ricorrenza: dei presupposti della sproporzione

fra la prestazione e l'obbligazione sino ad integrare il tasso usurario; dello stato di bisogno in capo al mutuatario e della conoscenza di tale stato in capo al mutante.

Tale evidenza emerge, come già sottolineato, *de relato*, poiché oggetto di accertamento di un giudizio penale.

Ulteriore dato, anch'esso esterno rispetto alla pronuncia all'esame, ma da quest'ultima richiamato, è la pendenza di un giudizio volto alla declaratoria di nullità della *datio in solutum*.

Date queste premesse il profilo sul quale occorre fare chiarezza è quello relativo alla necessità o meno, da un punto di vista squisitamente funzionale<sup>3</sup>, che esista un rapporto di congruità o addirittura di equipollenza fra il valore dell'obbligazione e quello della prestazione sostitutiva e contestualmente estintiva della medesima.

Su questo aspetto occorre rilevare che la acclarata funzione solutoria — anche se non esclusiva — propria della fattispecie delineata dall'art. 1197 c.c. ha al suo interno un presupposto di equipollenza che però non si esaurisce nella necessaria conformità fra valori originari e valori eseguiti; piuttosto il giudizio di equipollenza è relativo alla surrogabilità degli interessi o meglio, prima delle prestazioni e quindi, in senso logico, successivamente degli interessi che quelle medesime prestazioni tendono a soddisfare<sup>4</sup>.

Ciò detto, il carattere contestualmente modificativo della figura contribuirebbe a fugare il dubbio solo considerando che «in tanto è possibile che uno stesso rapporto obbligatorio sia adempiuto con una prestazione diversa rispetto alla prestazione originariamente dovuta in quanto sia sopravvenuta una trasformazione del suo contenuto»<sup>5</sup>.

In altre parole, limitandoci all'istituto al vaglio, il controllo funzionale operato a mezzo della *causa*<sup>6</sup> non potrebbe spingersi verso la verifica della totale "equivalenza economica" fra le prestazioni e pertanto produrre per il caso in cui la predetta sovrapposibilità non sussistesse la sanzione della nullità<sup>7</sup>.

Alla stessa conclusione dovrebbe giungersi qualora si considerasse la questione come relativa al concetto di *tipo* attraverso il quale si opererebbe il procedimento di sussunzione del singolo regolamento nel modello legale astratto<sup>8</sup>. Non facendo parte dei presupposti tipologici della *datio in solutum* l'equipollenza diacronica fra le prestazioni, nessun giudizio di esclusione dal

<sup>2</sup> Cfr. Cass., Sez. un., 11 novembre 2008, nn. 26972, 26973, 26974, 26975, in *Danno e Resp.*, 2009, 19 e segg., in *Riv. Dir. Civ.*, 2009, 100, con commento di BUSNELLI, *Le sezioni unite e il danno non patrimoniale*; sul punto CONTE, *Il difficile equilibrio tra l'essere e l'avere*, in *Giur. It.*, 2009, 1030 e segg.; in senso critico, MAZZAMUTO, *Il rapporto tra gli artt. 2059 e 2043 c.c. e le ambiguità delle sezioni unite a proposito della risarcibilità del danno non patrimoniale*, in *Contratto e Impresa*, 2009, 588 e segg.

<sup>3</sup> Sul tema cfr. ZACCARIA, *La prestazione in luogo dell'adempimento fra novazione e negozio modificativo del rapporto*, Milano, 1987, *passim*; e RODOTÀ, voce "Dazione in pagamento (diritto civile)", in *Enc. Dir.*, XI, Milano, 1962, 734 e segg.

<sup>4</sup> Cfr. ALLARA, *La prestazione in luogo dell'adempimento (datio in solutum)*, in *Annali Sem. giur. Univ. Palermo*, Palermo, 1927, XIII, 40 e segg.; nello stesso senso BIANCA, *L'obbligazione*, in *Diritto civile*, Milano, 1993, 4, 450 e segg.

<sup>5</sup> BRECCIA, *Le obbligazioni*, in *Tratt. Dir. Priv.* a cura di Iudica, Zatti, Milano, 1991, 554.

<sup>6</sup> La tematica è risolta nei suoi aspetti definitori e non solo dalle posizioni che si esprimono nei termini di funzione economico sociale e di funzione economico individuale: cfr. rispettivamente, per alcuni riferimenti essenziali, BETTI, *Teoria del negozio giuridico*, in *Tratt. Dir. Civ. It.* a cura di Vassalli, 2<sup>a</sup> ed., Torino, 1950, XV, 2, 178 e segg., e FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966, spec. 254 e segg.

<sup>7</sup> Sul tema dell'*adequacy of consideration*, con precipuo riferimento agli ordinamenti di *common law*, cfr. GORDLEY, *Equality in Exchange*, in *Cal. L. Rev.*, 69, 1981, 587; TREITEL, *An Outline of the Law of Contract*, London, 1979. Al di là delle sfumature delle singole posizioni, l'impostazione tradizionale dell'ordinamento si compone della considerazione dell'irrelevanza dell'*adequacy of consideration*.

<sup>8</sup> GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2007, 810.

modello legale potrebbe essere compiuto e nessun tipo di sanzione pertanto irrogata.

Come emerge dagli elementi richiamati della pronunzia, la pendenza di un giudizio volto ad accertare la nullità esiste, ma esso si sostanzia sulla base di elementi ultronei rispetto alla predetta questione.

Questi si caratterizzano in quanto sancito dal giudizio penale: ovvero la ricorrenza accanto alla predetta sproporzione capace di integrare il tasso usurario, dello stato di bisogno in capo al mutuatario e della consapevolezza del predetto stato da parte del mutuante.

Tali elementi concomitanti sono idonei ad integrare la fattispecie reato di usura e pertanto a provocare la sanzione della nullità per il negozio di *datio in solutum*.

Più precisamente, da un ottica processualistica, come seppur rapidamente evidenziato, il riconoscimento della sussistenza in un giudizio penale del reato d'usura, seppur successivamente dichiarato prescritto, fa fede e stato nelle sue disposizioni con riferimento a ciò che attiene gli interessi civili, e dispiega un'efficacia vincolante, avendo pertanto forza di giudicato nei procedimenti volti ad accertare la nullità degli atti posti in essere per dare concretamente vita alla consumazione del reato<sup>9</sup>.

Nel caso all'attenzione saranno, quindi, l'accertamento della sussistenza del reato e l'efficacia di giudicato della pronunzia a consentire la declaratoria di nullità della *datio in solutum* e non la considerazione, già oggetto di notazioni critiche, della necessità che il controllo funzionale si estenda ad un giudizio di perfetta corrispondenza fra la prestazione dedotta nell'originaria obbligazione e quella volta alla modificazione e contestuale estinzione della medesima.

Qualora si volesse tuttavia comunque riferire la sanzione in generale ad uno strumento "punitivo" di carattere specifico il riferimento non potrebbe essere in nessun caso al giudizio circa l'esistenza della causa o a quello tipologico, ma al fenomeno oggetto di studio della *doppia illiceità*<sup>10</sup>: riferendosi pertanto ad una forma di controllo differente rispetto a quelle sin qui prese in considerazione.

In tal caso la doppia illiceità si riferirebbe alla violazione da parte del medesimo comportamento, tanto di una norma imperativa, quanto del buon costume, inteso quest'ultimo quale serie dei «principi etici condivisi dalla gran parte del corpo sociale in un dato momento storico». Solo alla luce di questo fenomeno potrebbe probabilmente giustificarsi il permanere della sanzione anche successivamente al comporsi della prescrizione.

### 3. *Il nesso di causalità.*

Il Tribunale dedica alcuni passaggi al nesso di causalità<sup>11</sup>, elemento tipologico all'interno della responsabilità civile, ed inteso generalmente quale collegamento eziologico fra la condotta<sup>12</sup> e il danno cagionato.

I passi della sentenza dedicati, con precipuo riferimento al danno biologico, si risolvono nella considerazione secondo la quale «ai fini dell'accertamento del rapporto di causalità giuridica è sufficiente che la condotta del danneggiante si ponga quale causa dell'evento dannoso secondo l'*id plerumque accidit*, a tal fine rilevando che tale ultimo possa essere ascritto nel novero delle conseguenze normali ed ordinarie dalla prima».

Il giudice sottolinea quindi la distinzione del rapporto richiamato rispetto allo stesso considerato ai fini della responsabilità penale, giustificando lo scollamento sulla base della idoneità della medesima responsabilità ad incidere sul valore «essenziale e costituzionalmente fondato della libertà umana».

Conclude il suo *iter* logico, nei suoi aspetti essenziali, rilevando che il rapporto causale non può considerarsi «interrotto dall'esistenza di eventuali cause concorrenti, anteriori o sopravvenute, purché non abbiano efficienza assorbente rispetto alla condotta incriminata».

Le considerazioni appena richiamate rappresentano l'occasione per richiamare a loro volta alcune valutazioni che accompagnano lo studio del tema del nesso di causalità: a partire dalla *ratio* della configurazione dell'elemento quale requisito imprescindibile della responsabilità civile.

Su questo profilo, può considerarsi che imputare la responsabilità al di fuori dell'indagine di un rapporto di causa ed effetto significa, come è stato osservato, aderire ad una forma di "responsabilità stocastica" che non appartiene al nostro ordinamento e fuoriesce dai limiti strutturali dell'illecito, per come concepito dalle vigenti regole<sup>13</sup>.

Questa premessa condivisa rappresenta il prologo di valutazioni ulteriori sulle quali non vi è attualmente concordia in dottrina e certezza di risultati, poiché le differenti impostazioni ampliando o restringendo il novero delle conseguenze dannose finiscono per favorire il danneggiante o il danneggiato, senza però garantire uniformità di soluzioni.

Del pari discordia di opinioni vi è riguardo alla necessità o meno di discernere all'interno del concetto generale dei *sub* concetti consistenti nella causalità materiale e in quella giuridica, ove la prima assolve il compito di ricostruzione del fatto ai fini dell'imputa-

<sup>9</sup> Cfr. Cass., Sez. II, 21 giugno 2010, n. 14921, in *www.cortedicassazione.it*.

<sup>10</sup> V. ROPPO, *Il contratto*, in *Tratt. Dir. Priv.* a cura di Iudica, Zatti, Milano, 2001, 408; in giurisprudenza v. Cass., 22 gennaio 1997, n. 628, in *Giur. It.*, 1998, 926.

<sup>11</sup> Sul tema con precipuo riferimento a considerazioni critiche relative al concreto atteggiarsi dell'elemento nella giurisprudenza quale criterio di selezione degli interessi meritevoli di tutela ALPA, *La responsabilità civile*, in *Tratt. Dir. Civ.*, Milano, 1999, 1592. Analogamente HART-HONORÉ, *Causation in the law*, Oxford, 1985, LII.

<sup>12</sup> Con riferimento precipuo alle questioni relative al nesso di causalità in relazione all'omissione e alla c.d. perdita di

*chances* cfr. CAPECCHI, *Nesso di causalità e perdita di chances: dalle sezioni unite penali alle sezioni unite civili*, in *Nuova Giur. Comm.*, 2008, 156 e segg. Sul problema della perdita di *chances*, fra gli altri, PRINCIGALLI, *Perdita di chances e danno risarcibile*, in *Riv. critica dir. privato*, 1985, 315. L'impossibilità di tutelare per via aquiliana la lesione richiamata deriva dall'adesione alla lettura dell'art. 2043 c.c., sicuramente più rigorosa, quale norma a presidio di interessi giudicati a priori dal legislatore come degni di tutela: per questa impostazione cfr. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, Milano, 2006, 237 e segg.

<sup>13</sup> Sul punto, ALPA, *La responsabilità civile*, in *Tratt. Dir. Civ.* a cura di Alpa, Milano, IV, 1999, 328 e segg.

bilità, la seconda, sul presupposto della prima, determini gli eventi fondanti il danno risarcibile<sup>14</sup>.

Le evidenti difficoltà di soffermarsi con adeguata attenzione su questa complessa tematica e la necessità di riflettere sulle considerazioni già richiamate oggetto delle valutazioni del Tribunale implica il doversi riferire a ciò che attiene alla causalità in genere, ricordando l'esistenza di letture che riconoscono alla distinzione un valore eminentemente descrittivo<sup>15</sup>.

Deve, tuttavia, rilevarsi che la più moderna giurisprudenza<sup>16</sup> aderisce ad una impostazione bifasica della causalità che presupponga una distinzione fra danno ingiusto e danno risarcibile: ad una prima fase volta all'individuazione del rapporto di causalità fra fatto e danno ingiusto si aggiunge una seconda fase volta ad indagare il rapporto fra fatto illecito e conseguenze dannose.

Il primo momento troverebbe la propria disciplina negli artt. 40 e 41 c.p.

Il secondo avrebbe quale fondamento normativo l'art. 1223 c.c., quale criterio selettivo delle conseguenze dannose rilevanti ai fini della concretizzazione del risarcimento del danno.

L'espressa adesione del giudice pugliese al criterio della causalità adeguata impone che a questa si faccia esplicito riferimento; il criterio consente che l'idoneità dell'azione alla produzione del danno sia valutata sulla base di un giudizio *ex ante*<sup>17</sup> per il quale devono considerarsi conseguenze di un fatto solamente quelle che rientrano in una successione normale, o secondo l'*id plerumque accidit*, o sulla base di un calcolo di regolarità statistica da valutarsi secondo le circostanze del caso concreto<sup>18</sup>.

Sul tema la dottrina, in uno sforzo ordinatore, riconosce come le evoluzioni più recenti in ambito giurisprudenziale tendano a scandire, con precipuo riferimento alla responsabilità medica, ma con una notevole efficacia espansiva delle determinazioni, uno sviluppo progressivo per il quale il criterio considerato viene specificato in una prima accezione come probabilistico in senso statistico e in un'accezione ulteriore in senso

logico, per il quale nel giudizio causale «l'adeguatezza della causa non deriva più da leggi di esperienza, ancorché non generali, ma dalla capacità di quel determinato fatto di produrre, in quelle date circostanze, quello specifico evento»<sup>19</sup>.

La più generale impostazione, al di là delle concrete sfumature che la connotano, nasce quale reazione (o forse, più correttamente, completamento ed integrazione) degli effetti distorsivi che la trasmutazione della teoria della *conditio sine qua non* dall'ambito penalistico a quello civilistico avrebbe provocato in quest'ultimo settore.

In tal senso, infatti, la considerazione della condotta illecita quale causa dell'evento dannoso tutte le volte in cui l'assenza della prima provoca il venir meno del secondo tende ad ampliare il novero delle conseguenze, salvaguardando gli interessi del danneggiato, ma contravvenendo, forse, alla *ratio* del nesso di causalità di contribuire alla creazione di criteri di imputazione e, più a tecnicamente, di riconducibilità dell'evento dannoso all'autore della condotta<sup>20</sup>.

È opportuno tuttavia osservare che la teoria richiamata, nata come ricordato in ambito penalistico, ha al suo interno, almeno da un punto di vista normativo, gli anticorpi intesi quali temperamenti rispetto alle accennate distorsioni, poiché l'art. 41, comma 2, c.p. sancisce la rottura del nesso di causalità per le ipotesi in cui vi siano "cause sopravvenute" idonee in modo autonomo a produrre il danno<sup>21</sup>.

L'impostazione dogmatica, che poggia su un concreto dato normativo, si risolve tuttavia in una concreta difficoltà da parte della giurisprudenza di applicazione dell'eccezione richiamata che si risolve a sua volta più puntualmente nell'irriconeoscibilità fattuale del ruolo delle predette cause di interruzione del nesso eziologico fra condotta ed evento dannoso<sup>22</sup>.

Quanto, infine, al riferimento alla distinzione del concetto di causalità nel giudizio civile rispetto al giudizio penale, occorre richiamare quale filtro valutativo la recente e oramai nota sentenza delle Sezioni unite della Cassazione civile: la n. 581/2008<sup>23</sup>.

<sup>14</sup> SALVI, *La responsabilità civile*, in *Tratt. Dir. Priv.* a cura di Iudica, Zatti, Milano, 1998, 172 e segg. L'impostazione che giustifica la duplicazione dei concetti nasce da considerazioni di GORLA, *Sulla cosiddetta causalità giuridica: fatto dannoso e conseguenze*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1951, 409 e segg. Sulla stessa scia le posizioni di, fra gli altri, REALMONTE, *Il problema del rapporto di causalità nel risarcimento del danno*, Milano, 1967, 151 e segg.; FRANZONI, *Dei fatti illeciti*, in *Comm. C.C.* a cura di Scialoja, Branca, Bologna-Roma, 1993, 85 e segg.; ZENO ZENCOVICH, *I fatti illeciti*, in *Tratt. Dir. Priv.* a cura di Rescigno, Torino, 1995, 63 e segg. Le difficoltà della scomposizione degli elementi richiamati sono riconducibili alle riflessioni di CARNELUTTI, "Perseverare diabolicum" (*a proposito del limite della responsabilità per danni*), in *Foro It.*, 1952, 97 e segg.; critico nei confronti della bipartizione considerando illegittima l'operazione di scomposizione dell'evento e delle conseguenze dannose SCOGNAMIGLIO, voce "Responsabilità civile", in *Nuov. Dig. It.*, XV, Torino, 1969, 650.

<sup>15</sup> In tal senso MONATERI, *La responsabilità civile*, in *Tratt. Dir. Civ.* a cura di Sacco, 1998, 152.

<sup>16</sup> V., fra le altre, recentemente Cass., 18 aprile 2005, n. 7997, in *Riv. It. medicina legale*, 2006, 629; ma già sul punto Id., 10 maggio 2000, n. 5962, in *Resp. Civ. e Prev.*, 2001, 91, e Id., 27 maggio 1995, n. 5923, in *Danno e Resp.*, 1996, 126.

<sup>17</sup> Relativamente al giudizio *ex ante* le principali questioni con precipuo riferimento al diritto penale sono sviluppate da ANTOLISEI, in *Il rapporto di causalità nel diritto penale*, Padova, 1934, *passim*; con precipuo riferimento al diritto tedesco, fra gli altri, con diversità di sfumature THON, *Der Begriff der Verursachung*, 1894, 39; e RUMELIN, *Die Verwendung der Kausalbegriffe im Straf-un Zivilrecht*, 1900, 19.

<sup>18</sup> FACCI, Sub art. 2043, in *Codice civile commentato* a cura di Bonilini, Confortini, Granelli, Milano, 3<sup>a</sup> ed., 2009, 4292 e segg.

<sup>19</sup> POLETTI, *Le regole di (de)limitazione del danno risarcibile*, in *Attuazione e tutela dei diritti, La responsabilità e il danno*, in *Diritto civile* a cura di Lipari, Rescigno, Milano, 2009, IV, III, 310 e segg.

<sup>20</sup> POLETTI, *op. cit.*, 305 e segg.

<sup>21</sup> Per una interpretazione della norma cfr. MANTOVANI, *Diritto penale*, Padova, 1992, 192 e segg.

<sup>22</sup> Cfr. fra le diverse pronunce, Cass., 24 aprile 2001, n. 6023, in *Danno e Resp.*, 2001, 814.

<sup>23</sup> V. sul punto la sintesi dei passi salienti della pronuncia offerti da CAPECCHI, *Nesso di causalità e perdita di chances: dalle sezioni unite penali alle sezioni unite civili*, in *Nuova Giur. Comm.*, 2008, 154 e segg.

Le stesse sezioni rilevano che la valutazione del dato statistico deve essere compiuta, nel giudizio di causalità, secondo criteri differenti da quelli utilizzati nel giudizio penale, poiché in tale sede vige la regola della prova “oltre il ragionevole dubbio”, mentre nel giudizio civile, vige la regola della preponderanza dell'evidenza o del “più probabile che non”.

Sul punto occorre rilevare che mentre condivisibile appare la premessa della pronunzia di una necessaria differenziazione dei criteri di giudizio in ragione delle differenti esigenze sottese ai diversi modi di intendere i nessi; non condivisibili appaiono gli esiti della Cassazione nella concretizzazione dei giudizi.

Infatti, più nello specifico, condivisibili appaiono le riflessioni in forza delle quali la Cassazione «abbia rilevato la necessità di differenziare l'accertamento del nesso causale rispetto a quanto avviene nel diritto penale, ma si sia limitata a stabilire soltanto una diversa soglia di probabilità, senza però rilevare che è l'ottica, nella quale viene concepito ed esaminato il nesso di causalità ad essere stata elaborata in funzione dei principi penalistici, con la conseguenza che l'emancipazione della responsabilità civile da quella penale rimane, sotto questo profilo, parziale»<sup>24</sup>.

Questo atteggiamento critico pare recepito da una recentissima pronunzia della Cassazione che sembra uscire dall'ottica del “tutto o del niente” proprio sia del giudizio penale che di quello civile sinora espresso e impiega l'accertamento del nesso causale anche quale criterio di graduazione del risarcimento del danno, quanto meno del peso dello stesso fra danneggiante e danneggiato.

Questo orientamento si condensa nell'affermazione, in tema di concause, in forza del quale «vi sono ragioni logico giuridiche che consentono di procedere ad una valutazione della diversa efficienza causale delle varie concause e di escludere che l'autore della condotta umana debba necessariamente sopportare nella loro integralità le conseguenze dell'evento dannoso»<sup>25</sup>.

Tale più recente orientamento appare del resto accolto, nei fatti, dalla pronunzia in epigrafe nella parte in cui affida alle concause stesse il ruolo di presupposto necessario di una percentuale d'invalidità del reo, dimostrando in modo indiscutibile la funzione delle medesime al fine della determinazione del risarcimento del danno<sup>26</sup>.

Nei limiti consentiti dalla brevità delle riflessioni che il genere consente, si rileva la conformità dell'orientamento da ultimo seppur succintamente richiamato ri-

spetto al tentativo di espungere attraverso il ruolo giocato dal nesso di causalità dal nostro ordinamento figure di responsabilità stocastica; l'unico punto sul quale occorrerà tuttavia riflettere appare, seppur sulla base di osservazioni ancora non sufficientemente elaborate e meditate, relativo alla concrete difficoltà di individuazione di criteri sufficientemente certi e attendibili acconci ad individuare il contributo di ogni singola “causa” alla composizione del danno e pertanto successivamente alla concreta individuazione del risarcimento.

In tale ottica, un continuo riferimento a modelli equitativi, seppur supportati dal dato normativo di cui espressamente all'art. 1226 c.c., parrebbe un modo per riproporre gli inconvenienti per la quale l'impostazione da ultima richiamata si originerebbe.

#### 4. Le diverse “categorie di danno”: il danno patrimoniale e quello non patrimoniale.

Con riferimento all'individuazione delle “categorie di danno” per come rinvenute dalle valutazioni del provvedimento, possono anche qui richiamarsi i passi salienti, anche alla luce dei più recenti indirizzi giurisprudenziali<sup>27</sup>.

Mentre non pare sollevino questioni di particolare momento le tematiche relative all'individuazione del danno patrimoniale — fatte salve alcune specificazioni relative alla determinazione del *quantum* e per le quali si rinvia alla lettura della sentenza — maggiore attenzione meritano le problematiche relative al danno non patrimoniale<sup>28</sup>.

Sul punto, la pronunzia pare recepire, come detto, l'orientamento giurisprudenziale modificativo-demolitorio della configurazione del danno esistenziale.

E infatti il Tribunale ritiene raggiunta la prova «di un danno non patrimoniale distinto dal danno biologico».

La definizione appare, già ad una prima analisi, solo in negativo, sulla base della mera distinzione rispetto al danno biologico, appunto.

Il Tribunale rileva che «se prima dell'avvento delle Sezioni Unite dell'11 Novembre 2008 era pacifica l'affermazione giurisprudenziale secondo cui il soggetto passivo dei reati di usura e di estorsione subisce un'alterazione del modo di essere, che configura un'alterazione peggiorativa della qualità della vita, obiettivamente apprezzabile, e deve essere definito in termini di danno esistenziale, distinto sia dal c.d. *pretium doloris* si dal c.d. danno biologico (Trib. Milano, 18 marzo 2002), la permanente validità di tali conclusioni va,

<sup>24</sup> Sul punto CAPECCHI, *op. cit.*, in *Nuova Giur. Comm.*, 2008, 156 e segg.

<sup>25</sup> Cass., Sez. III, 16 gennaio 2009 n. 975, in *Danno e Resp.*, 2010, 4, 372.

<sup>26</sup> Questo orientamento può considerarsi vicino a quello per il quale appare utile anche in una prospettiva di analisi economica del diritto procedere ad una più attenta ripartizione della responsabilità fra danneggiante e danneggiato in ragione della specificità di ogni singolo apporto nella concretizzazione del danno: sul punto TASSONE, *La ripartizione di responsabilità nell'illecito civile. Analisi giuseconomica e comparata*, Napoli, 2007, *passim*. V. inoltre PARISI-FREZZA, *Rischio e causalità nel concorso di colpa*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1999, 236; VIOLANTE, *Responsabilità solidale e responsabilità parziaria*, in *Danno e Resp.*, 2001, 460.

<sup>27</sup> V. sul punto nota 2 del commento.

<sup>28</sup> Cfr. BARCELLONA, *Il danno non patrimoniale*, Milano, 2008, *passim*; e sul tema, con precipuo riferimento alla nota più recente evoluzione giurisprudenziale, MAZZAMUTO, *Il rapporto tra gli artt. 2059 e 2043 c.c. e le ambiguità delle Sezioni Unite a proposito della risarcibilità del danno non patrimoniale*, cit. Sul tema della tipicità del danno non patrimoniale e sulla difficoltà di operare una scomposizione in sottocategorie rispetto a quella generale di danno alla persona cfr. le riflessioni di PERLINGIERI, *L'onnipresente art. 2059 e la “tipicità” del danno alla persona*, in *Rass. Dir. Civ.*, 2009, 520 e segg. Del resto quest'opera di unificazione era già stata anticipata da Cass., 31 maggio 2003, nn. 8827 e 8828, in *Foro It.*, 2003, 2272, con nota di NAVARETTA, *Danni non patrimoniali: il dogma infranto e il nuovo diritto vivente*.

attualmente, vagliata attraverso il filtro imposto dalla suddetta pronunzia».

La Corte richiama quindi le Sezioni unite in quanto «attente nell'ancorare la risarcibilità del danno non patrimoniale alla configurazione della lesione di un interesse costituzionalmente rilevante».

Prosegue nel ragionamento rilevando che indubbiamente «il coinvolgimento in una vicenda di usura sia idoneo a pregiudicare, da una parte, la capacità di autodeterminazione dell'individuo con riguardo alla propria sfera personale, dall'altra, la libertà dell'impresa, ponendo l'imprenditore nell'incapacità di programmare liberamente le proprie scelte d'investimento».

Richiama espressamente, quindi, gli artt. 13 e 41 Cost. come disposizioni poste a tutela e presidio dei valori individuati.

Riconosce al danno natura non patrimoniale poiché «i beni *de quibus* — inerendo la sfera personale e organizzativa dell'imprenditore e del semplice individuo — non hanno una valenza, almeno, direttamente patrimoniale, non costituiscono un cespite integrativo del patrimonio dell'impresa».

Ripercorrendo brevemente l'evoluzione della categoria del danno esistenziale emerge che la stessa nasce dal riconoscimento dell'autonomia di un "nuovo" modello risarcitorio, direttamente fondato sull'art. 2043 c.c.<sup>29</sup>

Il tratto distintivo del danno esistenziale rispetto al danno biologico si coglie per mezzo della ricognizione del rilievo del pregiudizio volto ad intaccare non tanto l'integrità psico-fisica, quanto «la sfera di esplicazione esistenziale dell'uomo»<sup>30</sup>.

Ulteriore tratto distintivo della figura, anche se probabilmente in negativo, risulta essere la trasversalità della medesima concepita, da alcune valutazioni critiche, quale vera «promiscuità sia con la categoria del danno biologico sia con la categoria del danno morale subiettivo»<sup>31</sup>.

Né efficaci sembrano i tentativi di differenziazione fondati sulla ricerca di configurazione quale danno riconducibile a modificazioni esterne e oggettive inter-

venute nella sfera esistenziale del soggetto leso da considerarsi in via autonoma sia rispetto ai profili patrimoniali, sia rispetto alle conseguenze morali prodotte in capo alla vittima.

Ma certamente la critica più efficace alla categoria è sottesa alla riflessione per la quale «quando si costruisce il danno esistenziale come il punto di riferimento di tutte le ripercussioni negative che coinvolgono le esplicazioni esistenziali del soggetto vittima dell'illecito, si finisce, inevitabilmente, per fare affidamento su di un modello risarcitorio imperniato sulla valenza costituzionale del danno in luogo della valenza costituzionale dell'interesse offeso»<sup>32</sup>.

Questa impostazione risulta accolta dalle pronunce gemelle della suprema Corte<sup>33</sup>, la quale disancora il modello risarcitorio dall'art. 2043 c.c., per incardinarlo sulla base dell'art. 2059; e inoltre, sul presupposto della rilevanza della questione dogmatica ai fini dell'individuazione dei criteri di selezione improntati sulla base del concetto di ingiustizia del danno, i pregiudizi esistenziali rilevanti sono esclusivamente quelli conseguenti alla lesione di un diritto inviolabile della persona.

I passi della pronunzia di merito attestano il recepimento degli sforzi compiuti dalla suprema Corte, sia per quanto riguarda la configurazione del profilo risarcitorio nell'ambito del danno non patrimoniale, sia nell'individuazione delle situazioni protette costituzionalmente rilevanti ai fini dell'individuazione dell'ingiustizia del danno.

E infatti, con precipuo riferimento a quest'ultimo aspetto, gli artt. 13 e 41 Cost. e quindi la libertà di auto-determinazione e quella d'impresa divengono le situazioni rilevanti ai fini dell'individuazione di un danno non più configurabile come esistenziale, che tuttavia risponde alle medesime esigenze esistenzialistiche, con però l'individuazione di un importante limite in grado di ostacolare efficacemente il *flood of litigation*<sup>34</sup>.

GUGLIELMO BEVIVINO

<sup>29</sup> Fra le prime pronunce che utilizzano il sintagma "danno esistenziale" cfr. Trib. Torino, 8 agosto, 1995, in *Resp. Civ. e Prev.*, 1996, 282, con nota di ZIVIZ, *Quale futuro per il danno dei congiunti*.

<sup>30</sup> CENDON-ZIVIZ, *Introduzione*, in *Il danno esistenziale. Una nuova categoria della responsabilità civile* a cura di Cendon, Ziviz, Milano, 2000, XXI.

<sup>31</sup> Sul punto, le considerazioni di CONTE, *op. cit.*, 1035; riconosce l'assenza di attenzione della categoria dogmatica all'ingiustizia del danno VETTORI, *Danno non patrimoniale e diritti inviolabili*, in *Giur. It.*, 2009, 1026. Nella vigenza del modello ci si esprimeva in senso critico rilevando che «si trattava di una perdita non patrimoniale, che come tale subiva la limitazione dell'art. 2059, laddove in pari tempo se ne teoriz-

zava, ma appunto senza alcun fondamento, una risarcibilità esente da tali limiti»: CASTRONOVO, *Del non risarcibile aquilano: danno meramente patrimoniale, cd. perdita di chance, danni punitivi, danno c.d. esistenziale*, in *Europa e Dir. Priv.*, 2008, 345 e segg.

<sup>32</sup> CONTE, *op. cit.*, 1035 e segg.

<sup>33</sup> Cfr. Cass., Sez. un., 11 novembre 2008, nn. 26972, 26973, 26974, 26975, in *Danno e Resp.*, 2009, 19 e segg., in *Riv. Dir. Civ.*, 2009, 100, con commento di BUSNELLI, cit.

<sup>34</sup> Una sorta di reviviscenza del danno esistenziale, anche a seguito delle pronunce della Cassazione più volte richiamate, è affermata da CENDON, *L'araba fenice. Più vivo che mai il danno esistenziale presso i giudici italiani*, in *Nuova Giur. Comm.*, 2010, 1 e segg.