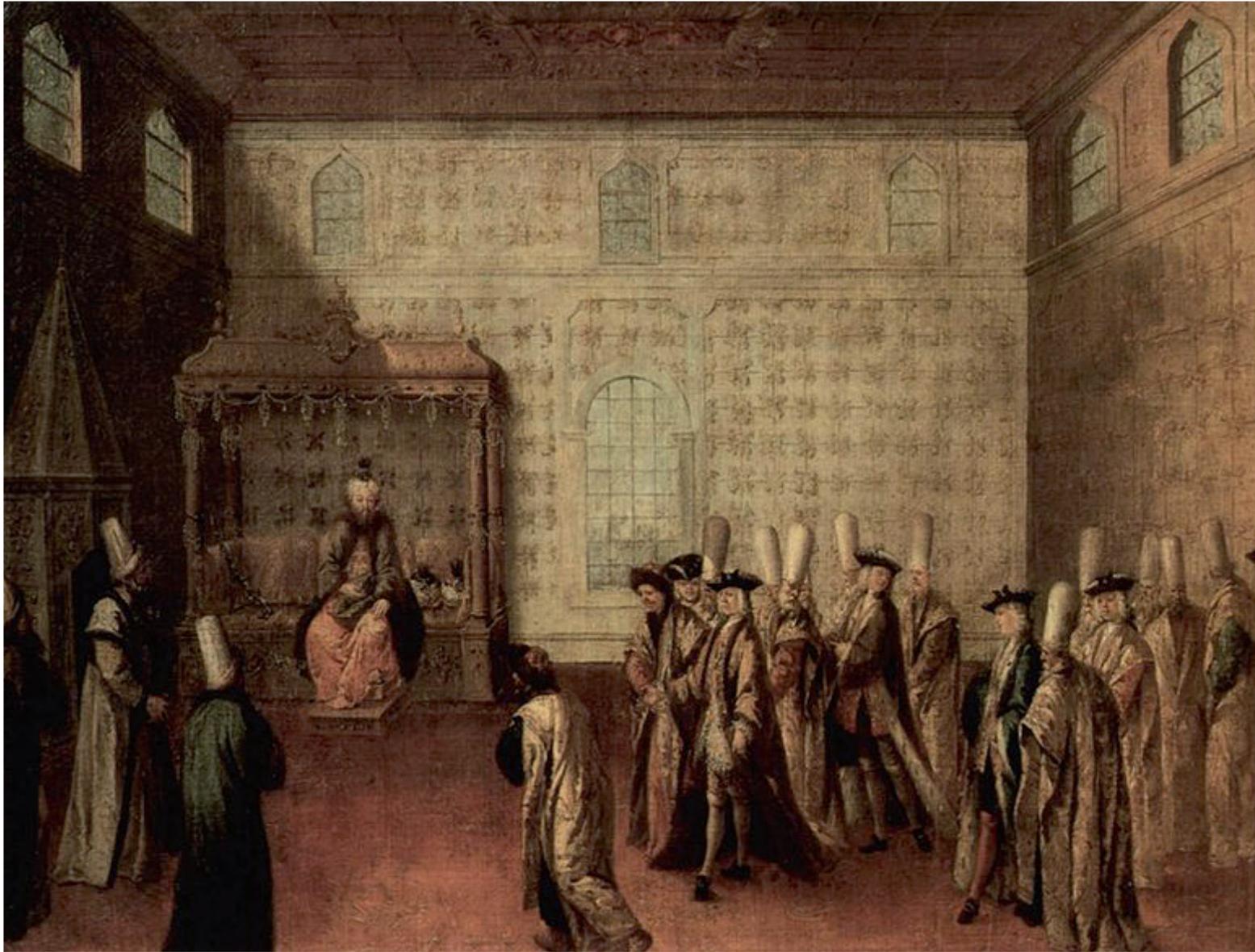




COMPARAZIONE E DIRITTO CIVILE

a cura di Pasquale Stanzione



Anno 2015 - Volume 1

www.comparazionedirittocivile.it

Comitato scientifico

Pasquale Stanzone (Università degli Studi di Salerno), Gabriella Autorino (Università degli Studi di Salerno), Aldo Berlinguer (Università degli Studi di Cagliari), Guido Biscontini (Università degli Studi di Camerino), Irina J. Bogdanovskaya (Moscow National Research University), Paolo Carbone (Università degli Studi di Sassari), Virgilio D'Antonio (Università degli Studi di Salerno), Rosaria Giampetraglia (Università Parthenope di Napoli), Raffaele Lener (Università degli Studi di Roma "Tor Vergata"), Mark R. Lee (University of San Diego), Gaspare Lisella (Università degli Studi del Sannio di Benevento), Fiona Macmillan (Birbeck College – University of London), Maria Rosaria Marella (Università degli Studi di Perugia), Manuel David Masseno – (Instituto Politécnico de Beja), Carlo Mazzù (Università degli Studi di Messina), Antonello Miranda (Università degli Studi di Palermo), Elina Moustaira (National and Kapodistrian University of Athens), Francesco Ruscello (Università degli Studi di Verona), Manoel J. Santos (Fundação Getulio Vargas – Sao Paulo), Giovanni Maria Riccio (Università degli Studi di Salerno), Livia Saporito (Seconda Università degli Studi di Napoli), Angelo Saturno† (Università degli Studi di Salerno), Salvatore Sica (Università degli Studi di Salerno), Bruno Troisi (Università degli Studi di Cagliari), Giuseppe Vecchio (Università degli Studi di Catania), Virginia Zambrano (Università degli Studi di Salerno), Paolo Zatti (Università degli Studi di Padova).

Coordinatore del comitato scientifico

Pierluigi Matera (Link Campus University - Roma)

Comitato di redazione

Biagio Andò (Università degli Studi di Catania), Domenico Apicella (Università degli Studi di Salerno), Antonio Astone (Università degli Studi di Messina), Valentina Barela (Università degli Studi di Salerno), Başak Başoğlu (Istanbul Bilgi Üniversitesi), Aura Bertoni (Ask Centre – Università Commerciale "Luigi Bocconi"), Nicola Brutti (Università degli Studi di Padova), Salvatore Casabona (Università degli Studi di Palermo), Claudia Cascione (Università degli Studi di Bari), Francesco Clementi (Università degli Studi di Perugia), Alessandra Cordiano (Università degli Studi di Verona), Cristina Costantini (Università degli Studi di Bergamo), Cristina Dalia (Università degli Studi di Salerno), Amalia Chiara Di Landro (Università Mediterranea di Reggio Calabria), Vincenzo Durante (Università degli Studi di Padova), Giovanni Facci (Università degli Studi di Bologna), Rigas Giannopoulos (Aristotle University of Thessaloniki), Marco Juric (University of Zagreb), Nevena Krivokapić (University of Belgrad), Leysser Léon-Hilario (Pontificia Universidad Católica del Perú), Antonio Legerén Molina (Universidade de Coruña), Francesca Maschio (Università degli Studi Roma Tre), Bruno Meoli (Università degli Studi di Salerno), Luigi Nonne (Università degli Studi di Sassari), Daniela Noviello (Università Link Campus - Roma), Annamaria Giulia Parisi (Università degli Studi di Salerno), Alessandra Pera (Università degli Studi di Palermo), Elena Poddighe (Università degli Studi di Sassari), Radim Polcack (Masarykova Univerzita - Brno), Tito Rendas (Universidade Católica Portuguesa), Paolo Rocca Comite Mascambruno (Università degli Studi di Salerno), Giacomo Rojas Elgueta (Università degli Studi di Roma Tre), Pieremilio Sammarco (Università degli Studi di Roma Tre), Mauro Serra (Università degli Studi della Basilicata), Giuseppe Spoto (Università degli Studi Roma Tre), Maria Gabriella Stanzone (Università degli Studi di Salerno), Andrea Stazi (Università Europea di Roma), Derya Tarman (Koc Üniversitesi - Istanbul), Maria Tommasini (Università degli Studi di Messina), Claudia Troisi (Università degli Studi di Salerno), Salvatore Vigliar (Università degli Studi di Salerno), Filippo Viglione (Università degli Studi di Padova), Giovanni Ziccardi (Università degli Studi di Milano).

Comitato per la valutazione

Stathis Banakas (University of East Anglia, Norwich), Alberto Maria Benedetti (Università degli Studi di Genova), Ermanno Calzolaio (Università degli Studi di Macerata), Paolo Carbone (Università degli Studi di Sassari), Adolfo Di Majo (Università degli Studi "Roma Tre"), Silvia Diaz Alabart (Universidad Complutense de Madrid), Vincenzo Cesaro (Università degli Studi di Napoli "Parthenope"), Tommaso Edoardo Frosini (Università degli Studi di Napoli "Suor Orsola Benincasa"), Jay P. Kesan (University of Illinois), Claudia Lima Marques (Universidade Federal Rio Grande do Sul), Fiona Macmillan (Birkbeck College - University Of London), Ulrich Magnus (Universität von Hamburg und Mitarbeiter - Max Planck Institut von Hamburg), Giovanni Marini (Università degli Studi di Perugia), Pier Giuseppe Monateri (Università degli Studi di Torino), Maria Lillà Montagnani (Università Commerciale "Luigi Bocconi"), Alfonso Hernández Moreno (Universitat de Barcelona), Helena Mota (Universidade do Porto), Oreste Pollicino (Università Commerciale "Luigi Bocconi"), Antonino Procida Mirabelli di Lauro (Università degli Studi di Napoli "Federico II"), Pietro Rescigno (Università degli Studi "La Sapienza" di Roma), Giorgio Resta (Università degli Studi "Roma Tre"), Paolo Ridola (Università degli Studi di Roma "La Sapienza"), Liliana Rossi Carleo (Università degli Studi "Roma Tre"), Alessandro Somma (Università degli Studi di Ferrara), Raffaele Torino (Università degli Studi di "Roma Tre").

Comparazione e Diritto Civile – P.zza Caduti Civili di Guerra, 1 - Salerno
Testata registrata presso il Tribunale di Salerno n. 18 del 21/04/2010
Direttore Responsabile: Salvatore Sica
Per informazioni in merito a contributi e articoli, scrivere a: info@comparazionedirittocivile.it

ISSN 2037-5662

© COMPARAZIONE E DIRITTO CIVILE - Tutti i diritti riservati



1/2015

INDICE

DOTTRINA

Strumenti della conciliazione e approcci interdisciplinari. L'integrazione delle diverse professionalità nei processi separativi della famiglia..... 3

I dilemmi della medicina predittiva..... 15

STUDI E RICERCHE

Identità di sesso ed istituzione matrimoniale 30

The right of unilateral termination. The right of withdrawal 50

L'autonomia decisionale del minore di fronte al trattamento medico: un confronto fra i sistemi giuridici italiano e svizzero..... 63

Tra commoditas ed utilitas: nullità per impossibilità dell'oggetto dei contratti costitutivi di servitù di parcheggioggio. 101

NOTE E RECENSIONI

il patto di famiglia. uno studio di diritto interno e comparato 120

GIURISPRUDENZA

Obbligazioni e contratti – Procedimento civile

Cass. civ. Sez. Unite, Sent., 6 marzo 2015, n. 4628..... 124

Astensione, ricusazione, responsabilità dei giudici – diritti civili e politici – procedimento civile

Cass. civ. Sez. III, Sent., 5 marzo 2015, n. 4446..... 135

Tributi locali

Cass. civ. Sez. V, Sent., 4 marzo 2015, n. 4323..... 142

Persone fisiche e giuridiche

Cass. civ. Sez. III, Sent., 3 marzo 2015, n. 4231 145

Danni - Valutazione e Liquidazione – in genere

Cass. civ. Sez. lavoro, Sent., 2 marzo 2015, n. 4170 148

Trust, atti di destinazione e contratti fiduciari – Trust – in genere

Cass. civ. Sez. I, Sent., 20 febbraio 2015, n. 3456 152

Stranieri

Cass. civ. Sez. VI - 1, Sent., 12 febbraio 2015, n. 2829 158

Fideiussione – Polizze fideiussorie

Cass. civ. Sez. III, Sent., 12 febbraio 2015, n. 2762 161

Matrimonio – Formalità preliminari 165

CASS. CIV. SEZ. I, SENT., 9 FEBBRAIO 2015, N. 2400 165



Espropriazione per pubblica utilità

Cass. civ. Sez. Unite, Sent., 19 gennaio 2015, n. 735172



1/2015

DOTTRINA

STRUMENTI DELLA CONCILIAZIONE E APPROCCI INTERDISCIPLINARI. L'INTEGRAZIONE DELLE DIVERSE PROFESSIONALITÀ NEI PROCESSI SEPARATIVI DELLA FAMIGLIA

ALESSANDRA CORDIANO

SOMMARIO: 1. Interventi mediativi e cultura della conciliazione. – 2. La riduzione dei costi individuali e il sostegno dei costi del *welfare* nella crisi della famiglia. - 3. Il Giudice tutelare quale strumento conciliativo. - 4. L'approccio interdisciplinare nei Protocolli d'intesa.

1. La trattazione dei nuovi strumenti di conciliazione e di prevenzione nei più recenti contesti familiari riguarda, trasversalmente, le molteplici tipologie ormai attestate

2.¹ ed è una questione, a tutta prima, di natura principalmente culturale: costituisce un dato incontrovertibile che il fine ultimo e il criterio ermeneutico del contesto giuridico familiarista è quello della tutela e della promozione dei minori e dei soggetti più deboli della compagine familiare. In questa prospettiva, anche se dottrina e giurisprudenza hanno spesso adottato posizioni contrarie con riguardo alla tutela del *coniuge debole*², è evidente che l'operatore giuridico è tenuto ad affrontare le questioni in esame, supportato da una forte capacità empatica, ancorché non confusiva, che consenta di comprendere le fragilità emotive, culturali e sociali di tutte le *parti* (anche) diversamente *deboli*³. In particolar modo, l'operatore giuridico è vincolato alla promozione e alla tutela dell'interesse e dei diritti inviolabili della prole, come fine primario del suo mandato fiduciario (l'avvocato) o della sua funzione (il giudice).

Questa peculiarità, data per acquisita per chiunque possieda competenze esperienziali e teoriche del diritto delle persone e della famiglia, costituisce il presupposto per affermare la necessità della diffusione di una cultura conciliativa e di un approccio mediativo nei riguardi del procedimento di famiglia, con ciò intendendo non solamente il "processo" di famiglia, ossia tutte le procedure che diversamente riguardano i soggetti coinvolti, ma anche le situazioni conflittuali, di disagio e di potenziale peri-

¹ Sulle quali, si consenta il rinvio a A. CORDIANO, *Nuovi contesti sociali e nuove esigenze di tutela: strumenti deflattivi e risoluzione dei costi individuali nella crisi familiare*, in *Fam., pers., succ.*, 2012, p. 58 ss.

² C. RIMINI, *La tutela del coniuge più debole fra logiche assistenziali ed esigenze compensative*, in *Fam. dir.*, 2008, p. 765.

³ In al senso, G. GALUPPI, *La conflittualità nelle separazioni e il danno che ne consegue su genitori e figli*, in *Dir. fam. pers.*, 2011, p. 329 ss.



colo, con le quali gli operatori, giuridici e non, si trovano a confrontarsi anche in sedi stragiudiziali e informali. Questo “nuovo strumento di tutela”, che sinteticamente si traduce in mezzi e strategie compositive del conflitto, da un lato, definisce la necessità che gli operatori giuridici coinvolti siano in grado di intervenire con modalità deflattive e conciliative nella causa e nella crisi familiare; dall’altro, determina una riflessione delle prassi esistenti e degli strumenti vigenti, alla luce di una differente cultura della soluzione del contenzioso familiare.

Il “processo di famiglia” è una struttura complessa, formata di istituti giuridici, di prassi municipali e di relazioni informali fra i soggetti attori, nella quale i paradigmi dell’efficienza (banalmente riconducibile al problema dei *costi* della giustizia), del giusto processo (ossia dei *tempi* della giustizia) e del principio del contraddittorio non possono esplicarsi con le stesse modalità con cui avviene in altri settori del diritto e, segnatamente, del diritto civile. Talvolta gli stessi concetti perdono di senso, se comparati e accostati alla tutela del minore, pur senza sconfessare i cardini del processo civile e la consolidata giurisprudenza della Cedu, in tema di giusto processo minorile⁴.

Emblematico, in tal senso, è il caso della mediazione nel processo civile, recentemente introdotta per ragioni di risparmio dei costi e di sgravio degli oneri processuali, e della mediazione familiare, strumento ad accesso fundamentalmente libero e volto ad una ricomposizione della coppia genitoriale, anche a discapito dei tempi della procedura, come testimoniato dall’art. 337 *octies* c.c. (*ex art. 155 sexies* c.c.), che la consente anche prima dell’emanazione dei provvedimenti provvisori⁵. I due interventi, è evidente, seguono strategie e assumono procedure del tutto differenti, benché si possa dire che l’istituto della mediazione familiare sia precursore rispetto alla mediazione civile.

Non è infrequente, infatti, che queste soluzioni concordate siano l’esito dell’intervento dei servizi sociali e di altri professionisti non giuridici, che sostengono, monitorano e accompagnano la coppia e la prole nella crisi familiare. In questo senso, costituisce una novità importante della legge sull’affido condiviso l’esplicita menzione che il giudice possa offrire ai coniugi un sostegno nella ricerca di un accordo, incoraggiando la ricerca di un dialogo costruttivo nell’interesse dei figli, per arrivare a una soluzione frutto dell’autonomia, sia pure assistita dei coniugi, attraverso un sostegno esterno della coppia. Sotto altro profilo, il percorso verso una scelta concordata sull’affido e sulla regolamentazione dei rapporti con la prole consente in linea teorica di stemperare il tasso di conflittualità e di ridurre i successivi ricorsi all’autorità giudiziaria per la modifica di condizioni assunte, ma in verità non condivise.

La legge sembra aver valorizzato il ruolo dei servizi sociali e dei professionisti del settore, rispetto allo svolgimento di quelle indagini istituzionali, necessarie per formare il convincimento del giudice, particolarmente in materia di ascolto dei minori e di mediazione familiare: si tratta di un ingresso nitido, forse troppo morbido, poiché il legislatore del 2006, pur prevedendo espressamente la mediazione, lascia però in ombra la caratterizzazione della procedura da seguire e della figura del mediatore,

⁴ Si vedano, tuttavia, i rilievi critici in tema di terzietà del giudice nel processo minorile e di diritto di difesa del minore di M. G. RUO, *Avvocato, tutore, curatore del minore nei procedimenti di adottabilità*, in *Dir. fam. pers.*, 2011, p. 338 ss.

⁵ Non costituisce opzione praticabile il rinvio ai centri di mediazione, che il giudice potrebbe disporre ai sensi del secondo comma dell’art. 342 *ter* c.c., per la situazione di alta conflittualità e di rischio concreto, caratterizzanti queste fattispecie.



non adeguatamente delineata. La disciplina, nondimeno, formalizza per la prima volta l'istituto della mediazione nel processo di famiglia, come percorso per la riorganizzazione delle relazioni familiari in vista o a seguito della separazione e del divorzio.

Il mediatore familiare, acquisita una preparazione specifica e sollecitato dalle parti, nella garanzia del segreto professionale e in autonomia dall'ambito giudiziario, si adopera perché la coppia elabori in modo condiviso un programma di separazione soddisfacente per sé e per i figli. Creando un *setting* specifico, uno spazio e un tempo *neutro*, dove i coniugi possano ripensarsi come coppia, o meglio, come coppia che sta affrontando un percorso di separazione/divorzio, la mediazione consente a costoro di rimanere uniti nell'esercizio della funzione genitoriale al fine di riorganizzare emotivamente e pragmaticamente la loro vita.

Costituisce un ulteriore tratto peculiare del contenzioso familiare che esso si caratterizzi e si fondi sulla tutela e sulla promozione dell'interesse della prole, recentemente confermato dall'introduzione ad opera della legge 149/2001 dell'avvocato del minore nei procedimenti adottivi e *de potestate*⁶. Nonostante qualche riserva, inoltre, lo stesso contenzioso appaia teso anche alla tutela dei soggetti più fragili della struttura familiare, a prescindere dalla minore età: è constatazione banale che l'avvocato familiarista debba essere attento alle fragilità emotive, alle debolezze culturali e alle problematiche economiche del cliente, senza per ciò tradire quanto ripetutamente affermato dalla Corte europea per i diritti dell'uomo in tema di *giusto processo minorile*.

Il processo di famiglia, qui tecnicamente inteso, non si costituisce, come tradizionalmente avviene, secondo una relazione trilatera, composta dal giudice e dalle parti; accanto a questi soggetti, si pone certamente la figura del minore, recentemente rafforzata e formalizzata come *parte sostanziale* (e in certa misura anche *processuale*), al quale debbono essere garantiti l'ascolto e l'autodeterminazione personale⁷; accanto al minore, vi sono i Servizi sociali territoriali, i Servizi socio-sanitari, il consulente tecnico d'ufficio, talvolta affiancato dai consulenti di parte, e i mediatori pubblici e privati⁸.

⁶ Sull'avvocato del minore e sul suo patrocinio, da ultimo, F. TOMMASEO, *Rappresentanza e difesa del minore nel processo civile*, in *Fam. dir.*, 2007, p. 409 ss.; G. DOSI, *La controriforma in tema di avvocato del minore (dalla legge 149/2001 al disegno di legge per le norme di attuazione s/3048)*, in *ivi*, 2006, p. 217 ss.; ID., *Una svolta nei giudizi di potestate e di adottabilità: in vigore, dopo anni di proroghe, l'obbligo di un difensore per genitori e minore*, *ivi*, p. 951 ss.

⁷ Sugli strumenti, che consentono di perseguire e realizzare la tutela del minore, già ampiamente F. RUSCELLO, *La tutela del minore nella crisi coniugale*, Milano, 2002, p. 70 ss.; sulla scelta del legislatore del divorzio, nella disposizione di cui all'art. 4, settimo comma, e all'art. 6, nono comma, l. div., come succ. mod., M. DOGLIOTTI, *Separazione e divorzio*, Torino, 1988, p. 164 ss.; A. GRAZIOSI, *Note sul diritto del minore ad essere ascoltato nel processo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1992, p. 1282 ss. G. MANERA, *L'ascolto dei minori nelle istituzioni*, in *Dir. fam. pers.*, 1997, p. 1551 ss., part. sulle modalità dell'ascolto; G. SERGIO, *L'ascolto del minore e la giustizia*, in *Fam. dir.*, 1999, p. 590 ss.; F. TOMMASEO, *La Cassazione sull'audizione del minore come atto istruttorio necessario*, in *Fam. dir.*, 2007, p. 883 ss., in nota a Cass., 16 aprile 2007, n. 9094; P. DI MARZIO, *l'audizione del minore nei procedimenti civili*, in *Dir. fam. pers.*, 2011, p. 366 ss.; F. DANONI, *L'audizione del minore nei processi di separazione e divorzio tra obbligatorietà e prudente apprezzamento giudiziale*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, p. 1418. Da ultimo, sull'obbligatorietà dell'audizione del minore, Cass. S.U., 21 ottobre 2009, n. 22238, in *Fam. dir.*, 2010, p. 365, con nota di A. GRAZIOSI, *Ebbene sì, il minore ha diritto di essere ascoltato nel processo*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, I, p. 307 con nota di J. LONG.

⁸ Costituisce un ulteriore elemento di criticità l'intervento di modifica della legge 149/2001, che di fatto ha scelto di precludere ogni legittimazione processuale ai Servizi sociali (come avviene, invece, per l'apertura della procedura di amministrazione di sostegno, sulla quale F. TOMMASEO, *Amministrazione*



La stessa relazione fra gli organi giurisdizionali si presenta(va) complessa: non solo per il problema (oggi in parte risolto) del riparto di competenza e della diversità (ancora esistente) fra riti processuali *fra* filiazione legittima e naturale e *nella* filiazione naturale, ma soprattutto per le frequenti sovrapposizioni di procedure e di competenze fra il giudice della separazione e del divorzio - che era fino ad oggi il tribunale competente anche per i provvedimenti di affido dei figli naturali -, il giudice tutelare - al quale è affidato il compito, *ex art. 337 c.c.*, di vigilare sull'esecuzione del giudice di merito e a "intrattenere" le relazioni con il tessuto sociale di riferimento -, e il tribunale per i minorenni⁹.

ne di sostegno e difesa tecnica, in *Fam. dir.*, 2004, p. 607 ss., in nota a Trib. Padova, 21 maggio 2004; e R. MASONI, *Il ruolo dei servizi sociali nella procedura di amministrazione di sostegno*, in *giur. it.*, 2006, p. 284, in nota a Trib. Roma, 19 febbraio 2005), così come al Tribunale per i minorenni, negando anche a quest'ultimo un autonomo potere di impulso per l'apertura della procedura di adottabilità; questa rimane, pertanto, sottoposta all'attivazione del p.m. presso il Tribunale per i minorenni, il quale, tuttavia, non è affatto obbligato a dare corso alla segnalazione dei Servizi sociali.

⁹ Su questa "pericolosa intersecazione di competenze", F. DANOVÌ, *Il riparto delle competenze tra giudice minorile e giudice ordinario: il tribunale unico della famiglia*, cit., p. 260.



2. A questi peculiari “incastrati” di competenze si aggiunge la constatazione che, nella crisi familiare, il problema dei costi e dei tempi della giustizia è affiancato da un'ulteriore tipologia di costi: quelli emotivi ed individuali dei soggetti coinvolti e i costi sociali del *welfare*, relativi alle strutture di sostegno e di supporto, necessarie per condurre la famiglia verso e attraverso gli equilibri successivi alla crisi.

La legge di modifica dell'art. 155 c.c. (art. oggi 337 *ter* c.c.), nel senso indicato, può costituire un utile banco di prova: l'introduzione della legge n. 54 del 2006 ha sancito l'ordinarietà dell'affido condiviso, relegando - con una scelta aprioristica forse non del tutto consona al tema in esame¹ - l'affido esclusivo a modalità residuale, allorché la condivisione della responsabilità genitoriale risulti in contrasto e in pregiudizio con l'interesse della prole. La giurisprudenza, inoltre, si è sovente espressa nel senso di negare che la mera conflittualità esistente fra i genitori costituisca un presupposto discriminante per accogliere le istanze per l'affido esclusivo della prole, derogando al principio della bigenitorialità.

La larga, massiccia applicazione dell'affido condiviso ha condotto ad una apparente diminuzione dei tempi e dei costi della giustizia, riducendo alla sola udienza presidenziale la composizione della lite, quanto meno con riferimento al contenzioso riguardante i figli e il loro affidamento. Tuttavia, la stessa disciplina non ha inciso sui costi correlati alle successive procedure connesse, se non, forse, nel senso di un loro innalzamento: è probabile, infatti, che la riduzione e la “compressione” della fase giurisdizionale deputata all'esplicitazione del conflitto ad una sola udienza, comporti l'aumento dei costi connessi con le procedure, che si instaurano successivamente: le richieste di modifica delle condizioni di separazione, *ex artt.* 710 c.p.c. e 155 *ter* c.c. (oggi art. 337 *octies* c.c.), di ricorso per divorzio contenzioso, il ricorso al Tribunale per i minorenni o anche “solo” l'intervento del Giudice tutelare per mancata ottemperanza delle disposizioni del giudice del merito (art. 337 c.c.). Sono quelle procedure, che originano a seguito di conflitti celati e di provvedimenti solo “apparentemente consensuali”: a questo proposito un risalente studio sugli accessi al Giudice tutelare di Roma già segnalava la preponderanza di richieste di vigilanza dell'autorità giudiziaria in ragione dell'inadempimento dei provvedimenti emessi in sede di separazioni consensuali².

Queste riflessioni, oltre ad accompagnare verso una sensibilizzazione e a un'applicazione ragionata dello strumento (pur sempre utile) dell'affido condiviso, vogliono promuovere fra operatori, giuridici e non, una relazione collaborativa, di reciproco riconoscimento dei linguaggi e delle competenze, e sostenere il supporto dei costi sociali connessi (servizi sociali territoriali, consultori, Ulss) e degli strumenti giuridici esistenti (primo fra tutti, quello estremamente proficuo del giudice tutelare, come giudice che vigila sull'esecuzione), che forniscano alle famiglie le strategie per contenere e risolvere le conflittualità; diffondere una cultura conciliativa e deflattiva dei conflitti familiari.

L'innalzamento a livello nazionale del numero di procedure giudiziali di separazione e divorzio, l'abbassamento della durata dei matrimoni, dell'età dei coniugi che

¹ Criticamente F. RUSCELLO, *Crisi della famiglia e affidamenti familiari: il nuovo art. 155 c.c.*, in *Dir. fam. pers.*, 2007, p. 265 ss.

² L. DEL CONTE-A. DELL'ANTONIO, *Competenze del G.T. ai sensi dell'art. 337 c.c.: problemi giuridici e psicologici nel contesto esperienziale*, in *Dir. fam. pers.*, 1984, p. 773.



accede al processo, l'abbassamento dell'età dei minori coinvolti³ e il numero significativo dei minori stranieri residenti (anche non accompagnati) costituiscono dati oggettivi, che incoraggiano alla spinta verso una cultura conciliativa, ad esempio, potenziando gli strumenti esistenti (il giudice tutelare e una sua fruttuosa e costante relazione con i servizi) e promuovendo una proficua collaborazione interdisciplinare, volta alla creazione di protocolli di intesa, di linee guida di applicazione virtuosa, di tavoli di lavoro permanente fra i diversi componenti del contenzioso familiare. Affinché questo complesso di istituti giuridici e di prassi informali, questo reticolo di rapporti e di strumenti di supporto possa condurre verso scelte (in senso lato) giudiziali, che siano realmente condivise e alla effettiva riduzione dei costi emotivi ed individuali dei soggetti coinvolti.

³ Si tratta del *Dossier Famiglia 2010*, elaborato dall'Istat e consultabile sul sito ufficiale al link <http://www.istat.it/societa/DossierFamigliaInCifre.pdf>.



3. Un strumento conciliativo e preventivo del conflitto familiare, si è detto, può essere efficacemente svolto mediante un uso sapiente del giudice tutelare: esso stesso mezzo conciliativo, per la capacità che questo possiede di offrire luoghi e momenti di ascolto alle parti, e per creare, mantenere e rafforzare le relazioni con i servizi sociali territoriali di supporto. Benché possa apparire di controtendenza, il tema riveste invero elementi di grande attualità: nonostante le forti (e ragionevoli) spinte verso la costituzione di un giudice unico della famiglia, a dispetto degli oneri ingenti di lavoro, la frequente scarsa specializzazione, la forte frammentarietà delle competenze e il limitato raccordo con il tribunale ordinario e, particolarmente, con il tribunale per i minorenni, infatti, quello che si può lamentare con maggiore forza è, piuttosto, la scarsa sensibilità e sensibilizzazione verso gli strumenti di cui il giudice tutelare è dotato, al fine di comporre e prevenire l'acutizzarsi dei conflitti nella crisi della famiglia.

Questa attitudine conciliativa è rappresentata, in prima battuta, dagli affidi consensuali, di cui all'art. 4 l. ad., la cui fruizione, più o meno larga, dimostra la collaborazione e l'intesa con il tessuto sociale di sostegno: in tal senso, lungi dal rappresentare un mero esecutore del decreto di idoneità formale del progetto confezionato dai servizi, il giudice tutelare può efficacemente contribuire al successo del progetto di affido consensuale, nei termini, evidentemente, del rientro del minore nella famiglia d'origine; allo stesso tempo, egli dovrebbe vigilare sullo stesso affido, per rinviarlo al giudice minorile quando esso manifesti elementi di criticità rispetto al benessere dei minori.

Una seconda dimostrazione di questa peculiarità, infine, è costituita dallo strumento di cui all'art. 337 c.c.: la prassi applicativa conosce il rinvio al giudice tutelare delle fattispecie di separazione conflittuale chiuse dal giudice della famiglia, mediante l'apertura di una procedura che corre parallela a quella principale e che mantiene la propria autonomia, anche a seguito della definizione del percorso di separazione. Altrettanto proficua, e non semplicemente tacciabile di un banale paternalismo, potrebbe essere la propensione a rinviare al giudice tutelare anche le separazioni consensuali, per le quali il giudice della famiglia nutra qualche forte perplessità: le prassi in tal senso non hanno mancato di mostrare significativi risultati, con riguardo al sostegno della coppia genitoriale nel rispetto delle prescrizioni del giudice e al supporto fornito dai servizi nella gestione della prole.

Le funzioni di giudice tutelare, con specifico riferimento all'attività di vigilanza prevista dall'articolo 337 c.c. sull'attuazione dei provvedimenti adottati riguarda sia le pronunce emesse dal tribunale ordinario, dai magistrati appartenenti alla sezione famiglia, sia quanto perviene dal tribunale per i minorenni, i quali si mostrano talvolta più restii ad avvalersi di questa collaborazione, quanto meno in quelle ipotesi nelle quali la sede del tribunale minorile non coincida con quella del tutelare. La forte carica e potenzialità conciliativa sta nella capacità del Tutelare di offrire un luogo informale, mantenendo una propria veste istituzionale e autorevole, e nella possibilità di creare momenti di ascolto per le parti, insieme alla verifica delle prescrizioni emesse dal giudice della separazione, e di collegamento e collaborazione con i Servizi sociali, affinché quel monitoraggio della genitorialità possa divenire sostegno e magari mediazione.

Pur tuttavia è evidente che una spinta in tal senso si mostra in controtendenza con la gestione "efficiente" e spedita delle procedure giudiziali, le quali, allorché definite consensualmente, difficilmente consentono spazi per un controllo così pene-



trante. In questa direzione, in effetti, pare muoversi la recente procedura di negoziazione assistita, introdotta 162/2014, di conversione del decreto legge del 12 settembre 2014, n. 132, contenente misure urgenti di *degiurisdizionalizzazione* ed altri interventi per la definizione dell'arretrato in materia di processo civile, ha introdotto novità rilevanti in tema di separazione e divorzio "più semplice". In virtù del nuovo art. 6 della disciplina, infatti, sarà possibile stipulare una convenzione di negoziazione assistita redatta da uno o più avvocati per la soluzione consensuale di separazione, di divorzio e di modifica delle condizioni di separazione o di divorzio in assenza di figli minori o non autosufficienti (art. 6). In mancanza di figli, l'accordo raggiunto è trasmesso al procuratore della Repubblica presso il tribunale competente il quale, quando non ravvisa irregolarità, comunica agli avvocati un nullaosta.

In presenza di figli minori, di figli maggiorenni incapaci o portatori di handicap grave ovvero economicamente non autosufficienti, l'accordo raggiunto a seguito di convenzione di negoziazione assistita deve essere trasmesso entro il termine di dieci giorni al procuratore della Repubblica presso il tribunale competente, il quale, quando ritiene che l'accordo risponde all'interesse dei figli, lo autorizza. Questi, se ritenga che l'accordo non risponda all'interesse dei figli, lo trasmette entro cinque giorni al presidente del tribunale, che fissa, entro i successivi trenta giorni, la comparizione delle parti e provvede senza ritardo¹.

Inoltre, all'art. 12 della legge, si prevede che i coniugi possano concludere, innanzi al sindaco, quale ufficiale dello stato civile del comune di residenza di uno di loro o del comune presso cui è iscritto o trascritto l'atto di matrimonio, con l'assistenza facoltativa di un avvocato, un accordo di separazione personale, divorzio e di modifica delle condizioni di separazione o di divorzio. Tuttavia, le disposizioni di cui al presente articolo non si applicano in presenza di figli minori, di figli maggiorenni incapaci o portatori di handicap grave, ovvero economicamente non autosufficienti. L'ufficiale dello stato civile riceve da ciascuna delle parti personalmente la dichiarazione che esse vogliono separarsi ovvero divorziare².

La procedura, discutibile quanto meno nella parte in cui è consentita anche in presenza di figli minori, disabili o non autosufficienti, persegue evidentemente il fine dell'efficienza e speditezza nella risoluzione. Detto fine, pur possedendo innegabili profili di positività, rischia però di tradire l'intrinseca funzione garantistica della procedura dinnanzi all'autorità giudiziaria (connessa agli interventi dei servizi territoriali), con la probabile futura conseguenza di produrre ciò che ha similmente prodotto l'introduzione dell'affido condiviso, applicato in maniera non appropriata: ossia l'innalzamento delle procedure, che si instaurano successivamente, con particolare riguardo alle richieste di modifica delle condizioni di separazione, *ex artt.* 710 c.p.c.

¹ L'accordo concluso produce i medesimi effetti dei provvedimenti giudiziari che definiscono i procedimenti di separazione e di divorzio, ma, affinché possa spiegare gli effetti descritti ed essere trascritto nei registri, è necessario che il procuratore della Repubblica presso il tribunale competente comunichi agli avvocati un "nullaosta" ove non ravvisi "irregolarità".

² L'atto contenente l'accordo è compilato e sottoscritto immediatamente dopo il ricevimento delle dichiarazioni e tiene luogo dei provvedimenti giudiziari che definiscono i procedimenti di separazione e di divorzio. L'ufficiale dello stato civile, quando riceve le dichiarazioni dei coniugi, li invita a comparire di fronte a se' non prima di trenta giorni dalla ricezione per la conferma dell'accordo.



4. Un'altra modalità di intervento con una forte carica interdisciplinare è quella rappresentata dai Protocolli d'intesa per l'applicazione virtuosa di Linee guida condivise fra operatori, insieme alla grande risorsa dei Tavoli di lavoro permanenti, intradisciplinari fra operatori giuridici (avvocati e giudici) e interdisciplinari fra questi ultimi e altri professionisti non giuridici, che costituiscono una risorsa importante che il territorio può creare, al fine di una proficua collaborazione e condivisione di intenti.

Proprio i Protocolli d'intesa, siglati talvolta all'interno delle singole associazioni, altre volte fra tutti i soggetti coinvolti (Tribunale, Ordini professionali, Associazioni di categoria, Servizi sociali di base e Servizi specialistici) posseggono, da un lato, la capacità di agevolare e consentire un mutuo riconoscimento delle persone, dei linguaggi, delle competenze e dei fondamenti epistemologici spesso profondamente differenti che caratterizzano gli operatori familiaristi.

Questo mutuo riconoscimento permette, da un atteggiamento spesso di grande diffidenza, di giungere ad un'unità di scopi e di linguaggi e alla nascita, magari, di altre iniziative, di altri documenti comuni: il Protocollo sull'ascolto del minore, ad esempio, è stato frequentemente l'elemento propulsivo per l'attivazione dell'aula di ascolto presso le sedi di Tribunale.

Dall'altro lato, i Protocolli hanno il pregio di mettere in rete gli operatori coinvolti, di creare un contesto comune, relazioni assidue e luoghi anche informali di scambio: così può accadere, ad esempio, nelle ipotesi di Protocolli fra unità sanitarie locali e consultori, per la costituzione di strumenti per la messa in rete dei soggetti che vengono a conoscere situazioni di violenza su donne e su minori.

E' evidente che, trattandosi di Protocolli d'intesa per l'adozione di Linee guida comuni o per la formalizzazione di prassi operative attestate, si discorre di applicazione virtuosa, ancorché condivisa largamente, e non di strumenti dotati di vincolatività, prescrittività o giusitiziabilità. Questa tipologia di "regole", infatti, si inserisce in quel contenitore ampio e dal contenuto variegato, costituito dalla così detta *soft law*, essa stessa di non pronta definizione. La *soft law* rappresenta una nuova forma giuridica in risposta alla acuita complessità fenomenologica, ovvero, con altri termini, costituisce l'espressione di nuovi modi di gestire processi decisionali compositi, comportando, almeno in parte, il superamento della sistematica e della dogmatica della teoria della fonti di *hard law* e, insieme con questa, del diritto proveniente dalle istituzioni politiche e dalle procedure a queste connesse¹. Le ragioni di questo superamento si trovano, in larga parte, in fenomeni sociologici ed economici dettati dalla globalizzazione e del mercato, insieme alla sostanziale presa di potere della *governance* comunitaria, che ha comportato, oltre ad una condivisione di sovranità, anche la graduale validazione di "espressioni giuridiche (più) *soft*", ai margini delle fonti del diritto, con rilevanti effetti pratici².

Molteplici sono le funzioni e la struttura che accomunano le forme disomogenee di *soft law*, che possiedono sicuramente una forte carica persuasiva, accanto a funzioni informative, di socializzazione valoriale e di orientamento del processo interpretativo propriamente inteso. Accanto a queste molteplici funzioni, si colloca quella di *moral suasion*, che ben si inserisce nel contesto, a vocazione mediativa, del diritto di famiglia. La forza persuasiva ammantata tutto il processo formativo di queste peculiari regole, consentendo *ab origine* la condivisione dei progetti sottesi, fondata non

¹ R. BIN, *Soft law, no law*, in A. SOMMA (a cura di), *Soft law e hard law nelle società postmoderne*, cit., p. 31.

² Così F. SNYDER, *Soft law e prassi istituzionale nella Comunità europea*, in *Soc. dir.*, 1993, p. 90 ss.



sull'autorità, ma su nuovi circuiti giuridici. Le norme di *soft law*, infatti, non si fondano sulle regole dell'obbedienza derivanti dall'emanazione ad opera dell'organo istituzionale, ma sul mutuo riconoscimento di nuovi soggetti operanti nel settore di riferimento (es. le associazioni di avvocati familiaristi o quelle di psicologi operanti nel campo della famiglia e dei minori), creando effettivamente nuovi criteri di legittimazione e mutando lo scenario dei soggetti attori del processo di produzione delle stesse regole.

Per altro verso, il contenuto delle norme protocollari, *species* del *genus soft law*, è profondamente connotato dalle modalità della negoziazione, che riscuote l'adesione alla regola più "morbida", come quella fortemente pensata, condivisa e voluta. Le norme in parola, quindi, oltre alla funzione di socializzazione valoriale, hanno un ruolo determinante perché modellano in maniera significativa la realtà a cui la norma protocollare è destinata ad applicarsi: in questo senso, non solo la norma ha una funzione interpretativa della fattispecie concreta, ma entra, altresì, nella decisione presa dal giudice.

Infine, e questo risulta un profilo inedito, è possibile constatare come la norma di *soft law*, nel caso specifico del diritto di famiglia, abbia avuto un ruolo determinante nella formazione della regola *hard*: tutta la materia dell'ascolto del minore, infatti, è stata recentemente novellata dal D.Lgs. n. 154/2013, emanato sulla delega della legge n. 219/2012, riformulando essenzialmente la materia alla luce di quelle che erano le prassi assodate e condivise presso numerose sedi di Tribunale del territorio nazionale.

Non tanto l'ascolto del giudice della separazione, che è stato integralmente e pressoché pedissequamente trasfuso dal vecchio art. 155 *sexies* c.c. al nuovo art. 337 *octies* c.c., quanto quello del giudice minorile, oggi individuato dal nuovo art. 336 *bis* c.c., è modellato secondo quanto disponevano spesso i Protocolli sull'ascolto: rispetto alla scelta del giudice di non provvedere a consultare il minore e all'adempimento del provvedimento motivato; alle modalità di consultazione diretta o mediante l'ausilio di esperti, alla redazione del processo verbale, e alla preventiva informazione del minore riguardo alla natura del procedimento e agli effetti dell'ascolto. In particolare, poi, con riferimento alla possibilità di partecipare all'ascolto da parte degli altri soggetti coinvolti (genitori, difensori di questi, curatore del minore, pubblico ministero), il secondo comma dell'art. 336 *bis* oggi prevede sì la possibilità di "suggerire" al giudice argomenti e temi sui quali ascoltare il minore; tuttavia questi sono ammessi a partecipare all'ascolto, solo a seguito di apposita autorizzazione del giudice, salvo quanto disposto dal (nuovo) art. 38 *bis* dip. att. c.c., anche questo di matrice prettamente protocollare.

Il tema, è noto, costituisce un aspetto significativo a livello professionale – soprattutto riflettendo su quante perplessità abbia suscitato la nuova formulazione dell'art. 56 del codice deontologico³, anche alla luce delle disposizioni della Conven-

³ L'art. 56 del nuovo Codice deont. degli avvocati prevede che: "1. L'avvocato non può procedere all'ascolto di una persona minore di età senza il consenso degli esercenti la responsabilità genitoriale, sempre che non sussista conflitto di interessi con gli stessi; che l'avvocato del genitore, nelle controversie in materia familiare o minorile, deve astenersi da ogni forma di colloquio e contatto con i figli minori sulle circostanze oggetto delle stesse. 2. L'avvocato difensore nel procedimento penale, per conferire con persona minore, assumere informazioni dalla stessa o richiederle dichiarazioni scritte, deve invitare formalmente gli esercenti la responsabilità genitoriale, con indicazione della facoltà di intervenire all'atto, fatto salvo l'obbligo della presenza dell'esperto nei casi previsti dalla legge e in ogni caso in cui il minore sia persona offesa dal reato. 3. La violazione dei doveri e divieti di cui ai prece-



zione di Lanzarote in tema di ascolto –; al contempo, per ciò che qui interessa, esso dimostra come il legislatore abbia operato sul contenuto delle norme, attraverso un meccanismo di costruzione “dal basso”, che risulta efficacemente inedito sotto il profilo della tradizionale produzione delle fonti normative.

Per questa ragione non è da condividere l’idea che i Protocolli nella materia *de qua* siano necessariamente inutili o anche dannosi⁴ – inutili perché pedissequamente riproducono la norma di legge e in ogni caso perché privi di rilevanza giuridica; dannosi allorquando esprimano regole *contra jus*. Da un lato, infatti, sebbene si consenta una sorta di de-strutturazione del sistema delle fonti, come tradizionalmente inteso, e insieme una diversificazione delle procedure e la moltiplicazione dei soggetti legittimati a produrle, è ben evidente che ciò non implica l’ammissibilità di deroghe o violazione dei diritti ascrivibili a tutti i soggetti coinvolti nel contesto di riferimento: la *soft law*, in tal senso, presuppone che l’ordinamento non sia (più) esaustivo ed esprime “solo” altre forme normative, le quali, sebbene non cogenti secondo i tradizionali canoni della prescrittività e sanzionabilità, entrano nelle decisioni assunte. Il problema, a ben vedere, non è tanto quello delle disposizioni protocollari che violano la norma di legge, piuttosto scarse in realtà, bensì quello della loro disapplicazione o violazione.

Non appare sufficiente, anzi tutto, “liquidare” il problema con l’idea che l’ordinamento assorba in sé l’inefficienza delle regola protocollare inutile, mediante la sua disapplicazione.

Se, infatti, la norma protocollare è applicata, perché esprime un modello condiviso e negoziato, al contempo essa ha l’effetto – intrinsecamente correlato – di orientare ad essa i comportamenti dei contraenti, che saranno aderenti alla norma.

D’altro canto, l’adozione di un comportamento così indirizzato, ingenera negli stessi contraenti una legittima aspettativa a veder osservata la norma di riferimento. In altre parole, l’avvocato sarà legittimamente propenso a credere che la controparte osservi il Protocollo sottoscritto e così adeguerà la propria strategia difensiva alla luce di questa aspettativa.

Al contempo, non è da escludere che l’adesione alla norma protocollare produca un ulteriore effetto, che potremmo chiamare “di liceità”: il comportamento conforme alla disposizione di *soft law* è per principio lecito; e non potrebbe che essere in tal senso, poiché la norma protocollare, non limitandosi a riprodurre la norma di legge, si colloca il più delle volte in uno spazio lasciato vuoto dalla norma di riferimento o in un margine di interpretazione dotato di una certa ambiguità. Per questa ragione, l’adesione al comportamento conforme al Protocollo riconosce a chi la osserva una sorta di esonero di responsabilità da eventuali pregiudizi incorsi ai soggetti coinvolti.

Il fenomeno è noto con riguardo al tema delle certificazioni di qualità, invero del tutto peculiare, essendo sostanzialmente normato attraverso disposizioni *soft* - le norme e specifiche tecniche. Ma il tema ha investito potentemente anche l’ambito

denti commi comporta l’applicazione della sanzione disciplinare della sospensione dall’esercizio dell’attività professionale da sei mesi a un anno”. La norma, di fatto, consolida un principio di maggior tutela nei riguardi del minore rispetto ad una qualsiasi altra parte processuale, nonostante abbia il diritto di essere ascoltato ogni qualvolta si decida di lui. Questa norma deve, necessariamente andare ad integrarsi, pertanto, con il diritto di ascolto, di cui il minore è titolare, in tutte le situazioni giuridiche che immediatamente lo vedono interessato.

⁴ Così G. CASABURI, *L’ascolto del minore tra criticità processuali ed effettività della tutela*, in nota ad App. Milano, 21 febbraio 2011, in *Corr. mer.*, 2012, p. 32.



della responsabilità medica, che già ad opera della giurisprudenza richiamava le Linee guida scientificamente e internazionalmente riconosciute per escludere (o meno!) la responsabilità civile e penale di chi le avesse correttamente osservate. A seguito dell'entrata in vigore della legge Balduzzi, n. 189, 8 novembre 2012, poi, la questione è ancor più attuale: l'art. 3, primo comma, della legge recita infatti che "L'esercente la professione sanitaria, che nello svolgimento della propria attività, si attiene alle linee guida e buone pratiche, accreditate dalla comunità scientifica, non risponde penalmente per colpa lieve". La norma ha sancito per legge un ruolo prescrittivo assegnato alle norme di *soft law*, dimostrando come la carica persuasiva di quelle non preclude intrinsecamente forme di reazione ordinamentali.

Sotto il profilo che qui interessa, per concludere, v'è da chiedersi se sia così vero che la mancata applicazione e la violazione delle disposizioni dei Protocolli in materia di diritto di famiglia – che siano stati negoziati, condivisi e sottoscritti –, ad opera di una delle parti contraenti non producano alcuna conseguenza.

Forse non è tempo per immaginare una condanna della giurisprudenza per violazione di questo inedito *diritto vivente*; certamente, tuttavia, è lecito richiedere e attendersi l'assunzione di responsabilità e consapevolezza da parte di chi, questi Protocolli li ha voluti e sottoscritti.



I DILEMMI DELLA MEDICINA PREDITTIVA

ALDO TOSO

SOMMARIO: 1. Cosa si intende per medicina predittiva. – 1.1. Caso Jolie e primi problemi di costituzionalità. – 2. Brevi cenni sul test genetico. – 2.1. Differenze tra normativa italiana e normativa statunitense. – 3. Ricerca genetica e diritti inviolabili: profili critici. – 3.1. Diritto ad una adeguata informazione; consenso informato e consulenza genetica. – 3.1.1. Disciplina italiana. – 3.2. Rapporto tra privacy e diritto di informazione. – 3.2.1. Normativa italiana e normativa internazionale: differenze. – 3.3 Test genetici e rischio di discriminazioni. – 3.3.1. Problematiche legate al concetto di discriminazione. – 3.3.2. Possibili discriminazioni in ambito lavorativo. – 3.3.3. Principali aspetti della disciplina statunitense, europea, italiana e comunitaria. – 3.3.4. Discriminazione in campo assicurativo. – 4. Considerazioni conclusive.

1. Per medicina predittiva s'intende quella particolare branca del sapere medico che permette di prevedere una predisposizione a certe malattie prima ancora dell'apparire di un qualsiasi sintomo. In quanto "predittiva", non consente di stabilire con certezza se e quando la persona interessata si ammalerà, ma individua solamente, con un alto tasso di attendibilità, le persone nelle quali il rischio di ammalarsi è sensibilmente più alto rispetto alla media generale¹.

La medicina predittiva, benché sia una scienza relativamente recente, ha subito negli ultimi decenni uno sviluppo esponenziale grazie all'altrettanto rapido progresso degli studi sul genoma umano, a cui è strettamente legata. Il progresso delle scienze biomediche ha permesso di collegare moltissime malattie più o meno gravi a un numero particolarmente elevato di geni.

Il soggetto che vi ricorre non è malato e potrebbe non diventarlo mai, dato che per la contrazione di una malattia non rilevano solamente i geni, ma anche fattori legati all'ambiente o aspetti personali, come stile di vita, alimentazione o stress.

In realtà, nel concetto di medicina predittiva potrebbero includersi anche test predittivi di patologie non genetiche, quali ad esempio la sieropositività HIV, nei confronti dell'insorgenza di AIDS.

1.1. La medicina predittiva ottenuto una notevole risonanza in seguito alla vicenda dell'attrice statunitense Angelina Jolie. La Jolie, infatti, ha recentemente dichiarato di essersi sottoposta ad un intervento di mastectomia totale, dopo aver scoperto di essere portatrice di un gene che aumenta il rischio di tumore al seno dell'87%.

Il cancro, analogamente alla peste nel medioevo o alla tubercolosi e alla poliomielite a cavallo tra il XIX e XX secolo, è la malattia che oggi più suscita apprensione sociale. Tra le sue molteplici forme, il cancro al seno è uno dei più diffusi. Per contrastarlo, lo strumento di prevenzione più efficace è la mammografia.

¹ U. VERONESI, S. ZURRIDA, *Dalla medicina curativa alla medicina predittiva*, in *Monitor*, n.11, 2004, pp. 27-33.



Tralasciando l'aspetto non secondario dell'alto costo dell'operazione, che ha addirittura portato la Corte Suprema² a riconoscere la natura elitaria del rimedio, l'intento dell'attrice era di informare le donne della possibilità di ricorrere a questo strumento preventivo.

A causa della natura particolarmente delicata e invasiva dell'intervento, potrebbe sorgere il problema se possa essere lasciato al solo soggetto interessato la decisione di sottoporsi a una simile operazione.

La soluzione a questo quesito deve essere ricercata, nel nostro paese, nei principi costituzionali. L'art.32 della Costituzione attribuisce esclusivamente all'individuo il diritto alla salute, compreso il diritto a rifiutare le cure. Di conseguenza, solamente l'interessato, purché adeguatamente informato e qualora non si riscontri un interesse della collettività, è da considerarsi titolare del diritto di decidere a quali trattamenti medici sottoporsi.

Sul punto, comunque, bisogna segnalare una lunga serie di decisioni della Corte Costituzionale, iniziate nei primi anni '90³ e culminate con la sentenza n. 438 del 23 dicembre 2008, in cui la Corte ha ritenuto che «ogni individuo ha il diritto di essere curato, egli ha, altresì, il diritto di ricevere le opportune informazioni in ordine alla natura e ai possibili sviluppi del percorso terapeutico cui può essere sottoposto, nonché delle eventuali terapie alternative; informazioni che devono essere le più esaurienti possibili, proprio al fine di garantire la libera e consapevole scelta da parte del paziente e, quindi, la sua stessa libertà personale, conformemente all'art. 32, comma 2, Cost.».

Ancora, la Corte Costituzionale nella sentenza n. 185 del 26 maggio 1998 ha affermato che «nei casi di esigenze terapeutiche estreme...va considerato che dalla disciplina della sperimentazione, così prevista, scaturiscono indubbiamente aspettative comprese nel contenuto minimo del diritto alla salute».

Alla luce di tali affermazioni di principio, però, sorge un ulteriore interrogativo e cioè se lo Stato, in virtù del principio di uguaglianza sostanziale enunciato al secondo comma dell'art. 3 della Costituzione, debba investire le proprie risorse per limitare il rischio collegato ad una semplice predisposizione. Questo dilemma non è di secondaria importanza dati gli alti costi di questo tipo di accertamenti.

Attualmente, in assenza di un sostegno pubblico, gli interventi di carattere preventivo sono nella disponibilità solamente di un gruppo ristretto di individui. A riprova di ciò, basti considerare che la stragrande maggioranza delle donne che ogni anno muore a causa di tumore al seno proviene dai paesi in cui non esiste prevenzione né cura.

² U.S. Supreme Court Assoc. for Molecular Pathology v. Myriad Genetics, Inc. 569 U.S., No. 12-398 Argued April 15, 2013, Decided June 13, 2013.

³ Corte Cost., 22 giugno 1990, n. 307.



2. Dopo questa breve premessa, è opportuno chiarire cosa si intende per test genetico.

I test genetici sono utilizzati in medicina ormai da oltre vent'anni sia in ambito nazionale che internazionale nel campo della ricerca, della prevenzione o della terapia.

A livello internazionale, secondo la definizione dell'Istituto Superiore di Sanità, per test genetico s'intende "l'analisi a scopo clinico di DNA, RNA, cromosomi, proteine, metaboliti o altri prodotti genici, effettuata per evidenziare genotipi, mutazioni, fenotipi o cariotipi correlati o meno con patologie ereditabili umane". Scopo di questi test è capire la probabilità del singolo paziente di andare incontro a determinate malattie, rispetto alla media della popolazione.

In linea generale, si distinguono due tipi di malattie genetiche riscontrabili: quelle individuabili fin dalla nascita e per le quali il test predittivo può effettuarsi in epoca prenatale e quelle a insorgenza tardiva, per le quali la predizione può essere effettuata anche in epoca post natale¹.

2.1. A livello nazionale, invece, il nuovo articolo 1 del testo sull'Autorizzazione al trattamento dei dati genetici prevede tre diversi tipi di test genetici:

- Test diagnostico, volto allo studio clinico di uno specifico gene o del suo prodotto o funzione o altre parti di DNA o di un cromosoma, con lo scopo di diagnosticare o confermare un sospetto clinico in un individuo affetto;
- Test presintomatico, finalizzato a individuare o escludere una mutazione legata a una malattia genetica che possa svilupparsi in un individuo non affetto
- Test predittivo o di suscettibilità, per valutare la diversa predisposizione di un individuo a sviluppare malattie multifattoriali.

La disposizione normativa, la cui *ratio* è evitare comportamenti discriminatori, sottolinea l'importanza di tutelare la riservatezza della persona interessata e dei familiari.

Lo sviluppo della genetica in campo umano ha consentito di acquisire un patrimonio vastissimo di informazioni per la conoscenza della struttura biologica dell'uomo.

È, però, interessante notare come questo flusso di informazioni sia stato trattato differentemente nei diversi paesi.

Negli Stati Uniti, si è realizzato lo *Human Genome Project*, volto alla mappatura dell'intero patrimonio genetico umano.

Questo ha permesso alla medicina predittiva di ottenere un notevole incremento delle conoscenze che consentirà di ampliare quello che è lo spettro delle malattie che possono essere oggetto di test. In tal modo, sarà possibile diagnosticare la patologia in tempi estremamente precoci rispetto alla sua insorgenza.

In seguito a un sempre maggiore aumento della richiesta di test genetici predittivi, si è giunti alla creazione della prima banca dati genetici *open source*. Scopo di quest'operazione è rendere pubblici i genomi di centomila volontari con le informazioni sanitarie annesse, in modo da potenziare la ricerca che si occupa della relazione intercorrente tra genoma e quadro clinico di molte malattie.

¹ A. GORI, A. ANDRIOTTO, B. LAURO GERUSO, E. BERTINOTTI, F. ARTIBANI, M. SALERNO, V. STIVANI, *Implicazioni etiche, sociali, economiche e cliniche della diagnostica predittiva in Italia e all'estero*, in *Programma Scienziati in Azienda - XII Edizione*, Stresa, 26 Settembre 2011 – 27 Luglio 2012, p. 6 ss.



Così facendo, nel giro di pochissimi anni, sarà possibile sviluppare strategie di medicina personalizzata che consentiranno di comprendere non solamente i meccanismi di azione dei geni sull'organismo umano in condizioni di salute e patologiche, ma anche valutare le diverse risposte individuali a stimoli eguali.

Viceversa, in Italia, probabilmente anche per via di una maggiore attenzione per la tutela dei diritti individuali, la genomica per malattie complesse ha trovato un'applicazione pratica in un numero molto più ristretto di situazioni rispetto alla realtà statunitense.

I test genetici predittivi sono svolti nella sanità pubblica solo per alcune tipologie di malattie particolarmente gravi, come i tumori alla mammella, alle ovaie, l'Alzheimer o la demenza frontotemporale.

Nel 2007, l'Istituto di Igiene dell'Università Cattolica del Sacro Cuore di Roma ha costituito uno specifico pool di ricerca, denominato Genomica in Sanità Pubblica (GENISAP), volto a migliorare l'utilizzo di test genetici predittivi, sia valutando l'appropriatezza del loro utilizzo e il loro costo rapportato all'efficacia sia realizzando direttive e pareri basati sulle prove di efficacia.

3. L'applicazione della ricerca genetica sull'uomo può però essere fonte di possibili conflitti con i principi costituzionali relativi ai diritti inviolabili dell'individuo.

La condivisione su base familiare dei dati genetici di un soggetto determina un singolare incastro di diritti rivendicabili sia dal singolo (diritto di sapere, di non sapere, di non essere informato o di riservatezza)¹, sia dalla collettività (diritto di informazione finalizzato alla salute dei "familiari" genetici)².

Relativamente a tali problematiche, sono meritevoli di una particolare analisi:

- Quella relativa al diritto dell'individuo di ricevere, da parte del personale sanitario, tutte le informazioni inerenti alle possibili conseguenze dei test genetici;
- Quella relativa al rapporto tra diritto alla privacy dell'individuo e il diritto di altri soggetti potenzialmente interessati a conoscere i risultati di detti test;
- Quella relativa alle possibili discriminazioni che, in ambito lavoristico o assicurativo, potrebbe subire il soggetto a cui venisse riscontrata la predisposizione genetica a una particolare patologia.

3.1. Relativamente al primo problema, l'individuo ha il diritto a ricevere un'adeguata informazione circa il test a cui ha intenzione di sottoporsi.

L'articolo 32, comma 1 della Costituzione stabilisce che "La Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività, e garantisce cure gratuite agli indigenti". La salute costituisce un diritto fondamentale, essendo il presupposto per il godimento di tutti gli altri diritti costituzionali. Secondo i principi costituzionali, quindi, qualsiasi trattamento sanitario, se non volto a tutela dell'intera collettività, non può essere imposto, essendo riconosciuto il diritto dell'individuo a rifiutare le cure (art. 32 Cost. comma 2). Presupposto di questo prin-

¹ V. Part. 10 della Convenzione di Oviedo sulla biomedicina e l'art.5 della Dichiarazione UNESCO sul genoma umano e i diritti dell'uomo del 1997.

² C. DONISI, *Gli enigmi della medicina predittiva*, in *Il diritto alla salute alle soglie del terzo millennio. Profili di ordine etico, giuridico, economico. Atti del convegno*, a cura di L. CHIEFFI, San Leucio, 23-24 Marzo 2003, Torino, Giappichelli, 2003, p. 190 ss.



cipio è il consenso informato, ossia una scelta lasciata al solo paziente, dopo però un adeguato apporto di conoscenze mediche operato dal proprio medico.

Il settore della medicina predittiva che si occupa di quest'aspetto è quello della consulenza genetica. Questa riguarda quel processo volto a comunicare i problemi umani conseguenti alla possibilità, più o meno remota, che possa manifestarsi un disordine genetico nella famiglia. Si tratta di un processo decisionale molto complesso, reso ancor più insidioso dall'inevitabile stato di ansia che accompagna qualsiasi scelta impegnativa. Professionisti preparati (come ad esempio i *genetic nurse* inglesi) hanno il compito di aiutare l'individuo o la famiglia a comprendere le informazioni mediche fornite, al fine di adottare le migliori strategie per combattere la possibile malattia³.

Il ricevente deve anche essere messo in grado di esprimere le proprie valutazioni e i conseguenti timori relativamente ai vari aspetti del test, in modo da consentirgli di valutare al meglio se sottoporsi o meno a quella indagine. Durante questo percorso decisionale, si ha un'inversione del normale rapporto medico - paziente. Il medico, infatti, dovrà limitarsi a indicare al paziente tutte le informazioni di cui dispone, astenendosi da qualsiasi pressione o consiglio.

Strettamente connesso al diritto del soggetto ad essere informato, c'è anche il diritto opposto del soggetto a non essere informato dei risultati dei test. Si pensi, ad esempio, al caso di chi cambia idea in proposito nel periodo di tempo immediatamente successivo al compimento dei test. Questo principio è indicato nel secondo comma dell'art. 10, comma 2 della Convenzione sui diritti dell'uomo e sulla biomedicina, tenutasi a Oviedo il 4 aprile 1997, recepita in Italia dalla legge 28 marzo 2001, n. 145.

3.1.1. In Italia, la materia è indicata da "Linee Guida per le attività di genetica medica" della Conferenza Stato - Regioni⁴, indicanti i punti sui quali deve essere informato l'individuo prima di essere sottoposto ad un test genetico. Nello specifico, il processo di comunicazione deve essere mirato a indicare le finalità e il valore indicativo dell'esame. Oggetto di chiarimenti sono le eventuali misure che conseguono all'esame e i rischi che ne possono derivare, l'eventualità di scoprire risultati inattesi e le misure di sostegno consequenziali, le possibili ripercussioni fisiche e psichiche, i costi dell'esame, nonché le misure terapeutiche disponibili. Ad esempio, nel caso di diagnosi prenatale, l'utilizzo di tecniche invasive per il prelievo di tessuti fetali impone una rigorosa ed esauriente informazione sulle modalità operative e sul rischio derivante dalla loro applicazione, oltre alle inevitabili implicazioni etiche e psicologiche.

3.2. La seconda tematica da affrontare è quella vertente sul rapporto tra l'esigenza alla privacy dell'individuo sull'esito dei risultati e l'esigenza di informare di tali risultati anche altri soggetti potenzialmente interessati.

I dati genetici sono dati sensibili. La legge 675/96, rubricata "Tutela delle persone e di altri soggetti rispetto al trattamento dei dati personali" li definisce come "i dati personali idonei a rivelare l'origine razziale ed etnica, le convinzioni religiose, filosofiche o di altro genere, le opinioni politiche, l'adesione ai partiti, sindacati, associazioni od organizzazioni a carattere religioso, filosofico, politico o sindacale, non-

³ A. GORI, A. ANDRIOTTO, B. LAURO GERUSO, E. BERTINOTTI, F. ARTIBANI, M. SALERNO, V. STIVANI, *Implicazioni etiche, sociali, economiche e cliniche della diagnostica predittiva in Italia e all'estero*, cit., p. 32.

⁴ Conferenza Stato-Regioni, accordo 15.07.2004, G.U. 23.09.2004.



ché i dati personali idonei a rilevare lo stato di salute e la vita sessuale”. Di conseguenza, devono essere trattati con assoluta sicurezza e riservatezza, secondo quanto previsto in materia di tutela della privacy.

3.2.1. Sul piano normativo, il testo di riferimento è il Codice in materia di protezione dei dati personali, contenuto nel D.lgs. 30 giugno 2003, n.196, che si occupa di qualsiasi aspetto relativo al trattamento dei dati personali come raccolta, registrazione, modificazione, selezione, estrazione, raffronto, utilizzo, interconnessione, comunicazione, diffusione e cancellazione.

L’art. 37 di questa norma prevede che, in ipotesi tassative, per poter effettuare un trattamento, il medico, cui competono le decisioni in ordine alle modalità dello stesso, deve darne comunicazione al Garante per la protezione dei dati personali e ottenere il consenso dell’interessato, informato delle finalità e delle modalità del trattamento, in forma scritta.

Questa disciplina, volta a preservare il diritto alla privacy dell’individuo, può entrare in conflitto con l’interesse collettivo e con quello dei familiari del soggetto coinvolto.

Relativamente al primo profilo, la collettività ha da sempre preso tutti i provvedimenti ritenuti utili per limitare gli agenti patogeni e le fonti di contagio. Però, a causa delle caratteristiche stesse di tali malattie, provvedimenti simili sarebbero scarsamente efficaci: infatti, benché siano patologie in grado di colpire un alto numero di individui, esse non hanno una diffusione orizzontale, come le normali malattie infettive, ma verticale. Le prime sono trasmesse da un qualsiasi segmento di popolazione ad un altro, mentre le seconde si trasmettono da una generazione all’altra.

Proprio a causa di questa loro caratteristica, appare molto più delicato il secondo profilo. Infatti, le malattie di origine genetica, per la loro espansione verticale, generalmente posseggono una componente ereditaria. Di conseguenza, la circolazione delle informazioni genetiche riguarda non soltanto l’individuo che lo ha sostenuto, ma anche le persone a lui legate dallo stesso gruppo biologico: padre, madre, fratelli, sorelle, figli.

Per questo motivo, molto probabilmente, anche la famiglia verrà coinvolta indirettamente a seguito della conoscenza del profilo genetico di uno dei suoi membri. In tali circostanze, il diritto a sapere di un soggetto può scontrarsi con il diritto a non sapere di un altro familiare⁵, ledendo così il principio di autodeterminazione.

Tra le disposizioni internazionali e nazionali che si sono occupate di questa problematica, merita particolare attenzione la “Dichiarazione universale sul genoma umano e sui diritti umani”, adottata l’11 novembre 1997 dall’Unesco. Il testo dispone la salvaguardia di tutti quei diritti individuali, volti ad assicurare la tutela delle persone interessate dal trattamento delle informazioni genetiche. Punti cruciali sono il consenso libero ed informato allo svolgimento di ricerche o diagnosi (art. 5, lett. b), il diritto di conoscere o di ignorare il risultato dei test genetici (art. 5, lett. c), la protezione dei dati genetici (art. 7). Questo testo normativo consente al medico di derogare alla regola generale che prevede che i familiari (generalmente ricompresi entro il terzo grado) o il coniuge dell’interessato possano conoscere i risultati dell’esame solo se quest’ultimo vi acconsenta. Gli unici requisiti che il medico deve rispettare per effet-

⁵ C. DONISI, *Gli enigmi della medicina predittiva*, cit., p. 190 ss.



tuare tali dichiarazioni sono il consenso dell'autorità competente e la presenza di gravi rischi per la salute dei familiari o del coniuge.

Purtroppo, nonostante il parere favorevole del Comitato Nazionale per la Bioetica, queste disposizioni non sono ancora state recepite dall'ordinamento italiano.

Attualmente, la normativa vigente in Italia è il sopra citato decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, che richiede il consenso dell'interessato per l'acquisizione, l'utilizzo e la conservazione dei dati genetici.

3.3. Il divieto di discriminazione è un principio a base di tutti i sistemi giuridici moderni.

Nel nostro ordinamento, questo divieto ha il suo fondamento nell'art.3 Cost., in base al quale tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono uguali davanti alla legge, indipendentemente dal sesso, dalla razza, dalla lingua, dalla religione, dalle opinioni politiche o dalle condizioni personali e sociali. Con il divieto di discriminazione, si impediscono comportamenti discriminatori verso una determinata persona.

A livello comunitario, il divieto di discriminazione è contenuto nell'art. 21 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, proclamata a Nizza il 7 dicembre del 2000. Tali concetti sono, poi, ripresi nell'art. 81 della Costituzione Europea del 29 ottobre 2004, in base al quale è «vietata qualsiasi forma di discriminazione fondata, in particolare, sul sesso, la razza, il colore della pelle o l'origine etnica o sociale, le caratteristiche genetiche, la lingua, la religione o le convinzioni personali, le opinioni politiche o di qualsiasi altra natura, l'appartenenza ad una minoranza nazionale, il patrimonio, la nascita, gli handicap, l'età o le tendenze sessuali».

In ambito interno, invece, particolarmente importanti sono i D.lgs. 286/98 (conosciuto come T.U. dell'immigrazione), 215/03 e 216/03.

Il D.lgs. 286/98 agli articoli 43 e 44 fornisce sia una definizione del concetto di discriminazione, sia una serie di rimedi processuali per contrastarlo.

Il D.lgs. 215/03 invece riprende la direttiva comunitaria n. 43/00 in tema di parità di trattamento indipendente da razza o etnia.

Infine il D.lgs. 216/03, emanato in attuazione della direttiva comunitaria n. 78/00, è volto a garantire la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro.

Probabilmente proprio il settore del lavoro, insieme a quello assicurativo, ha richiesto una maggiore applicazione del precetto antidiscriminatorio a causa dell'esigenza di garantire piena libertà e dignità al lavoratore.

Il nostro legislatore se ne occupava già nel titolo II della legge 20 maggio 1970 n. 300 (Statuto dei lavoratori), interamente dedicato alla libertà sindacale. In base a questo principio, è tassativamente vietato al datore di lavoro tenere una serie di comportamenti, come, per esempio, effettuare perquisizioni personali o sorvegliare con mezzi occulti o con personale estraneo alla fabbrica il lavoro dei dipendenti.

L'art. 5 della Costituzione dispone che tra le ulteriori attività precluse al datore di lavoro c'è anche quella di condurre accertamenti unilaterali sulla idoneità e sull'infermità, per malattia o infortunio, del lavoratore dipendente. Proprio in relazione a ciò, si pone l'ultimo problema da considerare, quello cioè riguardante le possibili discriminazioni che può subire il lavoratore che si è sottoposto ai test genetici in ambito lavoristico.



Prima di affrontare nel dettaglio questo problema, è opportuno fare qualche precisazione sulla disciplina discriminatoria.

3.3.1. Secondo la definizione data dall'articolo 3 comma 4 del D.lgs. 215/03 sono da considerarsi discriminatori quei comportamenti che non sono giustificati da finalità legittime, anche se non necessariamente vietati da altre norme.

L'art. 43 comma 1 del T.U. dell'immigrazione, ripreso anche dall'art. 2 del D.lgs. 215/03, distingue tra discriminazione diretta e indiretta.

Si ha discriminazione diretta quando il fatto illegittimo è un effetto consequenziale della ripetizione o della mancanza della caratteristica di cui la legge dispone l'irrilevanza.

La discriminazione diretta può essere determinata non già in termini assoluti bensì relativi. L'illegittimità del comportamento verso specifici soggetti è valutata in relazione al trattamento riservato agli altri soggetti della collettività. Il giudice, quindi, nel valutare se un concreto atteggiamento leda o meno il principio di non discriminazione, deve considerare anche il trattamento di raffronto, considerato come *tertium comparationis*⁶.

Viceversa, la discriminazione indiretta riguarda le ipotesi in cui l'evento discriminatorio sia cagionato dal formale rispetto del precetto paritario senza tenere conto delle situazioni di disegualianza selettiva e strutturale presenti all'interno della collettività. Tale discriminazione si verifica allorché una condotta non necessariamente discriminatoria determini uno specifico svantaggio nei confronti di soggetti portatori delle caratteristiche previste⁷.

Mentre per la discriminazione diretta è sempre necessario un pregiudizio concreto, la discriminazione indiretta è sanzionabile anche se solo potenziale.

Altro aspetto importante riguarda il campo di applicazione della tutela. Sempre l'art.3 del D.lgs. 215/03 individua i soggetti destinatari e le aree interessate.

Al primo comma dell'art. 3 D.lgs. 215/03 è disposto che deve applicarsi parità di trattamento, senza distinzioni razziali o etniche, a tutte le persone (comprese le persone giuridiche) sia nel settore pubblico che privato.

Benché, almeno formalmente, la norma sembra riferirsi espressamente solo alle discriminazioni legate alla razza o all'etnia, si ritiene che debbano essere ricomprese anche le altre forme di discriminazione, come, ad esempio, quelle fondate sul sesso o su convinzioni religiose⁸.

La tutela giurisdizionale contro le discriminazioni è contenuta invece nell'art. 4 del D.lgs. 215/03, che richiama l'art. 44 del T.U. sull'immigrazione, per le disposizioni procedurali. Il procedimento è molto simile al rito cautelare uniforme previsto agli art. 669 bis e ss. c.p.c., con una fase sommaria che si conclude con ordinanza e una fase di cognizione piena che si conclude con sentenza.

L'art. 4 del D.lgs. 215/03 differisce, però, dall'art. 44 del T.U. relativamente ai rimedi concessi dal giudice per rimuovere l'eventuale atto discriminatorio. Infatti, in base all'art. 44 il giudice, accogliendo il ricorso, ha un potere discrezionale molto ampio, potendo disporre un provvedimento dal contenuto atipico.

⁶ B. TROISI, *Il contratto a danno di terzi e altri saggi*, Napoli, Esi – Edizioni Scientifiche Italiane, 2008, pp. 49 - 50.

⁷ L. SITZIA, *Pari dignità e discriminazione*, Napoli, Jovene Editore, 2011, p. 244.

⁸ B. TROISI, *Il contratto a danno di terzi e altri saggi*, cit., p. 49 ss.



Viceversa, l'art. 4 permette al giudice, che ravvisi un comportamento discriminatorio, solamente di ordinare l'eliminazione degli effetti frutto della discriminazione⁹.

3.3.2. Tornando al problema della discriminazione in ambito lavoristico, finalità generale dei test genetici è quello di tutelare la salute del lavoratore, come, ad esempio, adeguare l'ambiente di lavoro ai bisogni del lavoratore colpito da una malattia genetica.

C'è, però, il rischio che di questi test venga fatto un uso distorto dal datore di lavoro. In termini di discriminazione, quest'ultimo potrebbe servirsene per non assumere un soggetto a causa della possibilità di contrarre una malattia o a causa della sua maggiore suscettibilità a certe condizioni dell'ambiente di lavoro o per motivi di natura strettamente economica (ad es. eventuali maggiori assenze per malattia). Tutti motivi che esulano dalla reale tutela della salute.

Questi test potrebbero anche essere utilizzati per una selezione genetica dei lavoratori, in modo da avere alle proprie dipendenze soggetti resistenti all'ambiente lavorativo, costituendo un'alternativa economicamente più vantaggiosa rispetto al risanamento dell'ambiente lavorativo.

In linea generale, possono individuarsi due tipologie di test genetici in ambito lavorativo: test pre-assunzione, volti a rilevare l'eventuale predisposizione del lavoratore a malattie che potrebbe contrarre in caso di esposizione a particolari sostanze, e test post-assunzione, svolti in occasione delle visite periodiche.

3.3.3. A livello internazionale, c'è una legislazione, più o meno avanzata, volta a tutelare i soggetti "geneticamente" deboli nei rapporti di lavoro.

L'ordinamento statunitense, benché abbia affrontato questo problema relativamente tardi, in questi ultimi anni ha sviluppato una normativa particolarmente all'avanguardia. Attualmente, ben 29 stati federali adottano atti normativi a tutela della discriminazione genetica in ambito lavorativo¹⁰.

Il primo intervento significativo risale a un decreto del 2000 del presidente Clinton, che proibiva ai dipartimenti e alle agenzie federali qualsiasi uso discriminatorio delle informazioni genetiche. Erano tassativamente vietati non solo il licenziamento, ma anche le disparità di trattamento retributive o di mansioni.

Il vero strumento contro la discriminazione genetica in ambito lavorativo è, però, il GINA (*Genetic Information Nondiscrimination Act*), legge approvata dal Congresso il 24 gennaio 2008, che riconosce una particolare protezione alle informazioni genetiche. Al datore di lavoro è tassativamente vietato basare le decisioni riguardanti lo svolgimento del rapporto di impiego sulle informazioni genetiche del dipendente. A questo divieto è possibile derogare solamente per adempiere agli obblighi di legge o per prevenire lo sviluppo di malattie sul luogo di lavoro. Anche in queste ipotesi, però, è assolutamente vietata la divulgazione dei dati raccolti, che devono essere conservati separatamente dagli altri dati ottenuti.

⁹ Sul problema dell'eliminazione degli effetti, vedi ancora, B. TROISI, *Il contratto a danno di terzi e altri saggi, cit.*, p. 49 ss.

¹⁰ A. CONTI, P. DELBON, P. PATERNOSTER, G. RICCI, *I test genetici. Etica, deontologia, responsabilità*, Milano, Giuffrè Editore, 2007, p. 103.



Nonostante questa normativa, alcune compagnie aeree americane hanno sottoposto a test genetici alcuni dipendenti per verificare se affetti da una particolare forma di anemia (che colpisce esclusivamente la popolazione di origine afroamericana), al fine di evitare che si manifestino in volo i dolori dovuti a questa patologia. La circostanza che tali test siano stati compiuti senza il preventivo consenso dell'interessato ha spinto i dipendenti ad avviare azioni legali contro i propri datori di lavoro per violazione dei diritti civili e del diritto alla privacy.

In Europa, in linea generale, viene fortemente limitato l'uso di test genetici a fini occupazionali.

Ad esempio, in Austria e Norvegia c'è il divieto per i datori di lavoro di richiedere o utilizzare i risultati di un esame genetico, mentre in Danimarca sono concessi esami genetici solamente se finalizzati a migliorare le condizioni di lavoro o a prevenire le patologie legate allo svolgimento dei compiti assegnati.

In Italia le norme di riferimento sono la già citata legge 28 marzo 2001 n.145 e il D.lgs. n. 216 del 9 luglio 2003, adottato in attuazione della direttiva CE 2000/78.

L'art. 12 L.145/01, rubricato "test genetici predittivi", precisa che è possibile ricorrere a test predittivi di malattie genetiche o idonee a rilevare la predisposizione genetica a una malattia, solo a fini medici, legati alla tutela della salute.

L'art. 4 comma 1 del D.lgs. n. 216 del 2003, dettato in materia di non discriminazione sul campo di lavoro, aumenta gli elementi in base ai quali il lavoratore non può subire disparità di trattamento per motivi politici, religiosi, razziali di lingua o di sesso (già contenuti nella L. 300/70), ricomprendendo anche quelli di *handicap*, di età, di orientamento sessuali e convinzioni personali.

In realtà, per quanto la disciplina antidiscriminatoria sia particolarmente ampia, non c'è un espresso riferimento alle eventuali disparità di trattamento che potrebbe subire il lavoratore in seguito agli esiti di un test genetico. Di conseguenza, il giudice sarà costretto a riferirsi a un quadro normativo particolarmente ampio, costituito da principi generali riconducibili a concetti quali la vita, la salute o la dignità umana.

A livello generale, questa particolare forma di tutela potrebbe tranquillamente trovare il suo fondamento costituzionale nel divieto, contenuto nell'art. 3 della Costituzione, di discriminazioni in base alle condizioni personali. Si tratta di un riferimento sufficientemente idoneo a ricomprendere tutti i problemi connessi al rischio di potenziali discriminazioni provocate dalla circolazione e dalla conoscenza dei dati genetici.

L'uso di test genetici per fini esclusivamente lavorativi può essere particolarmente pericoloso. A causa del valore predittivo ancora incerto di questi test, il loro utilizzo per finalità diverse da quelle diagnostiche o terapeutiche è assolutamente ingiustificato. A ciò si aggiunga l'ulteriore aggravante di tutta una serie di rischi, quali l'abuso di informazioni genetiche, le discriminazioni nei confronti di persone con genotipo considerato sfavorevole e gli errori diagnostici.

Per comprendere come questa eventualità non sia così remota, bisogna evidenziare come sia sempre più frequente per i datori di lavoro ricorrere a questo tipo di diagnosi per eliminare tutti quei candidati che risultino inadatti.

Questi problemi potrebbero far emergere nuove ipotesi di debolezza o di svantaggio, rientranti nell'ambito degli ostacoli di ordine economico - sociale che la Repubblica si impegna a rimuovere secondo il dettato del secondo comma dell'art. 3



della Costituzione. Di conseguenza, è necessario calibrare le politiche di eguaglianza, oltre alla semplice insistenza sulla prospettiva di rafforzamento della privacy genetica.

Alcuni autori¹¹ prospettano che la medicina predittiva, a causa della particolarità dei dati genetici, venga disciplinata con norme giuridiche e comportamenti medici diversi rispetto a quelli utilizzati per il trattamento delle informazioni tradizionali.

Anche a livello comunitario, il problema della discriminazione genetica in campo lavoristico è particolarmente sentito.

Il Consiglio d'Europa, con la Raccomandazione n. R (92) 3 ha previsto:

- 1) che i test non possano essere resi obbligatori per l'assunzione o per il prosieguo del lavoro e mai per patologie indipendenti dal lavoro,
- 2) il diritto del datore di lavoro a conoscere solamente le informazioni essenziali,
- 3) che il lavoratore incompatibile possa essere trasferito solamente per l'espletamento di mansioni migliorative.

Nel 1996 il Parlamento Europeo ha vietato ogni discriminazione o selezione tramite test genetici da parte dei datori di lavoro.

Nel 2003 il Gruppo Europeo per l'etica nelle scienze e nuove tecnologie ha confermato¹² l'obbligo per i datori di lavoro di tutelare la salute dei dipendenti, approntando sul luogo di lavoro tutte le migliorie necessarie per limitare il rischio di danni alla loro salute e per prevenire i rischi per i terzi. Ha disposto, inoltre, test genetici per i lavoratori solo in rare ipotesi richiamate dalla legge e sempre nel fermo rispetto di tassative condizioni. Devono essere effettuati solamente in un momento successivo alla selezione, stando attenti a non ledere il principio di non discriminazione e sempre con una preventiva autorizzazione di un comitato etico indipendente e dell'interessato.

Il 17 Marzo 2004 a Bruxelles il Gruppo di lavoro per la tutela delle persone con riguardo al trattamento dei dati personali ha adottato un Documento di lavoro sui dati genetici in cui ha affermato che tali dati devono essere sottoposti ad un adeguata protezione per un pieno rispetto del principio di uguaglianza. Questi sono considerati come dati sensibili, con il conseguente obbligo di rispettare alcuni principi essenziali, quali:

- il principio di pertinenza e non eccedenza, secondo cui il ricorso ai dati genetici è consentito solo se assolutamente necessario;
- il principio di proporzionalità, secondo cui si devono valutare i diritti e le libertà associate al trattamento di questi dati;
- il principio di finalità, che consente che i dati raccolti possano usarsi solo per fini con essi compatibili;
- il principio degli interessati di essere informati e di accedere ai dati che li riguardano¹³.

Divieti di discriminazioni su base genetica sono contenuti anche nell'art.21 della Carta di Nizza, che riprende l'art. 11 della Convenzione di Oviedo del 1997 sui diritti umani e la biomedicina, e nell'art. 6 della Dichiarazione UNESCO del 1997.

¹¹ M. FRONTALI, A. GIOIA JACOPINI, *Medicina predittiva: una sfida etica per la pratica medica*, in *Ann. Ist. Super. Sanità*, vol. 34, n. 2, 1998, pp. 237 – 243.

¹² Parere n.18/2003.

¹³ A. CONTI, P. DELBON, P. PATERNOSTER, G. RICCI, *I test genetici. Etica, deontologia, responsabilità*, cit., p. 92.



3.3.4. Merita qualche cenno anche il rischio di discriminazione che l'utilizzo improprio dei test genetici potrebbe causare in ambito assicurativo.

In generale, le compagnie assicurative, per stabilire se un rischio è assicurabile o meno, prendono in considerazione non l'entità del danno ma la conoscenza della probabilità di accadimento e la calcolabilità delle spese in caso di sinistro.

Ogni assicurando viene valutato su parametri predefiniti e inserito in apposite fasce in misura proporzionale al proprio rischio. Tutti i sottoscrittori collocati nella stessa fascia di rischio sono tenuti a pagare lo stesso contributo.

Al fine di stabilire un rapporto equilibrato tra prestazione e controprestazione, i rischi sono classificati in tre diversi gruppi: standard, sub-standard e non-assicurabili. I soggetti rientranti nel secondo gruppo pagano un premio più alto di quelli del primo gruppo, mentre gli individui inseriti nel terzo gruppo sono considerati non assicurabili poiché il danno è nettamente superiore al premio.

Per la compagnia assicuratrice, quindi, rivestono notevole importanza i fattori idonei a determinare la conoscenza del rischio, come le "tavole di mortalità"¹⁴ della popolazione stilate dall'ISTAT e gli esami medici a cui l'assicurazione sottopone i possibili sottoscrittori.

Sono estremamente importanti per la compagnia assicuratrice anche le informazioni che l'assicurato ha l'obbligo di riferirle al momento della sottoscrizione del contratto e da cui è possibile conoscere precedenti malattie, tare ereditarie, l'uso di alcol, tabacco o droghe, nonché eventuali rischi lavorativi o ambientali.

In virtù della capacità della medicina predittiva di indicare la predisposizione genetica di un individuo sano a contrarre malattie in futuro, esattamente come in ambito lavorativo, il rischio di comportamenti discriminatori anche in campo assicurativo è molto alto. A causa di ciò, i vari paesi hanno adottato diverse misure per combattere questo pericolo.

Negli Stati Uniti, il già citato GINA è un efficace strumento antidiscriminatorio anche in questo settore. Fornisce una specifica tutela volta a rendere illegittimo ogni utilizzo delle informazioni genetiche in sede di stipula di contratti assicurativi in materia sanitaria, eccetto quelli sulla vita e nei rapporti di lavoro sia pubblici che privati.

La società assicuratrice non può rifiutare la stipula di una polizza sanitaria o subordinare l'entità del relativo premio basandosi sulle informazioni relative alla predisposizione genetica di un soggetto a contrarre malattie, a meno che i sintomi dell'anomalia genetica non si siano già manifestati. È, inoltre, tassativamente vietato agli assicuratori richiedere test genetici al contraente o a terzi.

In ragione del fatto che il confine tra uguaglianza e disuguaglianza in questo campo è dato dall'accesso alle tecniche di intervento genetico, assume un ruolo cruciale la brevettabilità di queste tecniche.

A riguardo, è doveroso segnalare la già citata decisione della Corte Suprema USA¹⁵, che non ha riconosciuto alla società Myriad genetics la legittimità del brevetto di due sequenze genetiche di DNA, volte a indicare la predisposizione ai tumori al seno. Secondo l'opinione della Corte, la Myriad non ha creato o modificato la struttura genetica del DNA, limitandosi solamente a individuare un gene. A fondamento di

¹⁴ A. CONTI, P. DELBON, P. PATERNOSTER, G. RICCI, *I test genetici. Etica, deontologia, responsabilità*, cit., p. 83.

¹⁵ U.S. Supreme Court *Assoc. for Molecular Pathology v. Myriad Genetics, Inc.* 569 U.S., cit.



tale decisione, c'è la considerazione che la posizione e l'ordine dei nucleotidi esistevano già in natura, prima che la Myriad li individuasse. Di conseguenza, tale scoperta non rende tali geni brevettabili

Con questa posizione, la Corte Suprema si è avvicinata sensibilmente ai divieti di lucrare sul corpo umano e sulle sue parti (compreso il genoma umano), già contenuti nella Dichiarazione Universale sul Genoma Umano e i Diritti Umani e nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea.

A livello comunitario, una Risoluzione del Parlamento Europeo del 1989 sui problemi etici e giuridici della manipolazione genetica¹⁶ vieta alle assicurazioni di richiedere, prima ma anche dopo la stipula di un contratto assicurativo, l'esecuzione di analisi genetiche o la comunicazione degli esiti di analisi genetiche già svolte. È, inoltre, esclusa la possibilità di subordinare la stipulazione di un contratto assicurativo alla realizzazione di analisi genetiche. Gli assicuratori non possono neanche pretendere di essere informati sui dati genetici a conoscenza dell'assicurato.

La Raccomandazione N. R (97) 5, relativa al trattamento dei dati sanitari, vieta che l'assicurato debba essere coattivamente sottoposto a un'analisi, eccetto i casi in cui questa sia prevista dalla legge.

Infine, anche in ambito assicurativo, i dati genetici, a causa della loro equiparazione ai dati sensibili, possono utilizzarsi solo se assolutamente necessari (principio di pertinenza e non eccedenza), valutando i rischi per i diritti e libertà fondamentali a loro associati (principio di proporzionalità) e evitando utilizzazioni diverse da quelle per cui sono raccolti (principio di finalità). Inoltre, i soggetti interessati devono essere informati prima di accedere ai dati che li riguardano.

In Europa, escluse Austria e Norvegia che hanno una legge generale sull'utilizzo degli esami genetici, c'è la tendenza a disciplinare solo specifici settori, *in primis* quello lavorativo e assicurativo¹⁷.

Anche tenuto conto del fatto che la gestione dell'assistenza sanitaria europea è prevalentemente pubblica, l'attenzione ai test genetici in ambito assicurativo è quasi esclusivamente calibrata su polizza sulla vita e su quelle dell'assistenza sanitaria di base. Secondo i dati forniti dal *Comitè Europeen des Assurances*, c'è un generale divieto per le compagnie assicuratrici di richiedere test genetici predittivi prima di un contratto assicurativo¹⁸.

Belgio, Spagna, Svizzera, Austria, Norvegia e Danimarca vietano espressamente l'utilizzo di informazioni genetiche per la stipula di contratti assicurativi¹⁹.

In Francia, Germania e Olanda invece, pur non esistendo specifiche norme che regolamentino l'uso di informazioni genetiche in campo assicurativo, esistono obblighi volontari delle compagnie assicuratrici a non richiedere dati genetici²⁰.

In Italia, invece, il Garante della Privacy ha vietato alle Compagnie assicuratrici di adeguare il livello dei premi nelle assicurazioni sulla vita alle informazioni sulla sa-

¹⁶ Risoluzione n. C 96/116 del 17 aprile 1989.

¹⁷ Sul punto, vedi ancora, A. CONTI, P. DELBON, P. PATERNOSTER, G. RICCI, *I test genetici. Etica, deontologia, responsabilità*, cit., p. 104.

¹⁸ Sul punto, vedi ancora, A. CONTI, P. DELBON, P. PATERNOSTER, G. RICCI, *I test genetici. Etica, deontologia, responsabilità*, cit., p. 91.

¹⁹ Sul punto, vedi ancora, A. CONTI, P. DELBON, P. PATERNOSTER, G. RICCI, *I test genetici. Etica, deontologia, responsabilità*, cit., pp. 104 -105.

²⁰ Sul punto, vedi ancora, A. CONTI, P. DELBON, P. PATERNOSTER, G. RICCI, *I test genetici. Etica, deontologia, responsabilità*, cit., pp. 105 – 106.



lute del soggetto contenute nel suo certificato genetico, basandosi sul divieto costituzionale di discriminazioni in base alle condizioni personali²¹.

Nonostante questa disposizione, sembra opportuna l'elaborazione di una nuova politica di uguaglianza al fine di rafforzare la privacy genetica, non essendo scongiurato il rischio di potenziali discriminazioni dovute a una incontrollata circolazione delle informazioni genetiche.

Come sottolineato da Rodotà²², «(...) un contratto di assicurazione sempre più personalizzato, secondo la logica che porta verso la personalizzazione delle cure, sarebbe tagliato sulla misura di ciascun soggetto, concentrando il rischio sull'interessato e non ripartendo su una platea larga di soggetti, come vuole la logica tipica dell'assicurazione».

²¹ Autorizzazione n. 2 del 1997 - Trattamento dei dati idonei a rivelare lo stato di salute e la vita sessuale. (G. U. n. 279 del 29 novembre 1997).

²² S. RODOTÀ, *La vita e le regole*, Milano, 2006, pp. 192 - 193



4. Come si è visto, benché in ambito internazionale l'indirizzo generale sia quello di una sostanziale restrizione al ricorso dei test genetici per finalità diverse da quelle diagnostiche – terapeutiche¹, sarebbe auspicabile un mirato intervento del legislatore volto a introdurre una adeguata regolamentazione della materia.

Infatti, anche in virtù del continuo progresso scientifico, negare in via assoluta il ricorso alla medicina predittiva in settori particolarmente sensibili come quello lavoristico o assicurativo non sembra assolutamente realistico e corretto. Si pensi, ad esempio, a tutte quelle mansioni suscettibili di incidere sulla collettività, per le quali è doveroso ottenere un quadro clinico quanto più possibile completo del soggetto chiamato a svolgerle.

La speranza è, quindi, che, quando l'evoluzione scientifica porterà la medicina predittiva a fornire risultati meno probabilistici, il legislatore dimostri una maggiore predisposizione ad ampliare il campo d'applicazione.

È, però, altrettanto necessario bloccare sul nascere la possibile degenerazione che la pressione consumistica può arrecare allo sviluppo della medicina predittiva. Com'è stato affermato², ciò determinerebbe una situazione di accanimento diagnostico che un sistema sanitario nazionale non riuscirebbe a contrastare.

Per riuscire in questo duplice intento, è doveroso riuscire a coinvolgere l'iniziativa economica privata, ricordandole però sempre il doveroso bilanciamento tra profitto personale e interesse collettivo alla salute.

È in quest'ottica che si avverte la necessità di aiutare nella ricerca anche i paesi economicamente più poveri comunicando loro i risultati e i progressi ottenuti nel campo della ricerca genetica.

¹ L'art. 12 della Convenzione sulla Biomedicina di Oviedo stabilisce che «non si potrà procedere a dei test predittivi di malattie genetiche o che permettano sia di identificare il soggetto come portatore di un gene responsabile di una malattia sia di rivelare una predisposizione o una suscettibilità genetica a una malattia se non a fini medici o di ricerca medica, e sotto riserva di una consulenza genetica appropriata»

² C. DONISI, *Gli enigmi della medicina predittiva*, cit., p. 192 ss.



STUDI E RICERCHE

IDENTITÀ DI SESSO ED ISTITUZIONE MATRIMONIALE

CARMINE LAZZARO

SOMMARIO: 1. I nuovi modelli familiari. – 2. La rivoluzione copernicana delle nozze tra coppie omosessuali: l'Italia si adegua al resto d'Europa?.

1. Il panorama dei rapporti familiari, rispetto a quelli tradizionali, si è arricchito di modelli diversi che rivendicano il proprio spazio di tutela e forme sempre più intense di riconoscimento¹.

E' acquisito da tempo il dato che non esiste più un solo modello monolitico di famiglia, fondata sul matrimonio, ma ne esistono diversi, sicché bisogna parlare di "famiglie" e non di "famiglia"².

Questo fenomeno di pluralizzazione degli istituti nasce dalla tensione e dall'integrazione tra dato reale e dato positivo, che variano col passare del tempo³.

Dalla società promanano interessi e valori di nuovo conio che richiedono maggiori garanzie a livello giuridico⁴; si sviluppa, così, un diritto in continua trasforma-

¹ In tal senso C. MAZZÚ, *La famiglia degli affetti*, in *Il diritto civile all'alba del terzo millennio*, Torino, I, 1 ss., 25, il quale giustamente sottolinea che «L'aspirazione profonda verso un assetto di regole condivise accomuna situazioni diverse di vita, sicché la transizione dal piano sociologico a quello giuridico si svolge lungo un sentiero che si snoda tra le regole esistenti e cerca sblocco nella loro applicazione alle situazioni nuove. Questo è l'itinerario che ha percorso quel variegato sistema di relazioni personali definibili in negativo come unioni non convenzionali, uno dei cui possibili approdi è la figura del contratto di convivenza, negozio ancora atipico, espressivo di un bisogno diffuso di certezze esistenziali e stabilità di rapporti giuridici presenti e futuri».

² Evidentemente, il rischio di una situazione di complessità generalizzata è che si realizzi un significativo scollamento tra famiglia legale e famiglia reale e, soprattutto, che il diritto non riesca ad adeguarsi puntualmente alle mutevoli e nuove esigenze della realtà socio-economica. Per maggiori approfondimenti si rinvia a V. SCALISI, *La famiglia e le famiglie*, in *Studi sul diritto di famiglia*, Padova, 2014, 15 ss.

³ Cfr. S. PUGLIATTI, *Il diritto ieri oggi domani, ultima lezione*, Milano, 1993, 12, il quale, nella sua ultima lezione, tenutasi presso l'Aula Magna dell'Università degli Studi di Messina, sottolineava che «[...] ciascun componente una collettività produce agendo e consuma diritto o valori giuridici anche senza averne coscienza, come del resto, parlando, ognuno di noi fa della prosa senza saperlo. Ciò significa che l'agere di quel soggetto, valutato sulla base di una norma che è fonte del criterio del giudizio giuridico non è in contrasto, anzi è in armonia con la norma. Produce cioè, comunque sia stata posta la norma, valori e non disvalori giuridici».

⁴ Sul punto v. S. PUGLIATTI, *Il diritto ieri oggi domani, cit.*, 16, ove l'A. afferma che «[...] si deve poter pretendere che un provvedimento legislativo venga emanato per ottemperare ad una reale esigenza e sia tale da conformarsi integralmente a codeste esigenze e non che sia suggerito da ragioni allortie o si pieghi verso tali ragioni».



zione⁵, che, senza mai distaccarsi dalla realtà, deve restare funzionale alle esigenze della collettività, aggiornandosi continuamente⁶.

L'espressione "istituzione matrimoniale" sintetizza questa complessità che pervade l'intero diritto di famiglia. Si tratta, infatti, di una locuzione ad ampio spettro da cui si evince una modulazione di forme più articolata, all'interno della quale è facile distinguere la "società naturale classica", costituzionalmente intesa, la famiglia legittima fondata sul matrimonio; ma da cui può desumersi, *a contrario*, l'esistenza di formazioni sociali, comunque meritevoli di tutela, purché connotate da tendenziale stabilità del rapporto, condivisione patrimoniale ed assistenza reciproca, sia morale che materiale⁷.

L'istituzione familiare non va pensata come qualcosa di oggettivamente predefinito, di ontologicamente determinabile *a priori*, dovendosi, invece, *a posteriori*, avere riguardo a ciò che, in un dato momento storico e secondo il particolare tipo e stile di vita praticato, assume rilevanza per i consociati⁸.

La famiglia moderna, infatti, più che una comunità di produzione e di accumulazione patrimoniale (come appariva nella sua rappresentazione tradizionale

⁵ Viviamo in una società complessa ed altamente differenziata, emergono dalla vita quotidiana valori nuovi ed esigenze un tempo neppure pensabili, il che non può non produrre degli sconvolgimenti anche in ambito giuridico. Sottolinea mirabilmente questa situazione di complessità D. MESSINETTI, *Ermeneutica giuridica e contesti normativi "aperti"*, in *Il ruolo della civilistica italiana nel processo di costruzione della nuova Europa*, a cura di V. Scalisi, Milano, 2007, 215 ss., 217, ove correttamente si precisa che «In realtà, cultura e stile di vita dei gruppi sociali non sono mere astrazioni. Se è legittimo parlare della società come sistema di valori sui quali sono modellati i contenuti della coscienza collettiva dei consociati, e in questo senso si può individuare nell'ordinamento giuridico un fattore sociale unificante, tuttavia la società non è un gruppo monolitico, poiché al suo interno si formano infrasistemi culturali differenziati e graduati in funzione del peso dei valori rappresentati».

⁶ In proposito, cfr. V. SCALISI, *Le stagioni della famiglia nel diritto dall'unità d'Italia a oggi*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, I, 1043 ss., 1287 ss., ora in *Studi sul diritto di famiglia*, Padova, 2014, 63, il quale sottolinea come il diritto fosse «[...] all'inizio in preminente posizione "dominante" e successivamente invece in funzione sempre meno "potestativa" e progressivamente sempre più "recettiva" e servente».

⁷ Da ultimo, Cass. civ., sez. I, 22 gennaio 2014, n. 1277, in *Foro it.*, 2014, 4, I, 1149, ove la S.C. evidenzia che «Posto che la convivenza di fatto, pur solo frammentariamente disciplinata dalla legge, dà luogo ad una formazione sociale meritevole di tutela, da cui scaturiscono reciproci doveri solidaristici di assistenza anche materiale, con rilevanza sociale e morale, costituiscono adempimento di obbligazione naturale, e pertanto non possono essere chieste in restituzione, le periodiche dazioni di somme di denaro da parte dell'un partner in favore dell'altro, in relazione alla convivenza, sempre che le stesse siano spontanee e nel rispetto dei principi di adeguatezza e di proporzionalità tra i mezzi dell'adempiente e le esigenze da soddisfare dell'altro, tenuto conto del contesto socio-economico delle parti e della concreta situazione in cui i pretesi adempimenti vengono effettuati (la Suprema Corte ha cassato la sentenza di merito che aveva escluso la ricorrenza dell'obbligazione naturale in relazione ai periodici versamenti di denaro effettuati da un uomo alla partner, nel corso della convivenza svoltasi per diversi anni in Cina, ove egli si era trasferito per lavoro, al fine di consentirle l'estinzione di una precedente posizione debitoria personale, sul rilievo che la donna aveva sì dato le dimissioni da un'attività ben retribuita in Italia, per seguire il compagno all'estero, ma senza che quest'ultimo avesse esercitato alcuna pressione al riguardo, così illegittimamente attribuendosi ai versamenti in parola una valenza indennitaria)».

⁸ Sul punto importante la precisazione di V. SCALISI, *La famiglia e le famiglie*, cit., 16, il quale afferma che «[...] la tensione dialettica tra fatto e valore, essere e dover-essere conosce da tempo una variazione particolare, che è quella della ricerca del giusto rapporto tra il momento della libertà e quello dell'imposizione autoritativa da parte del diritto. Il conflitto apparentemente irriducibile si compone, solo che si rifletta che libertà non è spazio di indifferenza normativa, ma riconoscimento giuridico accordato alla famiglia nella spontaneità dinamica delle sue diverse modalità di realizzazione; mentre l'autorità a sua volta non è etero-direzione e neppure negazione di autonomia decisionale, ma garanzia anch'essa di tutela giuridica delle diverse realtà familiari, sebbene secondo canoni e criteri valutativi provenienti dall'ordinamento. Anche per questo verso si conferma qui l'utilità di un metodo di studio basato su una considerazione pluralistica e storico-reale della istituzione familiare».



nell'ambito della "famiglia patriarcale"), accentua ora il suo connotato di vera e propria comunità di affetti, rivolta alla soddisfazione di bisogni materiali ed educativi⁹.

La fattispecie della famiglia, che la Costituzione descrive, ruota attorno alla famiglia fondata sul matrimonio¹⁰; ma, a ben vedere, nel momento in cui, all'art. 30 Cost., si precisa che "la legge assicura ai figli nati fuori del matrimonio ogni tutela giuridica e sociale", il legislatore costituzionale si spinge oltre, rilevando l'ammissibilità di ipotesi che superano il nesso tra famiglia e matrimonio¹¹.

L'esperienza dimostra che esiste nel sistema anche la famiglia non fondata sul matrimonio¹², che è ormai un fenomeno concreto e tangibile a livello europeo¹³.

⁹ I figli abbandonano il tetto familiare in età piuttosto avanzata (il più delle volte alla conclusione degli studi), abusando delle finanze dei genitori senza contribuire in alcun modo, il che li rende poco propensi al sacrificio, al lavoro, nonché poco incentivati ad assumersi obblighi di qualsivoglia natura.

¹⁰ Sul punto cfr. F. PROSPERI, *La famiglia non "fondata sul matrimonio"*, Edizioni scientifiche italiane, Camerino, 1980, 134, il quale rileva che «[...] la famiglia fondata sul matrimonio gode nella Carta costituzionale di una chiara preferenza. Preferenza che [...] trova la propria giustificazione nel presupposto che il matrimonio, di norma, prova la serietà dell'impegno «familiare» di chi lo contrae e, di conseguenza, sembra garantire una sufficiente stabilità del rapporto, carattere certo indispensabile alla comunità familiare perché possa costituire realmente un luogo utile alla realizzazione della persona. Di ciò si dovrà ovviamente tener conto, non soltanto nel rivendicare per la famiglia legittima l'indiscutibile necessità di una sua tutela in forma privilegiata, ma anche per individuare le situazioni familiari atipiche che siano meritevoli di una tutela in qualche modo analoga a quella predisposta per la famiglia fondata sul matrimonio».

¹¹ Cfr. C. VERDE, *Profili evolutivi dell'autonomia negoziale nelle relazioni di tipo "familiare"*, in *Hwww.juscivile.it*, 2014, 2, 39 ss., 49-50, il quale, dopo aver evidenziato il profondo mutamento della coscienza sociale e del costume che ha portato all'ingresso nel nostro ordinamento di nuovi valori giuridici ai quali viene garantita una copertura costituzionale di notevole spessore, con riferimento a quelle che definisce famiglie "senza matrimonio", fa notare che «In queste fattispecie di fatto ha rilievo il rapporto affettivo e non l'atto costitutivo del rapporto».

¹² V. S. D'ERCOLE, *Famiglia di fatto*, in *Dizionario del diritto privato, Diritto civile*, a cura di N. Irti, Varese, 1980, 1, 349 ss., 373 ss., ove si criticano espressamente le due soluzioni prospettate dalla dottrina del tempo: si suggeriva, da un lato, di equiparare la convivenza di fatto al matrimonio, evidenziando l'ammissibilità di un *cd. matrimonio naturale* (al pari del matrimonio civile e di quello concordatario); dall'altro, di attribuire alla convivenza di fatto un ruolo di famiglia minore, "giuridicizzando" alcuni rapporti nascenti dalla convivenza di fatto, sia personali che patrimoniali. L'A., infatti, sottolinea (374) che «La libertà sessuale [...] – meglio potrebbe dirsi la libertà di vivere i propri legami nella sfera dell'amicizia e nel segno della conferma quotidiana –, è un diritto fondamentale e da conservare. Eliminarlo o ridurlo, come si vorrebbe da certi riformatori, significherebbe condurre tante esperienze rispettabili entro schemi forzati, ed allargare l'influenza del diritto a territori in cui nessun legislatore, almeno da noi, si è mai spinto». L'A. conclude auspicando «una rinuncia del legislatore dinanzi alle convivenze di fatto, affinché sia mantenuto il rispetto di chi consapevolmente, e per i più diversi motivi, vive la propria vicenda sentimentale senza il supporto e le garanzie della legge».

¹³ Già F. PROSPERI, *La famiglia non "fondata sul matrimonio"*, cit., 131, notava che «L'aver individuato nell'art. 29 cost. un rinvio di ordine generale alla concretezza dei rapporti sociali per la determinazione della nozione di famiglia, non può essere momento capace di esaurire l'indagine sulla portata giuridica di tale nozione. Fermarsi a questo punto equivarrebbe ad arrestarsi all'«essere» giuridico, cioè, alla mera recezione nel mondo del diritto della definizione del fenomeno familiare. Ma l'esperienza giuridica è anche «dover essere» e il concetto giuridico di famiglia si compone anche di quest'aspetto». L'A. dava una prima definizione onnicomprensiva di "famiglia", sottolineando (132) che «Il quadro così tracciato sembra ora sufficiente a delineare in modo soddisfacente un profilo giuridico della famiglia che sia ampio abbastanza per ricomprendere, come pare necessario, almeno ogni fattispecie che il diritto disciplina qualificandola espressamente come familiare, ma, nello stesso tempo, non così generico da non potersi escludere dalla qualifica di familiare ogni rapporto personale per quanto «stravagante» ed estemporaneo questo sia. Conclusivamente, si ritiene che il profilo in questione sia correttamente espresso definendo la famiglia quella comunità storicamente qualificata tale che, legata da stretti vincoli di solidarietà, sia funzionale al pieno e libero sviluppo della personalità dei propri membri. E il concetto non sembra davvero né vago né ambiguo, garantendo il rinvio alla concreta realtà storica una sicura, anche se non statica, obiettività».



Sul piano giuridico, per la Corte dei diritti dell'uomo, infatti, la famiglia non fondata sul matrimonio è dotata di uguale dignità rispetto a quella fondata sul matrimonio.

Sul terreno sociologico, si registra che sempre più diffuse sono le cd. convivenze *more uxorio*¹⁴.

Come si vedrà meglio in seguito, per quanto esistano norme che riconoscono i diritti delle coppie conviventi, il legislatore esita di fronte ad alcuni temi¹⁵, tant'è che è stato essenziale sul punto il ruolo sostitutivo della giurisprudenza, volto a colmare le ormai inaccettabili lacune di tutela del convivente in genere e di quello *more uxorio* in particolare¹⁶.

Tuttavia, ad onor del vero, acquistano crescente rilevanza i rapporti coniugali di fatto sia nella legislazione nazionale che regionale¹⁷: si vedano, in via esemplificativa, l'art. 199, co. 3 c.p.p. che estende la regola dell'astensione dalla testimonianza a chi

¹⁴ Di recente, l'espressione convivenze *more uxorio*, nata in un primo momento con riferimento alle convivenze tra coppie eterosessuali, è stata estesa dalla giurisprudenza anche alle coppie omosessuali; in tal senso Trib. Milano, 15 dicembre 2009, in *D&L Riv. critica dir. lav.*, 2010, 1, 152, ove il giudice afferma che «L'interpretazione della locuzione "more uxorio" deve essere condotta secondo i principi dettati dall'art. 1369 c.c. e alla luce dei principi generali dell'ordinamento nazionale e comunitario che impongono di attribuire alla stessa un significato non discriminatorio, con la conseguenza che tale locuzione deve ritenersi compatibile anche con la convivenza omosessuale»; e, ancora, Corte App. di Milano, 31 agosto 2012, n. 407, in *D&L Riv. critica dir. lav.*, 2012, 4, 1044, in cui si precisa che «Nel nostro ordinamento l'unione omosessuale, intesa come stabile convivenza tra due persone dello stesso sesso, costituisce una formazione sociale ex art. 2 Cost. e, in quanto tale, le persone che la compongono sono titolari del diritto fondamentale di vivere liberamente la loro condizione di coppia. Ne segue che l'espressione "convivenza more uxorio" (intesa quale comunione di vita caratterizzata da stabilità e dall'assenza del vincolo del matrimonio, nonché come nucleo portatore di vincoli di solidarietà e sostegno reciproco) deve essere intesa, conformemente alla funzione sociale del contratto, come riferita anche alle coppie dello stesso sesso; conseguentemente sussiste il diritto alle prestazioni di una Cassa regolata contrattualmente da parte del convivente dello stesso sesso».

¹⁵ Cfr. M. SESTA, *L'accertamento dello stato di figlio dopo il decreto legislativo n. 154/2013*, in *Fam. dir.*, 5/2014, 454, il quale fa notare che «Un fattore decisivo nel processo che ha condotto all'affermazione dell'unicità dello stato di figlio è da rinvenirsi nei profondi mutamenti del costume; basti considerare che la percentuale delle nascite fuori del matrimonio, pari a 2,59 nel 1975, si è elevata al 23,6 nel 2010, a testimoniare, da un lato, la progressiva perdita di esclusività e di prestigio della famiglia fondata sul matrimonio, e, dall'altro, l'accettazione di modelli familiari alternativi».

¹⁶ Cfr. Cass., sez. II civ., 15 settembre 2014, n.19423, in *Hwwww.neldiritto.itH*, ove la S.C. rileva che «La convivenza "more uxorio", quale formazione sociale che dà vita ad un consorzio familiare, determina, sulla casa di abitazione ove si svolge e si attua il programma di vita in comune, un potere di fatto basato su di un interesse proprio del convivente diverso da quello derivante da ragioni di mera ospitalità e tale da assumere i connotati tipici di una detenzione qualificata, che ha titolo in un negozio giuridico di tipo familiare. Pertanto, l'estromissione violenta o clandestina dall'unità abitativa, compiuta dal convivente proprietario in danno del convivente non proprietario, legittima quest'ultimo alla tutela possessoria, consentendogli di esperire l'azione di spoglio. La legittimazione all'azione di spoglio da parte del convivente *more uxorio* è applicabile anche qualora lo spoglio sia compiuto da un terzo nei confronti del convivente del detentore qualificato del bene. L'azione di spoglio può essere esercitata dal convivente *more uxorio* anche nei confronti dell'erede del proprietario che non era nel possesso dei beni del de cuius prima della sua morte, posto che il possesso del defunto si trasferisca all'erede senza soluzione di continuità». In senso analogo anche Cass. civ., sez. II, 21 marzo 2013, n. 7214, in *Giust. Civ.*, 2013, 11-12, I, 2455, ove si evidenzia che «La convivenza "more uxorio", quale formazione sociale che dà vita ad un autentico consorzio familiare, determina, sulla casa di abitazione ove si svolge e si attua il programma di vita in comune, un potere di fatto basato su di un interesse proprio del convivente ben diverso da quello derivante da ragioni di mera ospitalità, tale da assumere i connotati tipici di una detenzione qualificata, che ha titolo in un negozio giuridico di tipo familiare. Ne consegue che l'estromissione violenta o clandestina dall'unità abitativa, compiuta dal convivente proprietario in danno del convivente non proprietario, legittima quest'ultimo alla tutela possessoria, consentendogli di esperire l'azione di spoglio».

¹⁷ Per maggiori approfondimenti sul punto si rimanda a N. LIPARI, *Le categorie del diritto civile*, Milano, 2013, 105 ss.



abbia convissuto come coniuge con l'imputato; l'art. 342 *bis* c.c., rubricato "ordini di protezione contro gli abusi familiari", che equipara, ai fini dell'applicazione con decreto dei provvedimenti *ex* 342 *ter* c.c., il "coniuge" al "convivente"; o, ancora, l'art. 5 l. 40/2004 che consente l'accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita alle coppie di maggiorenni di sesso diverso, coniugate o conviventi.

Quanto alla legislazione regionale, le famiglie di fatto sono riconosciute e tutelate in casi espressamente previsti: ad esempio, in materia di edilizia residenziale pubblica, non solo il convivente *more uxorio* è equiparato al coniuge, ma spesso, nell'assegnazione di un alloggio di edilizia sociale, esso è preferito, in caso di decesso dell'assegnatario, a soggetti legati da vincoli di parentela con quest'ultimo (si pensi agli ascendenti)¹⁸.

L'equiparazione tra "coniuge" e "convivente" rileva talvolta anche a fini successori: questi, infatti, è incluso tra gli aventi diritto all'assegno di reversibilità in caso di prematura dipartita dei consiglieri regionali¹⁹.

Se è vero, quindi, che i tentativi di riconoscimento dei diritti del "convivente" non mancano²⁰, ciononostante è innegabile che, nel nostro panorama giuridico, non ha trovato cittadinanza uno statuto generale della famiglia non fondata sul matrimonio²¹.

Da quanto detto appare evidente la necessità di realizzare una meditata riforma del diritto di famiglia che possa garantire degli *standards* minimi di tutela anche alle cd. famiglie di fatto²², fenomeni sempre più diffusi nel panorama sociale italiano, anche in modo da uniformare il nostro diritto a quello comunitario²³.

¹⁸ Cfr. art. 13, l.r. Piemonte 17 febbraio 2010, n. 3; art. 29, co. 4, l.r. Umbria 28 novembre 2003, n. 44.

¹⁹ Cfr. art. 17, l.r. Veneto 10 marzo 1973, n. 9; art. 19, co. 1, l.r. Lazio 2 maggio 1995, n. 19; art. 16, co. 1, lett. a), l.r. Friuli Venezia Giulia 13 settembre 1995, n. 38.

²⁰ In sede giurisprudenziale, è stato più volte sancito il diritto del convivente *more uxorio* di subentrare nel contratto di locazione in caso di decesso del compagno/a stipulante il contratto in oggetto. Si suole parlare in tal caso di "successioni anomale". G. BONILINI, *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*, Torino, VI ed., 2013, 160, ricorda che «In virtù della sentenza della Corte costituzionale n. 404/1988, anche il convivente *more uxorio* succede ora nel rapporto di locazione dell'abitazione goduta dai conviventi, e condotta dal convivente deceduto (così detta successione legittima anomala)».

²¹ Per maggiori approfondimenti sulle continue novità che vanno ad arricchire le non poche *querelles* all'interno del diritto di famiglia italiano, si rimanda a M. SESTA, *Verso nuove trasformazioni del diritto di famiglia italiano?*, in *Famiglia*, 2003, 1, 123 ss.

²² Sull'argomento cfr. A. FALZEA, *Problemi attuali della famiglia di fatto*, in *ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica, scritti d'occasione*, III, Milano, 2010, 153 ss., 156, il quale sottolinea che «Una società moderna, che riconosce nella libertà dell'uomo uno dei valori fondamentali della persona, non può non riconoscere pure che il diritto di vivere trova una sua specificazione essenziale nel diritto di convivere, cioè di dividere la propria vita con un'altra persona che a sua volta accetti di condurre in comune la propria esistenza: e ciò senza passare per la strada, peraltro non sempre percorribile, del matrimonio».

²³ Sul punto importante la precisazione di F. ALCARO, *La posizione dell'interprete e i limiti dell'armonizzazione*, in *Il ruolo della civilistica italiana nel processo di costruzione della nuova Europa*, cit., 327 ss., 328-329, il quale suggerisce: «Non solo dunque rivedere le usurate tecniche interpretative, indotte dal mutamento normativo, ma esaminare il profilo della possibile comprensione reciproca e dell'instaurazione di un dialogo, al fine di promuovere quella "comunità degli interpreti", talvolta evocata, e quindi un insieme di intese su mezzi e metodi dell'interpretazione: si pone dunque il problema del coordinamento e raccordo fra gli interpreti appartenenti a contesti culturali e linguistici diversi, con mentalità, linguaggio e consuetudini differenti. L'interprete ha infatti, in quanto tale, una sua precisa identità e appartenenza caratterizzandosi per quella che è la sua "precomprensione" della realtà; non è mai in ogni caso ipotizzabile, in ogni situazione, un'armonizzazione fra gli interpreti assoluta e costante: e questo è un punto di considerazione non eludibile».



D'altronde, come argutamente rilevato da autorevole dottrina, «*la società e la storia bussano alla porta del giurista, ed egli non può fingersi sordo, o tentare di abituarsi al rumore, per non subirne più la molestia*»²⁴.

²⁴ V. S. PUGLIATTI, *Continuo e discontinuo nel diritto*, in ID., *Scritti giuridici*, V, (1965-1996), Milano, 2011, 1121 ss., 1130.



2. In considerazione di quanto fin qui sottolineato, si evince che il matrimonio non è più l'unico strumento giuridico per formare una famiglia, perchè noi siamo abituati a pensare ad una tipologia specifica di matrimonio, quello tra persone di sesso diverso¹; viceversa, il momento fondativo può essere individuato nella fattualità del rapporto, con scelte che prescindono tanto dalla libertà di stato che dalla diversità di sesso.

Ma in realtà non esiste oggi, in un'ottica europeistica, un'unica tipologia di matrimonio, poiché la "complessità" ha toccato anche quest'istituto. Assistiamo ad una terza fase (e chissà, forse non sarà nemmeno l'ultima!) del matrimonio. Si è passati ad una nuova stagione dell'istituto *de quo*.

Nel passaggio alla qualificazione giuridica del fatto, noi siamo stati educati nella convinzione che la diversità di sesso costituisca il presupposto necessario, non solo biologico, ma anche sociologico, del matrimonio, costitutivo della famiglia, identificata con quella nascente dal matrimonio.

Adesso sappiamo che non è più così (o, almeno, alla luce del recente *excursus* giurisprudenziale, non dovrebbe esserlo!), a fronte di modelli alternativi di famiglia, che si pongono a confronto con quella fondata sul matrimonio.

Ci troviamo innanzi ad una "*famiglia senza più frontiere, aperta e in libera concorrenza*"².

La Corte europea dei diritti dell'uomo, infatti, nell'interpretazione di alcune disposizioni CEDU (artt. 12-14) mostra di aver maturato un convincimento e fissa un principio: è legittimo il matrimonio tra persone dello stesso sesso³.

C'è una sentenza della stessa Corte (ribadita di recente) che propende per questa soluzione⁴.

¹ Sul punto si rimanda a F.D. BUSNELLI, *Frantumi europei di famiglia*, in *Riv. dir. civ.*, 4/2013, 767, il quale argutamente sottolinea che «La famiglia europea del secolo scorso, quella della tradizione consegnataci dai codici civili anteriori all'ultima guerra mondiale, ma anche quella ammodernata dalle costituzioni del dopoguerra, è ormai in frantumi. [...] Ma anche la più moderna definizione di famiglia consacrata dalle Carte costituzionali europee del secondo dopoguerra (l'art. 6 della Legge fondamentale tedesca, l'art. 29 della nostra Costituzione) è ormai in crisi». L'A., evidenziando come ogni certezza in materia di diritto di famiglia sia stata "*rapidamente battuta in breccia*", afferma (768): «Chi avrebbe mai immaginato [...] che l'isola della famiglia sarebbe diventata un arcipelago?».

² Cfr. V. SCALISI, *Il nostro compito nella nuova Europa*, in *Il ruolo della civilistica italiana nel processo di costruzione della nuova Europa*, cit., 3 ss., 9, ove si precisa che «Famiglia, dunque, ormai senza più frontiere, aperta e in libera concorrenza, quasi come il mercato. Urge allora reinterrogarsi sul principio "famiglia", ovvero sulla sua essenza di ciò che, pur nella pluralità, consente ancora di fissare l'identità e il sicuro criterio di riconoscibilità della istituzione familiare, onde recuperare quell'indispensabile tratto unitario, comune ai diversi modelli, senza il quale la pluralità è destinata a divenire solo atomizzazione dispersiva e varietà dissolutrice. Questo compito, prima che al piano della positività o alla competenza delle Corti, appartiene principalmente alla cultura giuridica, in quanto scienza del dover essere, perché la famiglia appunto questo è: nesso di necessaria coappartenenza tra Sein e Sollen, tra realtà e regola».

³ Per maggiori approfondimenti, si rinvia a M.G. STANZIONE, *Rapporti di filiazione e "terzo genitore": le esperienze francese e italiana*, in *Famiglia e diritto*, 2/2012, 201 ss., 206.

⁴ Sentenza CEDU del 24 giugno 2010, sez. I, caso "Schalk e Kopf c. Austria", n. 30141/04, in *Ajffam (Actualité juridique famille)*, 2010, 333. Di recente la CEDU, sez. Grande Chambre, 7 novembre 2013, n. 29381, in *Guida dir.*, 2013, 47, 103, ha puntualizzato che «Gli Stati non hanno un obbligo di adottare misure positive volte a riconoscere unioni civili per coppie dello stesso sesso ma, nel momento in cui emanano una legge sulle unioni civili per coppie eterosessuali, non possono prevedere un'esclusione per coppie dello stesso sesso. Costituisce una violazione del diritto al rispetto della vita familiare e del divieto di ogni discriminazione l'assoluta impossibilità per coppie dello stesso sesso di accedere alle unioni civili anche considerando che si trovano in una situazione analoga alle coppie eterosessuali».



La Corte di Giustizia dell'Unione Europea si è attestata sulle stesse posizioni della Corte EDU⁵. Non dimentichiamoci che nella Carta di Nizza c'è un riferimento al diritto fondamentale dei cittadini di sposarsi. In Europa, quindi, non c'è soltanto un orientamento giurisprudenziale, ma addirittura un principio di diritto⁶.

Mentre nella Carta CEDU si parla di uomini e donne, questo riferimento a uomini e donne viene volutamente omissivo nella Carta di Nizza, che, in virtù del Trattato di Lisbona, ha valore giuridico vincolante, quindi diviene un principio vigente anche del nostro ordinamento. In questa direzione va la nostra giurisprudenza.

Del problema è stata investita la Corte Costituzionale, che ha evidenziato come non possa trovare ingresso nel nostro ordinamento il matrimonio tra persone dello stesso sesso⁷, perché non è espressamente previsto⁸. La Consulta, però, aggiunge un

⁵ Sul punto si rinvia a M.G. LUCCIOLI, *Giurisprudenza delle Corti (CGE, CEDU, Corte Costituzionale, Corte di Cassazione) sui profili esistenziali della famiglia*, in *Hwww.comparazionediritto.civile.it*, ottobre 2012, 1 ss., 9, la quale fa notare che «Un'analoga tendenza ad includere nel concetto di vita familiare il rapporto di convivenza tra persone omosessuali è rilevabile nella giurisprudenza della Corte EU del Lussemburgo, che con sentenza del 7 gennaio 2004 (C-117/01), decidendo sulla esclusione di un convivente transessuale dal diritto alla pensione di reversibilità spettante al coniuge superstite, ha affermato che l'art. 141 CE [...] osta, in linea di principio, ad una legislazione – come quella del Regno Unito – che, in violazione della CEDU, impedisca ad una coppia, uno dei cui componenti sia transessuale, di soddisfare la condizione del matrimonio necessaria affinché uno dei suoi componenti possa godere di un elemento della retribuzione dell'altro».

⁶ Non dimentichiamoci che negli altri Stati europei le coppie omosessuali, in vario modo, vedono comunque riconosciuti i propri diritti. La prima legge in assoluto, a livello comunitario, ad occuparsi del fenomeno è stata quella danese nel 1989, istituendo la cd. *registered partnership*, in base alla quale la registrazione dell'unione produce gli stessi effetti giuridici del matrimonio, salvo quanto previsto in materia di adozione e di potestà dei genitori. Hanno optato per una tendenziale equiparazione tra matrimoni eterosessuali ed omosessuali anche Norvegia (1993), Svezia (1994), Islanda (1996), Olanda (1998) e Germania (2001). Sulla stessa lunghezza d'onda anche il Parlamento europeo che, con le risoluzioni dell'8 febbraio 1994 e del 16 marzo 2000, sottolinea la necessità di rimuovere ogni sorta di discriminazione nei confronti delle coppie *gay*. Discorso diverso va fatto per Belgio (1998), Catalogna (1998) e Francia (1999) ove si realizzava una parificazione col trattamento delle coppie conviventi, ma non col matrimonio, preferendosi una forma di tutela *ad hoc*. Recentemente Olanda, Belgio e Spagna hanno radicalmente stravolto la disciplina in materia di matrimonio civile, ammettendo anche il matrimonio tra persone dello stesso sesso.

⁷ Cfr. Corte cost., 15 aprile 2010, n. 138, in *Giust. civ.*, 2010, 6, I, 1294, ove la Consulta precisa che «È inammissibile, in riferimento agli art. 2 e 117, comma 1, cost., la q.l.c. degli art. 93, 96, 98, 107, 108, 143, 143 bis e 156 bis c.c., nella parte in cui, sistematicamente interpretati, non consentono che le persone di orientamento omosessuale possano contrarre matrimonio con persone dello stesso sesso. Nonostante nella nozione di "formazione sociale" di cui all'art. 2 Cost. si debba annoverare anche l'unione omosessuale, intesa come stabile convivenza tra due persone dello stesso sesso, cui spetta il diritto fondamentale di vivere liberamente una condizione di coppia, ottenendone il riconoscimento giuridico con i connessi diritti e doveri, si deve escludere che tale riconoscimento (che necessariamente postula una disciplina di carattere generale, finalizzata a regolare diritti e doveri dei componenti della coppia) possa essere realizzata soltanto attraverso una equiparazione delle unioni omosessuali al matrimonio: spetta, infatti, al Parlamento, nell'esercizio della sua piena discrezionalità, individuare le forme di garanzia e di riconoscimento per le unioni suddette, restando riservata alla Corte costituzionale la possibilità d'intervenire esclusivamente a tutela di specifiche situazioni».

⁸ Sul punto cfr. A. RUGGERI, *Le unioni tra soggetti dello stesso sesso e la loro (innaturale...) pretesa a connotarsi come "famiglie"*, in *"itinerari" di una ricerca sul sistema delle fonti. Studi dell'anno 2010*, XIV, Torino, 2011, 1 ss., 5-6, il quale sottolinea che «La verità – a me pare – è che la Costituzione, qui come altrove, non dice né tutto né niente; e non è inopportuno rammentare che, a voler far dire alla Costituzione giust'appunto ciò che essa invece non dice, così come a negare ciò che dice, si perviene al risultato di renderla muta ed inservibile o, meglio, buona a tutti gli usi, secondo occasionali convenienze e personali preferenze. Con il che, per un verso, si spiana la via a libere e pressoché incontrollabili opzioni del legislatore e, per un altro verso, si dà modo agli stessi controllori di disporre di margini enormi di manovra per far valere le loro letture di un dettato costituzionale svilito a "pagina bianca", neppure in minima parte espressiva e prescrittiva».



quid pluris: questo fenomeno non è del tutto irrilevante, perché se, da un lato, non lo si può comunque assimilare al matrimonio eterosessuale; dall'altro, quantomeno, lo si può far rientrare nell'ambito delle formazioni sociali di cui all'art. 2 Cost.⁹.

La Corte costituzionale, con riferimento alle convivenze tra persone dello stesso sesso, non parla, quindi, di famiglia, ma di una "formazione sociale", comunque, meritevole di tutela.

E' come se la Consulta avesse effettuato una "novazione della fonte di rilevanza" delle unioni omosessuali, non prendendo più come parametro costituzionale di riferimento l'art. 29 Cost. declassato, svalutato, modellato sulle esigenze delle coppie omosessuali. Il nuovo fondamento normativo *superprimario*¹⁰ è l'art. 2 Cost., che è a monte rispetto all'art. 29, individuando per le coppie omosessuali un autonomo riconoscimento specifico, ma solo come comunità intermedie, non come famiglie.

La Corte costituzionale suggerisce un canone metodologico *ad hoc*, per assicurare il rispetto della Carta fondamentale. Sta al legislatore, però, fare propri i rilievi della Corte e disciplinare la materia *de qua*, non partendo dall'art. 29 Cost., come se esistesse uno sbiadito art. 29 *bis* da estrapolare nelle maglie del dettato costituzionale per tentare di soddisfare, seppur mediamente, le esigenze delle coppie omosessuali, ma garantendo l'autonomia normativa che merita il fenomeno in oggetto¹¹.

L'art. 29 viene ideato unicamente con riferimento alla sola famiglia legittima (eterosessuale) nascente dal matrimonio, non essendo possibile alcuna estensione dell'istituto del matrimonio anche alle persone dello stesso sesso¹².

Anche la Consulta palesa, quindi, l'esigenza di regolamentare questi rapporti che devono, comunque, essere concepiti all'esterno come seri, e non occasionali.

⁹ Per maggiori approfondimenti sull'evoluzione della giurisprudenza costituzionale che ha portato alla sentenza in commento v. S. BORDONALI, *Il matrimonio tra conservazione, evoluzione e fughe in avanti*, in *Dir. fam.*, 2011, 2, 555 ss.; G. COSCO, *Le unioni omosessuali e l'orientamento della Corte costituzionale*, in *Giust. civ.*, 2011, 4, 845 ss.

¹⁰ Parla di *norme-principio* intangibili, come tali *superprimarie*, T. MARTINES, *Diritto costituzionale*, tredicesima edizione interamente riveduta da G. Silvestri, Milano, 2013, 302, ove si afferma che «[...] sembra al riguardo di dover convenire con quella teoria (formulata in Italia, fra gli altri, dal MORTATI), secondo la quale esistono limiti assoluti alla revisione costituzionale, che possono essere espressi o impliciti. Siffatti limiti sono dati da quelle norme-principio sulle quali si fonda (e nelle quali dunque si identifica) l'intero sistema costituzionale, che in esse rinvengono i valori politici che lo alimentano e lo stabilizzano nel tempo». Si aggiunge (303), inoltre, che «Ebbene, se le disposizioni nelle quali questi principi sono contenuti fossero abrogate (si pensi, ad esempio, ad una abrogazione dell'art. 1 Cost.) o subissero rilevanti deroghe, verrebbe meno quella parte dell'ordinamento che su di esso si fonda. Non solo, ma il mutamento sarebbe da considerare come la conseguenza di un nuovo modo di intendere i rapporti sociali, di una nuova organizzazione, e dell'affermarsi di nuovi fini politici in seno alla società statale. Di guisa che, non avremmo più la Costituzione modificata, ma una nuova Costituzione, corrispondente (anche se, dal punto di vista formale, la prima fosse conservata) all'avvenuto mutamento dell'orientamento politico del gruppo sociale organizzato a Stato».

¹¹ Attualmente, infatti, non esiste un *corpus* unitario di norme che regoli i rapporti di convivenza tra coppie etero/omosessuali. Ad onor del vero, però, bisogna evidenziare la generale libertà dei singoli Comuni di predisporre registri *ad hoc* per provvedere alla registrazione delle convivenze *more uxorio*, il che consente a queste formazioni sociali di essere riconosciute come "nuclei familiari". Si è creato un quadro assai variegato ove, da un lato, alcuni Comuni hanno predisposto un Registro delle unioni civili (Empoli, Pisa, Arezzo, Ferrara, Perugia, Macerata, Ancona, Bari, Livorno ecc.); dall'altro, vi sono stati Comuni che hanno deciso di rilasciare alle coppie omosessuali l'attestazione di famiglia anagrafica (Bologna, Bari, Padova, Torino, Santo Stefano di Cadore). E' giusto precisarlo, però, si tratta di scelte più di carattere politico che pratico.

¹² Per ulteriori approfondimenti si rinvia a P. PALERMO, *Uguaglianza e tradizione nel matrimonio: dall'adulterio alle unioni omosessuali*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 11/2010, II, 537 ss.



Il legislatore deve recidere questo nodo gordiano in tempi rapidi, avendo come stella polare la persona in quanto tale, intesa come punto di aggregazione di valori apicali del nostro ordinamento, in un'ottica di solidarietà non solo politica, ma anche sociale.

Dopo un lungo e travagliato *excursus* giurisprudenziale di netta chiusura¹³, interviene di recente la Cassazione¹⁴, che non avverte gli stessi vincoli e ci consegna una sentenza che fa riflettere: si tratta di un matrimonio giuridicamente rilevante, e come tale, giuridicamente esistente.

La S.C. non utilizza la categoria della rilevanza giuridica, ma quella dell'esistenza. Il problema è terminologico, ma la sostanza non cambia: si tratta di un fenomeno giuridicamente rilevante, non soltanto come formazione sociale, ma come matrimonio. E' matrimonio anche quello, come tale esiste giuridicamente!

La questione approda in Cassazione su un aspetto specifico, la trascrivibilità di un matrimonio omosessuale.

La Cassazione conclude negativamente, non ammettendone la trascrivibilità, perché non previsto dall'ordinamento italiano.

Il matrimonio è giuridicamente rilevante e tuttavia resta ancora improduttivo di effetti: è necessario un atto del legislatore che traduca la rilevanza in efficacia¹⁵. Nonostante ciò, non sono mancate voci, seppur sporadiche, di segno opposto.

¹³ Cfr. Corte cost., 5 gennaio 2011, n. 4, in *Giur. cost.*, 2011, 1, 36, ove si rileva che «E' manifestamente infondata la q.l.c. degli art. 93, 96, 98, 107, 108, 143, 143 bis, 156 bis e 231 c.c., censurati, in riferimento agli art. 3 e 29, comma 1, Cost., nella parte in cui non consentono che le persone dello stesso sesso possano contrarre matrimonio. Analoga questione è già stata dichiarata non fondata, sia perché l'art. 29 Cost. si riferisce alla nozione di matrimonio definita dal codice civile come unione tra persone di sesso diverso, e questo significato del precetto costituzionale non può essere superato per via ermeneutica, sia perché le unioni omosessuali non possono essere ritenute omogenee al matrimonio e non risultano allegati profili diversi o ulteriori rispetto a quelli già esaminati (sent. n. 138 del 2010; ordd. n. 16, 34, 42 del 2009, 276 del 2010)»; dello stesso avviso, Corte cost., 22 luglio 2010, n. 276, in *Giur. cost.*, 2010, 4, 3386. Con riferimento alla giurisprudenza di merito rilevante è la sentenza della Corte App. di Bologna, sez. I, 18 maggio 2011, in *Dir. fam.*, 2011, 4, 1725, ove si afferma che «Ritenuta l'assoluta inammissibilità, nel nostro ordinamento, di una unione coniugale tra persone dello stesso sesso, qualora uno dei coniugi ottenga ritualmente la rettificazione del proprio sesso si verifica l'automatico scioglimento del vincolo o la cessazione dei suoi effetti civili: negare lo scioglimento automatico, pretendendo che si debba, all'uopo, attendere la pronuncia di divorzio dietro richiesta di uno dei coniugi significherebbe ammettere la possibilità che sopravviva, per un certo periodo, il matrimonio pur tra persone dello stesso sesso, contro i basilari, inderogabili postulati, in materia, del nostro ordinamento, che esige, perché possa sussistere un matrimonio, la diversità sessuale dei partners, requisito immancabile d'ogni unione coniugale».

¹⁴ V. Cass. civ., 15 marzo 2012, n. 4184, in *Giust. civ.*, 2012, 7-8, I, 1691 ss., in cui la S.C. fa notare che «Il matrimonio civile tra persone dello stesso sesso, celebrato all'estero, non è inesistente per l'ordinamento italiano, ma soltanto inidoneo a produrre effetti giuridici; anche ai sensi dell'art. 12 della convenzione europea dei diritti dell'uomo, come evolutivamente interpretato dalla Corte di Strasburgo (sentenza del 24 giugno 2010, "Schalk e Kopf c. Austria"), la diversità di sesso dei nubendi non costituisce presupposto "naturalistico" di "esistenza" del matrimonio. (Fattispecie relativa a cittadini italiani dello stesso sesso, i quali, unitisi in matrimonio nei Paesi Bassi, avevano impugnato il rifiuto di trascrizione dell'atto, opposto dall'ufficiale di stato civile italiano; la S.C., in applicazione del principio, pur respingendo il ricorso degli sposi, ha corretto la motivazione del decreto della Corte territoriale, che aveva legittimato il rifiuto di trascrizione dell'atto in difetto della sua "configurabilità come matrimonio")».

¹⁵ Sul punto appare più che mai attuale l'insegnamento di A. FALZEA, *Efficacia giuridica*, in *Enciclopedia del Diritto*, 1965, XIV, 432 ss., 458, il quale sottolinea che «Stando all'inquadramento tradizionale, l'effetto andrebbe cercato dentro ogni singola norma. Non insegna forse la dottrina tradizionale che l'effetto è una parte della norma, che il modello logico di ogni norma è il rapporto di condizionalità, in cui la parte condizionante è il fatto e la parte condizionata è proprio l'effetto? Il modello logico come tale è ineccepibile e noi stessi addietro lo abbiamo accolto e illustrato. Ma, guardando al procedimento scientifico reale [...], ci si rende conto di questa elementare verità: l'effetto si determina compiutamente non in funzione della singola norma [...] ma in funzione dell'intero sistema. [...] sistema emergente entro campi di evidenza socialmente apprezzabili (codici o leggi, consuetudini o singoli atti esemplari, strutturate istituzioni



Bisogna necessariamente mettere in rilievo, in questa sede, la recente ordinanza del Tribunale di Grosseto in cui i giudici abbandonano definitivamente le consuete posizioni oltranziste ed ammettono la trascrizione del matrimonio tra persone dello stesso sesso¹⁶.

Certamente, quest'ultima pronuncia subisce l'influenza della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo che, come detto in precedenza, è venuta contrapponendo, a quello tradizionale, un modello (o, come vedremo meglio *infra*, un "non modello") «liberale» di famiglia, volto ad evitare un'illegittima discriminazione fondata sull'orientamento sessuale¹⁷ (vietata dall'art. 21 della Carta dei diritti fondamentali dell'U.E.), che rinviene il suo presupposto in un'interpretazione lata dell'art. 8 CEDU (confermato dall'art. 7 Carta di Nizza), ai sensi del quale «ciascun individuo ha diritto al rispetto della propria vita privata familiare»¹⁸.

Più che parlare di "famiglia", secondo queste opinioni sociali e giurisprudenziali, viene voglia di parlare di un "non modello" di famiglia, una "non famiglia", orientandosi verso un indifferenziato "stare insieme"¹⁹.

La tendenziale omogeneizzazione normativa in sede comunitaria induce a ritenere opportuno realizzare modelli di famiglia definitivamente disancorati dal concetto di matrimonio, che è solo uno di essi, per il quale resta essenziale il requisito della diversità di sesso, come limite ultimo ed invalicabile, proprio attraverso l'enfaticizzazione delle forme di famiglia di cui all'art. 8 CEDU²⁰.

o fluide relazioni intersoggettive), ma inserito e radicato nella totalità delle sue condizioni reali. Dal punto di vista assiologico-reale l'effetto deve darci la soluzione di un problema generale di vita; esso definisce un interesse giuridico che la norma tutela in quanto e solo in quanto ne risulta in prospettiva il trattamento giuridicamente migliore della situazione degli interessi sociali o individuali definita nella fattispecie».

¹⁶ V. Trib. Grosseto, ordinanza 9 aprile 2014, in *Hwww.altalex.com*H, 14 aprile 2014, con nota di G. VASSALLO, *Matrimonio gay: Tribunale di Grosseto ordina al Comune di trascrivere*, ove si afferma che «Il matrimonio tra persone dello stesso sesso celebrato all'estero può essere trascritto nei Registri dello stato civile, poiché non è contrario all'ordine pubblico, è valido e produce effetti giuridici nel luogo in cui è stato pubblicato e infine non sussiste né a livello di legislazione interna né nelle norme di diritto internazionale privato, un riferimento alla diversità di sesso quale condizione necessaria per contrarre matrimonio. La trascrizione avrà natura certificativa e di pubblicità di una situazione già avvenuta e non costitutiva secondo le regole generali in materia».

¹⁷ Parla di discriminazione delle coppie omosessuali A. GORGONI, *Famiglie e matrimonio. Profili evolutivi nel diritto europeo*, in *Hwww.personaemercato.it*H, 3/2013, 241 ss. L'A., inoltre, fa presente (256-257) che «[...] secondo la Corte EDU, l'esercizio della riserva di legislazione nazionale su come garantire il diritto di sposarsi e il diritto di costituire una famiglia (art. 8, comma 2, Cedu) deve essere ragionevole. E lo è se l'intervento normativo salvaguarda valori e interessi di particolare rilevanza, poiché la libertà matrimoniale è un principio fondamentale. Quale sarebbe questo interesse continuando a negare il diritto di sposarsi agli omosessuali, se non la difesa (ideologica) di una certa concezione del matrimonio? Si dirà che lo Stato è libero di difendere quella concezione del matrimonio radicata nella tradizione culturale della società. E' vero, ma è altrettanto vero che se il diritto deve rispecchiare la società, diventa difficile negare con ragione soltanto a talune persone istituti funzionali allo sviluppo della personalità umana; ciò ancor di più quando, per effetto dell'evoluzione della stessa società, si è assistito all'attenuazione della diversità dei sessi nella concezione matrimoniale».

¹⁸ In un quadro storico siffatto risultano estremamente attuali e calzanti le osservazioni di F. RUSCELLO, *Dal patriarcato al rapporto omosessuale: dove va la famiglia?*, in *Rass. dir. civ.*, 2002, 517 ss. cui si rinvia.

¹⁹ Cfr. F.D. BUSNELLI, *Frantumi europei di famiglia*, cit., 769, ove si precisa che «La famiglia, dunque, lungi ormai dal riconoscersi in una società naturale (fondata o meno sul matrimonio), assume una dimensione baumaniana: «liquida» di «vita familiare» fino ad assumere le sembianze di una cangiante modalità di «vita privata»; e la vita privata, a sua volta, esige di essere rispettata come espressione della privacy dei singoli individui».

²⁰ In tal senso F.D. BUSNELLI, *Frantumi europei di famiglia*, cit., 770, il quale dapprima evidenzia che «Porsi il problema di «ri-ordinare» i frantumi europei di famiglia è un compito arduo, che rischia di sfociare in un paradosso: l'avvento, più o meno consapevole, di una pluralità di «famiglie europee», difficilmente riducibili ad unità»; e poi



Così ricostruita, la famiglia appare una formazione “molecolare” i cui atomi si aggregano in funzione delle loro caratteristiche intrinseche e sono insensibili ai fattori esterni di condizionamento; si proiettano verso l'esterno in virtù della loro forza endogena, che consente di proporsi come portatrice di una regola di relazione capace di confrontarsi con le altre realtà comunitarie, nell'ambito delle quali aspirano ad ottenere riconoscimento e tutela.

Di recente i giudici di merito si sono addirittura spinti oltre, ammettendo l'adozione di un minore da parte di una coppia *gay*²¹, vera e propria *eresia giuridica* fino a pochi anni fa.

Il Tribunale per i minorenni di Roma muove sostanzialmente dalla considerazione che l'art. 44, co. 1, lett. d) l. 184/1983 non discrimina tra coppie conviventi eterosessuali o omosessuali, sottolineando che una lettura in senso diverso sarebbe contraria non solo alla *ratio legis*²², ma anche al dato costituzionale, nonché ai principi di cui alla Convenzione Europea sui Diritti Umani e le Libertà Fondamentali (CEDU), di cui l'Italia è parte²³.

In ragione delle osservazioni precedenti, verrebbe da dire che il matrimonio omosessuale è ormai entrato di diritto nel panorama giuridico italiano.

In realtà, bisogna rilevare delle incongruenze interpretative nei ragionamenti che hanno portato alle pronunce dei Tribunali di Grosseto e Roma.

Quanto al Tribunale di Grosseto, i giudici sottolineano la genericità del contenuto degli artt. 84 ss. c.c., in materia di matrimonio, ove non si rinviene alcun richiamo alla diversità di sesso come presupposto indefettibile del vincolo matrimoniale.

A ben vedere, tecnicamente, questa ricostruzione appare inesatta. Non mancano, infatti, sia nel codice civile che nella legislazione speciale, riferimenti alla eterosess-

(777) precisa che “*A fronte del variegato manifestarsi di queste esperienze di «vita familiare» nella realtà sociale, forte e senza dubbio giustificato è il richiamo ad abbandonare i tentativi di ri-ordinamento «dall'alto» della disciplina della «famiglia» per «rovesciare l'impostazione, ripartendo sempre dal basso dell'esperienza».*”

²¹ Cfr. Trib. per i minorenni di Roma, 30 luglio 2014, n. 299, in *HRedazioneH Giuffrè 2014*. Prima della sentenza *de qua*, si parlava semplicemente di “possibile affidamento temporaneo” in vista di un reinserimento nella famiglia d'origine; in tal senso cfr. L. BALESTRA, *Affidamento dei minori e convivenza omosessuale*, in *www.giustiziacivile.com*, 16 marzo 2014, 1 ss., 2, il quale osserva che «*Il mosaico che viene dunque componendosi è forzato da tasselli che depongono per una ricomprensione della convivenza more uxorio, sia etero che omosessuale, nell'ambito di quelle formazioni a chiara matrice affettiva in cui interno la personalità del minore può sicuramente trovare temporaneamente protezione e sviluppo in vista – è bene ribadirlo – di un reinserimento della famiglia di origine.*».

²² Il legislatore, a parere del Tribunale, nei casi di cui all'art. 44 l. 184/1983 aspira alla realizzazione del preminente interesse del minore.

²³ Il Tribunale per i minorenni di Roma evidenzia, infatti, che «[...] una volta valutato in concreto il superiore interesse del minore ad essere adottato e l'adeguatezza degli adottanti a prendersene cura, un'interpretazione dell'art. 44, co. 1, lett. d) L. 184/83 che escludesse l'adozione per le coppie omosessuali solo in ragione della predetta omosessualità, al tempo stesso riconoscendo la possibilità di ricorrere a tale istituto alle coppie di fatto eterosessuali, sarebbe un'interpretazione non conforme al dettato costituzionale in quanto lesiva del principio di uguaglianza (art. 3 Cost.) e della tutela dei diritti fondamentali (art. 2 Cost.), fra cui la Corte Costituzionale annovera quello delle unioni omosessuali a vivere liberamente la propria condizione di coppia. [...] una lettura dell'art. 44, co. 1, lett. d) che escludesse dalla possibilità di ricorrere all'istituto dell'adozione in casi particolari coppie di fatto omosessuali a motivo di tale orientamento sessuale si porrebbe in contrasto con gli artt. 14 e 8 della CEDU. Ed infatti, come chiarito dai giudici costituzionali (in particolare con le sentenze 348 e 349/2007 e 317/2009), l'art. 117, primo comma, della Costituzione opera come “rinvio mobile” alle disposizioni della CEDU – nell'interpretazione che ne dà la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo – che acquistano così titolo di fonti interposte e vanno ad integrare il parametro costituzionale di riferimento. Nel rispetto dei principi costituzionali, spetta quindi al giudice ordinario il compito di operare una “interpretazione convenzionalmente orientata” dalle norme nazionali».



sualità della coppia: si pensi agli artt. 107-108 c.c., ove si parla di dichiarazione degli sposi di “prendersi rispettivamente in marito e in moglie”; o all’art. 5 l. 898/1970, in cui si precisa che “la donna perde il cognome che aveva aggiunto al proprio a seguito del matrimonio” e si aggiunge che, in casi appositi la donna può “[...] conservare il cognome del marito [...]”; o, ancora, all’art. 5 l. 40/2004 che consente l’accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita alle “coppie maggiorenni di sesso diverso, coniugate o conviventi”.

Quest’ultima norma consente di dissentire anche con la pronuncia del Tribunale per i minorenni di Roma che apre le porte all’adozione dei minori da parte delle coppie omosessuali²⁴.

In primis, appare doveroso un rilievo di carattere logico: lo *status filiationis*, acquisito mediante procreazione medicalmente assistita nei confronti della madre biologica, come tutti gli *status* inerenti alla persona o, meglio, che consentono di identificare la persona, non è un *quid* che si possa trasferire a proprio piacimento. Non si può acquisire uno *status* che è in sé indisponibile; non basta, infatti, il consenso delle parti interessate, come nel caso di specie.

Il Tribunale di Roma parla correttamente di interesse primario del minore, ed allora vien da chiedersi se il ragionamento del giudice non sia viziato da un errore di fondo: che dire, infatti, dell’interesse del minore alla certezza degli *status*, in particolare, alla tutela della sua identità, del suo diritto ad instaurare una relazione familiare conforme a quelle esistenti nell’ambiente sociale in cui cresce e sviluppa la sua personalità?²⁵

In secondo luogo, dando una lettura in chiave sistematica, appare lapalissiana la volontà del legislatore di concepire la famiglia “in senso tradizionale”, avendo effettuato quest’ultimo, evidentemente, *ab origine* una scelta di campo precisa, propendendo per la riconoscibilità soltanto del matrimonio tra persone di sesso diverso.

Il dettato normativo attualmente vigente sembra evidenziarlo a più riprese, non solo, come visto, a livello di legislazione primaria, ma anche a livello costituzionale. Se è pur vero, infatti, che l’art. 29 Cost. parla semplicemente di famiglia come “società naturale fondata sul matrimonio” e di “eguaglianza morale e giuridica dei coniugi”, senza specificare null’altro in relazione agli orientamenti sessuali di questi ultimi²⁶; è

²⁴ Si tratta del primo caso in Italia di *stepchild adoption*: il Tribunale ha accolto, nell’interesse del minore, la richiesta di adozione presentata da una donna convivente della madre biologica (che aveva fatto ricorso, a sua volta, alla tecnica di procreazione medicalmente assistita in Spagna).

²⁵ Cfr. C. MAZZÚ, *L’identità come stella polare nella traversata del deserto dal non essere all’essere*, in *L’arco di Giano*, 2007, 53, 33 ss., 34, ove si sottolinea che «[...] l’identità è divenuta oggetto della tutela, cioè un valore protetto di cui il soggetto giuridico è portatore». L’A. parla (35) di «passaggio dal piano dell’Essere a quello dell’“essere nella situazione”, dell’“esserci”, nella dimensione esistenziale ed irripetibile della persona che si pone in relazione con gli altri [...]» ed evidenzia (36) che «Il sistema dei rapporti contemporanei si dibatte in una contraddizione stridente: da una parte, il dinamismo delle relazioni economiche, figlie dell’apertura dei mercati e delle forme conseguenti di globalizzazione; dall’altra, la ricerca di lidi sicuri per l’approdo dell’esistenza, utilizzando lo steccato invisibile ma insuperabile delle “appartenenze”, per resistere alle invasioni dei “diversi”».

²⁶ Critico sul punto A. RUGGERI, *Le unioni tra soggetti dello stesso sesso e la loro (innaturale...) pretesa a connotarsi come “famiglie”*, cit., 10-11, l’A. osserva che «[...] il sintagma “società naturale”, a mo’ di macigno, fa da ostacolo ad un esito ricostruttivo volto ad una indiscriminata apertura a qualsivoglia unione unicamente fondata sull’affettivo e sulla volontà, che da essa scaturisce e incessantemente si alimenta, del vivere assieme componendo una “famiglia”. Risulta male impostata la questione da parte di quanti [...] fanno notare che la Carta non fa espresso divieto di “matrimoni” tra persone del medesimo sesso e che quella di “matrimonio” è, appunto, una nozione rimessa a discrezionali (e, perciò, mutevoli) opzioni del legislatore che, così come oggi non acconsente a matrimoni siffatti, potrebbe domani invece spianare la via alla loro costituzione. La questione è [...], in nuce, di teoria della Costituzione: in buo-



anche vero, però, che l'art. 29 va letto in stretta connessione con gli artt. 30 - 31 Cost. ove si fa riferimento al rapporto genitori/figli, alla tutela della maternità²⁷. A meno che non si voglia credere alla favola raccontata ai ragazzini della “cicogna che porta i figli”, un assunto sicuramente incontestabile a livello medico è che ai fini della procreazione è necessaria la diversità di sesso dei soggetti interessati. Ragione quest'ultima che ha spinto il legislatore a formulare in modo chiaro l'art. 5 l. 40/2004, in cui, come detto, si fa riferimento alle “sole” coppie di maggiorenni di sesso diverso.

E' stato, anche di recente, ribadito che la famiglia ruota attorno ai figli: il concepimento dei figli è l'obiettivo ultimo e fondamentale del matrimonio; la famiglia, come concepita nell'immaginario collettivo, è costituita dai genitori, ma anche dalla prole²⁸.

Tuttavia, sembra riduttivo esaltare la procreazione e considerarla l'unico obiettivo del vincolo matrimoniale; altrimenti, si rischierebbe di indebolire il valore dell'affettività, che precede e va oltre la capacità procreativa della coppia coniugata.

Il Tribunale di Roma pare attenuare l'aspetto sessuale/riproduttivo, sacrificandolo sull'altare dell'interesse del minore, ma la domanda sorge spontanea: è davvero questo il modo più corretto per tutelare l'interesse del minore? Non sarebbe opportuno, allo stato dei fatti, vagliare altre strade? Non può applicarsi lo statuto familiare alle coppie omosessuali, non possiamo parlare, nel caso di specie, infatti, di vere e proprie famiglie in senso naturalistico/giuridico.

Il vincolo matrimoniale, come concepito nel nostro attuale sistema giuridico, poggia in modo indubitabile sulla diversità di sesso²⁹.

na sostanza, si viene da questi autori dicendo che la Costituzione non dice nulla, col fatto stesso che si aprirebbe a ... tutto, a qualunque forma di unione coniugale. Di modo che le stesse unioni policoniugali non rinverrebbero alcun ostacolo esplicito nella Carta alla loro ammissibilità: gli stessi principi degli artt. 2 e 3, evocati in campo a sostegno dei matrimoni tra omosessuali, potrebbero ad ugual titolo essere richiamati da soggetti che, per religione o cultura (in ampia accezione), si dichiarino favorevoli alla costituzione di “famiglie” siffatte.

²⁷ V. M. SESTA, *Stato unico di filiazione e diritto ereditario*, in *Riv. dir. civ.*, 1/2014, 1 ss., 10, ove si fa notare che «Ed anche a voler interpretare l'art. 29 Cost. come fattispecie aperta, volta a ricomprendere in essa i modelli familiari concretamente esistenti nella realtà sociale, resta pur sempre che la disposizione non consente di includervi a pieno titolo relazioni senza matrimonio. Sembra a chi scrive che la peculiare tutela della famiglia matrimoniale di cui all'art. 29 Cost. non possa ridursi alla sola relazione tra coniugi, ma ricomprenda necessariamente quella che li lega ai loro figli: è vero che l'art. 30 Cost. è espressamente dedicato alla relazione genitori-figli, ma non v'è dubbio che il legame tra famiglia matrimoniale e filiazione emerga con tutta chiarezza dal combinato disposto degli artt. 29 e 30, commi 1° e 3°, Cost., che contribuiscono a disegnare l'unico tipo di famiglia legale espressamente contemplato dal Costituente, che è quello fondato sul matrimonio. Il che non significa certamente che la Costituzione ostacoli la tutela di altri modelli familiari, quale la famiglia di fatto, senza tuttavia consentirne l'unificazione con quello «legale», inteso, si osservi, sia con riferimento al rapporto verticale sia a quello orizzontale, come bene risulta dai richiamati commi 1° e 3° dell'art. 30 Cost. [...]».

²⁸ Dello stesso avviso A. RUGGERI, *Le unioni tra soggetti dello stesso sesso e la loro (innaturale...) pretesa a connotarsi come “famiglie”*, cit., 8-9, il quale afferma che «Non risolutivo è invece il richiamo, fatto dai sostenitori del matrimonio anche tra omosessuali, all'idea secondo cui la famiglia non sempre ed esclusivamente si costituisce allo scopo della procreazione, nel mentre il rapporto di filiazione può – com'è noto – istituirsi altresì ricorrendo all'istituto dell'adozione. È vero, infatti, che “famiglie”, nell'accezione costituzionale del termine, possono aversi anche tra soggetti che palesemente non sono in grado di generare (ad es. per ragioni di età), ma è pur vero che ordinariamente, seppur non necessariamente, la famiglia è il luogo elettivo per la trasmissione della specie».

²⁹ In tal senso G. GIACOBBE, *Il modello costituzionale della famiglia nell'ordinamento italiano*, in *Il ruolo della civilistica italiana nel processo di costruzione della nuova Europa*, cit., 479 ss., 501-502, ove, in ossequio all'impostazione tradizionale, si evidenzia che «[...] deve ritenersi preclusa, tenuto conto di quanto già chiarito a proposito della interpretazione degli artt. 29, 30, 31 Cost., - che presuppongono la eterosessualità - la legittimità costituzionale di un intervento legislativo che sia diretto, per le coppie omosessuali ad individuare un modello di famiglia che



Sul punto basterebbe ricordare la definizione romana del matrimonio elaborata da Modestino e riportata nelle Istituzioni giustiniane (D.23.2.1.), secondo cui “*nuptiae sunt coniunctio maris et feminae consortium omnis vitae, divini et humani iuris communicatio*”. Pertanto, più che un problema di discriminazione delle coppie omosessuali, ci troviamo ad affrontare un problema di carattere definitorio: si tratta “soltanto” di mantenere o meno il *nomen iuris* di un istituto (il matrimonio) che, a partire dal diritto romano, tradizionalmente, ha contraddistinto un dato tipo di unione, quella tra coppie eterosessuali, quando è caratterizzata da un elemento volitivo, che ne assicura la stabilità e dal quale potenzialmente può originare la prole³⁰. Il termine “matrimonio”, nella sua accezione classica, deve necessariamente essere accostato alle unioni eterosessuali, non potendosi ammettere letture divergenti.

L'eventuale differente configurazione dell'istituto matrimoniale, più che risolvere un problema di discriminazione, rischierebbe, all'opposto, di realizzare un abuso del ricorso al principio di uguaglianza.

Se anche si volesse scardinare la rigidità del nostro ordinamento con astuzie tipiche della fantasia giuridica italiana, si potrebbe focalizzare l'attenzione sul cd. “non detto”, rilevando, da un lato, che la Costituzione parla di “società naturale fondata sul matrimonio”, di “coniugi”, senza alcuna specificazione; sottolineando, dall'altro, che il codice civile non fa riferimento in materia matrimoniale al sesso delle persone quale condizione per contrarre matrimonio. Ciononostante, potrebbe, al contempo, risponderci a siffatte obiezioni con un'uguale (e contraria) “astuzia interpretativa”, evidenziando che, nel caso di specie, non può parlarsi di lacuna del diritto: quest'ultima, infatti, potrebbe essere colmata dalla cd. consuetudine, la quale costituisce, a pieno titolo, fonte del diritto, che regola materie non disciplinate dalla legge³¹.

presenti analogie con quello fondato sul matrimonio, non consentendo l'attuale quadro normativo costituzionale alterazioni radicali introdotte da una legge ordinaria. Il legislatore ordinario non potrebbe, ai sensi dell'art. 29 Cost., realizzare una categoria giuridica che, anche se non denominata famiglia, riprendesse tutti gli elementi propri della famiglia in senso tecnico giuridico. Si realizzerebbe, in tale guisa, quello che è stato definito in dottrina come legge in frode alla legge (costituzionale)».

³⁰ Parliamo dell'esigenza di conservare la “corrispondenza tra segno e significato, tra parola e concetto racchiuso in essa”; in tal senso cfr. V. TONDI DELLA MURA, *Le coppie omosessuali fra il vincolo (elastico?) delle parole e l'artificio della “libertà”*, in *Dir. fam. pers.*, 2011, vol. 40, 1, 3 ss., il quale afferma che «*Scriveva Giovanni Tesori che le parole hanno una loro forza irriducibile, proveniente dal significato cui rinviano e dall'esperienza che inverano, che non può essere ignorata (“Ciò che importa è dirle, certe parole. / Una volta dette / non lasciano più pace ...”). Ciò, a meno di non stravolgere la realtà sottesa alle parole stesse e di misconoscerne la storia di provenienza, sino ad esporsi al peso delle relative conseguenze (in tal caso, “anche le parole, sì, anche loro / ci punteranno contro il dito!”). Come per le parole è anche per gli istituti giuridici, posto che, riprendendo la lezione di Costantino Mortati, il fenomeno giuridico rappresenta su scala sociale la proiezione del fenomeno individuale. Anche gli istituti giuridici restano vincolati alla storia che li ha generati e alle necessità sociali interessate: non può esserne ignorata la realtà di riferimento, né è possibile estenderne indiscriminatamente i confini semantici, quasi a poterli trasformare in contenitori senza vincoli di forma e di capacità».* L'A., commentando la sentenza della Corte cost. 138/2010, sottolinea che «*Con tale pronuncia la Consulta ha sventato l'attacco della indiscriminatezza senza limiti, della parificazione indifferenziata, dell'egualitarismo a tutti i costi delle parole, dei significati, degli istituti e delle realtà sociali, che restano invece differenti per storia e presupposti naturali*». V. anche S. SPINELLI, *Il matrimonio non è un'opinione*, 27 aprile 2010, in www.forumcostituzionale.it, 2010.

³¹ Sul punto si rinvia a A. RUGGERI, *Le unioni tra soggetti dello stesso sesso e la loro (innaturale...) pretesa a connotarsi come “famiglie”*, cit., 7-8, ove si rileva che «*D'altro canto, che la famiglia sia data, per Costituzione, dall'unione di due (soli) soggetti di sesso diverso, riconoscibile dal vincolo matrimoniale che li lega, è annoverato, oltre che dal richiamo alla nostra tradizione, sicuramente operato dalla Costituente in sede di redazione del I c. dell'art. 29, dal “sistema” degli enunciati costituzionali, laddove è presupposta la diversità dei sessi dei soggetti coniugati, a partire dallo stesso art. 29, col riferimento in esso fatto all'eguaglianza morale e giuridica dei coniugi, un riferimento che – come si sa*



Allo stato delle cose, quindi, non ci resta che attendere un intervento risolutore del legislatore, non potendosi ammettere una “forzatura interpretativa” del genere con riferimento ad un argomento eticamente sensibile come quello in oggetto, a meno che non si tenti, in modo fraudolento, di negare l’evidenza dei fatti: è innegabile, infatti, che in Italia, indipendentemente dalla forma, l’unico matrimonio riconosciuto (da millenni), e considerato vincolante come tale, è quello tra persone di sesso diverso. Nel silenzio della legge, quindi, esiste comunque una fonte di riferimento che regola la problematica *de qua*.

Né convince l’obiezione che rimanda alla normativa comunitaria, ed, in particolare, alle disposizioni della CEDU.

Se è vero, come è vero, che la CEDU rientra tra i “vincoli derivanti [...] dagli obblighi internazionali?” di cui all’art. 117 Cost.³², ciò non equivale, però, a consentire

– trae origine e giustificazione proprio da un millenario passato di sostanziale disuguaglianza tra uomo e donna che si voleva fosse finalmente rimossa, con le sole eccezioni richieste dalla salvaguardia dell’unità familiare».

³² In tal senso Corte cost., 24 ottobre 2007, n. 348, in *Giur. cost.*, 2007, 5, 3475, ove, dopo aver precisato che «Questa Corte ha chiarito come le norme comunitarie «debbono avere piena efficacia obbligatoria e diretta applicazione in tutti gli Stati membri, senza la necessità di leggi di ricezione e adattamento, come atti aventi forza e valore di legge in ogni Paese della Comunità, sì da entrare ovunque contemporaneamente in vigore e conseguire applicazione eguale ed uniforme nei confronti di tutti i destinatari» (sentenze n. 183 del 1973 e n. 170 del 1984). Il fondamento costituzionale di tale efficacia diretta è stato individuato nell’art. 11 Cost., nella parte in cui consente le limitazioni della sovranità nazionale necessarie per promuovere e favorire le organizzazioni internazionali rivolte ad assicurare la pace e la giustizia tra le Nazioni. Il riferito indirizzo giurisprudenziale non riguarda le norme CEDU, giacché questa Corte aveva escluso, già prima di sancire la diretta applicabilità delle norme comunitarie nell’ordinamento interno, che potesse venire in considerazione, a proposito delle prime, l’art. 11 Cost. «non essendo individuabile, con riferimento alle specifiche norme pattizie in esame, alcuna limitazione della sovranità nazionale» (sentenza n. 188 del 1980). La distinzione tra le norme CEDU e le norme comunitarie deve essere ribadita nel presente procedimento [...], nel senso che le prime, pur rivestendo grande rilevanza, in quanto tutelano e valorizzano i diritti e le libertà fondamentali delle persone, sono pur sempre norme internazionali pattizie, che vincolano lo Stato, ma non producono effetti diretti nell’ordinamento interno, tali da affermare la competenza dei giudici nazionali a darvi applicazione nelle controversie ad essi sottoposte [...]»; dopo aver aggiunto che «Si condivide anche l’esclusione [...] delle norme CEDU, in quanto norme pattizie, dall’ambito di operatività dell’art. 10, primo comma, Cost., in conformità alla costante giurisprudenza di questa Corte sul punto. La citata disposizione costituzionale, con l’espressione «norme del diritto internazionale generalmente riconosciute», si riferisce soltanto alle norme consuetudinarie e dispone l’adattamento automatico, rispetto alle stesse, dell’ordinamento giuridico italiano. Le norme pattizie, ancorché generali, contenute in trattati internazionali bilaterali o multilaterali, esulano pertanto dalla portata normativa del suddetto art. 10. Di questa categoria fa parte la CEDU, [...]», la Consulta dichiara che l’articolo da applicare nel caso di specie è l’art. 117 Cost. nella parte in cui parla dei “vincoli derivanti [...] dagli obblighi internazionali”, evidenziando che «L’art. 117, primo comma, Cost. condiziona l’esercizio della potestà legislativa dello Stato e delle Regioni al rispetto degli obblighi internazionali, tra i quali indubbiamente rientrano quelli derivanti dalla Convenzione europea per i diritti dell’uomo. [...] si deve aggiungere che il nuovo testo dell’art. 117, primo comma, Cost., se da una parte rende inconfutabile la maggior forza di resistenza delle norme CEDU rispetto a leggi ordinarie successive, dall’altra attrae le stesse nella sfera di competenza di questa Corte, poiché gli eventuali contrasti non generano problemi di successione delle leggi nel tempo o valutazioni sulla rispettiva collocazione gerarchica delle norme in contrasto, ma questioni di legittimità con una norma CEDU, poiché l’asserita incompatibilità tra le due si presenta come una questione di legittimità costituzionale, per eventuale violazione dell’art. 117, primo comma, Cost., di esclusiva competenza del giudice delle leggi». La Corte cost. ribadisce questo suo orientamento nella “sentenza gemella”, 24 ottobre 2007, n. 349, in *Giur. cost.*, 2007, 5, 3535, in cui la Consulta conferma l’inapplicabilità degli artt. 10-11 Cost. con riferimento alla copertura costituzionale della CEDU, e rileva, in conformità a quanto detto nella sentenza 348/2007, che «Non v’è dubbio, pertanto, alla luce del quadro complessivo delle norme costituzionali e degli orientamenti di questa Corte, che il nuovo testo dell’art. 117, primo comma, Cost., ha colmato una lacuna [...]. Ciò non significa, beninteso, che con l’art. 117, primo comma, Cost., si possa attribuire rango costituzionale alle norme contenute in accordi internazionali, oggetto di una legge ordinaria di adattamento, com’è il caso delle norme della CEDU. Il parametro costituzionale in esame comporta, infatti, l’obbligo del legislatore ordinario di rispettare dette norme, con la conseguenza che la norma nazionale incompatibile con la norma della CEDU e dunque con gli



l'ingresso nel nostro ordinamento di qualsivoglia interpretazione giuridica; come sappiamo, infatti, esiste il c.d. limite dell'ordine pubblico interno.

Non possono essere ammesse nel nostro ordinamento, non solo letture normative contrastanti con i principi ed i valori fondanti della Repubblica (che non sono soltanto quelli indicati dai primi 12 articoli della Costituzione), ma anche con l'ordine pubblico interno.

L'ordine pubblico è qualcosa di labile, una clausola di chiusura che assicura i limiti dell'indipendenza (parziale) del nostro ordinamento da quello comunitario. Parliamo, infatti, di una nozione assai indefinita, comprensiva di tutti quei valori che costituiscono lo zoccolo duro su cui poggia il nostro sistema giuridico, senza i quali l'ordinamento italiano stesso finirebbe col perdere i propri connotati, vacillare, o, peggio, venir meno definitivamente³³.

Tra i valori fondamentali rientra, senz'altro, la convinzione che la famiglia naturale sia quella tra uomo e donna, perché *naturalmente* rivolta alla continuazione della specie, alla procreazione.

Nel momento in cui si dice che il matrimonio omosessuale non può essere trascritto, perché inesistente o improduttivo di effetti nel nostro ordinamento, lo si fa essenzialmente al fine di evitare contrasti con l'ordine pubblico interno.

Propendendo per soluzioni *politically correct*, il rischio è quello di stravolgere tratti essenziali, caratterizzanti la nostra tradizione giuridica, svuotando principi condivisi dalla generalità dei consociati.

L'adozione nasce come istituto a tutela del preminente interesse del minore ad avere una famiglia, ma una famiglia, che, in chiave sistematica, ed in assenza di riforme sul punto che legittimino le unioni omosessuali, è (e resta) la famiglia tradizionale eterosessuale. Le uniche eccezioni sono quelle testualmente previste dalla legge, senza

“obblighi internazionali” di cui all'art. 117, primo comma, viola per ciò stesso tale parametro costituzionale. Con l'art. 117, primo comma, si è realizzato, in definitiva, un rinvio mobile alla norma convenzionale di volta in volta conferente, la quale dà vita e contenuto a quegli obblighi internazionali genericamente evocati e, con essi, al parametro, tanto da essere comunemente qualificata “norma interposta”; e che è soggetta a sua volta [...] ad una verifica di compatibilità con le norme della Costituzione. Ne consegue che al giudice comune spetta interpretare la norma interna in modo conforme alla disposizione internazionale, entro i limiti nei quali ciò sia permesso dai testi delle norme. Qualora ciò non sia possibile, ovvero dubiti della compatibilità della norma interna con la disposizione convenzionale “interposta”, egli deve investire questa Corte della relativa questione di legittimità costituzionale rispetto al parametro dell'art. 117, primo comma [...]».

³³ In tal senso A. RUGGERI, *Le unioni tra soggetti dello stesso sesso e la loro (innaturale...) pretesa a connotarsi come “famiglie”*, cit., 16, ove si sottolinea che «Il vero è che la CEDU fa salva (art. 12) la disciplina nazionale per ciò che riguarda la strutturale conformazione (o, meglio, il riconoscimento) della “famiglia” e del “matrimonio” che ne sta alla base». L'A. aggiunge (17-18), inoltre, che «Nessuna norma della Carta stessa o – il che è praticamente lo stesso – nessuna pronunzia della Corte di giustizia fa obbligo agli Stati membri dell'Unione di riconoscere il matrimonio tra omosessuali [...]; se poi vi sono, non risultano richiamate nelle ordinanze di rimessione. È vero che vi sono ordinamenti in cui il matrimonio in parola ha ormai trovato giuridico rilievo; di qui però a dire che si sarebbe ormai formata una “tradizione costituzionale comune” in tal senso ne corre. Semmai, se proprio volessimo restare ancorati ad una nozione rigorosa di “tradizione” suddetta, dovremmo concludere che proprio da essa, vale a dire dalla inesistenza di un riconoscimento diffuso (se non proprio “comune”) del matrimonio tra omosessuali, si ha ulteriore conferma della tesi qui patrocinata. Se, poi, la conclusione dovesse ugualmente divergere da quella sopra indicata, assumendosi (ma in modo apodittico e a mia opinione essenzialmente inesatto) che il diritto dell'Unione imponga (e non già solo autorizzi) la previsione del matrimonio tra persone dello stesso sesso, ci si dovrebbe ulteriormente interrogare circa la compatibilità di un esito siffatto con i principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale che, secondo dottrina e giurisprudenza corrente, stanno a “contro limite” del primato del diritto sovranazionale».



che possa ammettersi alcuna interpretazione estensiva in una materia “sensibile” come quella in oggetto.

Non bisogna andare oltre il dettato normativo, altrimenti il giudice diverrebbe in un batter d’occhio legislatore, cosa inammissibile in un ordinamento di *civil law*, come il nostro, caratterizzato dalla rigida ripartizione dei poteri.

Questo non vuole essere un manifesto contro i rapporti omosessuali, ma si propone come una riflessione, volta a dare impulso ad una meditata riforma delle convivenze, indipendentemente dal sesso dei conviventi stessi³⁴.

E’ evidente, infatti, che ci troviamo a vivere una “nuova stagione della famiglia”³⁵, una stagione plurale e complessa, di stampo prettamente europeistico. Bisogna ora interrogarsi su cosa sia realmente oggi la famiglia, effettuando un mutamento di prospettiva, suggerendo un’impostazione che guarda ad un parametro fondativo della famiglia ricostruita dal basso, con al centro la persona, abbandonando antichi dogmi, residui di un modo di pensare per alcuni non più attuale³⁶.

Quanto detto, però, deve portarci a ragionare su una normativa che possa regolamentare in modo preciso tutti i tipi di convivenza (etero ed omosessuali)³⁷, ma-

³⁴ Non sono mancati comunque i tentativi di riforma sull’argomento, rimasti tutti, però, lettera morta. Si pensi ad esempio ai DICO (“Diritti e doveri delle persone stabilmente conviventi”): si tratta di un disegno di legge presentato dal Governo Prodi II nel febbraio 2007, finalizzato al riconoscimento nell’ordinamento italiano di alcuni diritti e doveri per i conviventi, purchè maggiorenni e capaci, anche dello stesso sesso. Tale disegno di legge introduceva delle importanti novità: con riguardo ai trattamenti previdenziali e pensionistici, l’art. 10 del d.d.l. in oggetto prevedeva il diritto del convivente ad ottenere una prestazione *ex lege*, tenendo conto delle condizioni economiche e patrimoniali del convivente superstite, purchè la convivenza fosse durata per un periodo minimo prestabilito. Si prevedeva, inoltre, trascorsi nove anni dall’inizio della convivenza, che il convivente superstite potesse concorrere alla successione legittima del *partner* defunto. Si consenta di ricordare, inoltre, i Contratti di Unione Solidale (CUS), introdotti con la Proposta di Legge 12 luglio 2007. Anche in questo caso il provvedimento era finalizzato a regolamentare i rapporti tra i conviventi, anche dello stesso sesso. Tale disegno di legge garantiva al convivente superstite: diritti ereditari, se l’unione solidale era stata registrata da almeno nove anni; agevolazioni in materia di lavoro, tra cui la possibilità di ottenere il trasferimento per favorire la convivenza; l’introduzione di garanzie in materia previdenziale e pensionistica. Tra le principali novità introdotte dai CUS rispetto al disegno di legge dei DICO si ricorda la possibilità di costituire e modificare le unioni solidali con atto pubblico redatto davanti ad un notaio o al giudice di pace; l’istituzione di un registro delle unioni solidali tenuto presso il giudice di pace, in cui dovevano essere trascritti tutti i contratti in oggetto; la possibilità per le parti di scegliere il proprio regime patrimoniale nel rispetto del principio di autonomia contrattuale.

³⁵ Sul punto si rimanda a V. SCALISI, *Le stagioni della famiglia*, cit., 66 ss., il quale precisa che «La famiglia ha vissuto almeno tre grandi stagioni: la stagione dei codici, caratterizzata dall’esclusività del modello matrimonialistico, struttura patriarcale e disparità di posizioni soggettive; la stagione costituzionale, caratterizzata da una famiglia ordinata sulla parità e la solidarietà in funzione esplicativa della persona e la stagione attuale che vede riflettersi sulla famiglia il processo di integrazione giuridica europea».

³⁶ Cfr. V. SCALISI, *Le stagioni della famiglia*, cit., 65, il quale evidenzia che «Il rapporto, quindi, tra il dover-essere reale espresso dalla formazione-famiglia e il dover-essere legale rappresentato dalle regole formalmente statuite non è mai di immobile stasi né di statica quiete, quanto piuttosto di costante e continua tensione dialettica secondo nessi di reciproca interdipendenza e mutuo condizionamento, in cui un ruolo non secondario svolge l’apporto della elaborazione teorica, di provenienza sia dottrinale che soprattutto giurisprudenziale ai diversi livelli. Sicchè alla fine il diritto storico, c.d. effettivo, che governa i rapporti di famiglia, sempre si costituisce e atteggia come sistema mobile, aperto in equilibrio instabile, mutevole e sempre spostabile, e anche in ragione di ciò sempre e continuamente rinnovantesi in un processo senza sosta né fine».

³⁷ Sul punto cfr. E. CALÓ, *Sul matrimonio omosessuale un grand arrêt della Cassazione: come dovrà ora comportarsi il Notaio?*, nota a Cass. civ., sez. I, 15 marzo 2012, n. 4184, in *Notariato*, 5/2012, 504 ss., 516, il quale fa notare che «Se non si riesce a far passare alcun progetto di convivenza omosessuale (il modello francese di Pacs sarebbe l’ideale) quale senso può avere cimentarsi sul matrimonio omosessuale? Anziché vagheggiare un impossibile



gari garantendo a queste “unioni non convenzionali”, nel rispetto del principio sacrosanto dell’autonomia contrattuale, la possibilità di disciplinare, nel modo che ritengano più opportuno, i propri rapporti, non solo personali, ma anche patrimoniali³⁸, tramite specifici “contratti di convivenza”, strumenti, oggi atipici, ma, un domani, chissà, magari tipici e tipizzati³⁹.

Perché non riconoscere, infatti, ai conviventi la possibilità di regolamentare anticipatamente, *ex art* 1322 co. 2 c.c., i propri rapporti sia personali che patrimoniali, mediante accordi *ad hoc*. Un utile appiglio normativo nel primo caso (rapporti personali) potrebbe essere l’art. 144 c.c. relativo all’indirizzo della vita familiare e residenza della famiglia”, appositamente rivisto in modo da poter disciplinare anche i rapporti tra coppie omosessuali.

Un discorso analogo potrebbe farsi con riferimento ai rapporti patrimoniali, in tal caso sarebbe auspicabile riformare il disposto dell’art. 162 c.c., in modo da poterlo applicare anche a tutte le famiglie di fatto (eterosessuali e non)⁴⁰.

Tali convenzioni, quindi, dovranno essere redatte da un notaio mediante atto pubblico, alla presenza obbligatoria dei testimoni, il tutto a garanzia della massima regolarità e trasparenza e sotto il controllo di legalità del notaio⁴¹.

D’altronde, è innegabile che, in un mondo globalizzato in cui tutto scorre alla velocità della luce⁴², in cui le riforme strutturali sono necessarie come “l’acqua nel deserto” per consentire al nostro Paese di stare al passo coi tempi, è sempre più avverti-

cui non siamo nemmeno tenuti (il matrimonio omosessuale) cerchiamo di far passare una disciplina legislativa decorosa delle convivenze registrate. Senza una tale disciplina, non sapremo quale trattamento attribuire ai diversi moduli familiari ormai riconosciuti in quasi tutti i Paesi europei, e per di più ci troveremo a emanare sentenze che finiscono per non soddisfare nessuno. La colpa sarà pure del legislatore – lo è – ma è anche della mancanza di sano realismo di un ambiente molto propenso a discutere sui massimi sistemi, ignorando i bisogni dei singoli e delle coppie.

³⁸ Condivide tale impostazione, con riferimento alle famiglie di fatto, anche A. FALZEA, *Problemi attuali della famiglia di fatto*, cit., 157, il quale espressamente afferma: «Io ho ritenuto di suggerire che a tali accordi non possa e non debba essere negata rilevanza per il diritto, sia nel loro contenuto personale sia in quello patrimoniale. Ho ritenuto inoltre di proporre che il contenuto di tali accordi, ove manchi lo scritto, possa essere desunto dal comportamento reale dei coniugi nella loro vita comune, come espressione di una loro concorde volontà attuas».

³⁹ In tal senso C. MAZZÙ, *La famiglia degli affetti*, cit., 25 ss., 26, ove l’A. sottolinea che «È fatale che questo diventi terreno di scontro tra concezioni di vita diverse, se non diametralmente opposte; ma è altrettanto evidente che la soluzione non si trova radicalizzando il conflitto, ma ancorando il problema alle dimensioni esistenziali di una realtà sociale, la cui complessità attenua gli elementi di rigidità ed incoraggia espressioni culturali improntate alla regola della tolleranza e della solidarietà».

⁴⁰ In proposito cfr. C. VERDE, *Profili evolutivi dell’autonomia negoziale nelle relazioni di tipo “familiare”*, cit., 52, il quale, in ambito di convivenze in genere e dunque anche di quelle omosessuali, consiglia di «prevedere un sistema snello, che non toccando in nulla la disciplina dettata per la famiglia legittima laddove “tuteli” interessi non disponibili per il singolo, consenta ai conviventi di regolare i rapporti patrimoniali come essi ritengono, con il solo limite della prevalenza dei diritti della prole di minore età».

⁴¹ Per il principio di simmetria delle forme, discorso analogo andrà fatto in caso di modifica o scioglimento della convenzione di cui si tratta.

⁴² Rilevante sull’argomento l’autorevole opinione di F. GALGANO, *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Bologna, 2005, 93, ove si evidenzia che «La realtà presente è sempre più mutevole nel tempo e sempre più uniforme nello spazio. Di qui la limitata attitudine della legge nazionale alla innovazione giuridica: l’economia contemporanea è un’economia transnazionale, in antitesi con il carattere nazionale dei sistemi legislativi, ed è un’economia in continua trasformazione, la quale reclama flessibili strumenti di adeguamento del diritto ai mutamenti della realtà, in antitesi con la rigidità delle leggi. In una società transnazionale in rapida trasformazione il principale strumento della innovazione giuridica è il contratto. Le concezioni classiche del diritto non collocano il contratto fra le fonti normative; ma, se continuassimo a concepire il contratto come mera applicazione del diritto, e non come fonte di diritto nuovo, ci precluderemmo la possibilità di comprendere in qual modo muta il diritto del nostro tempo».



ta la necessità di una riforma del diritto di famiglia⁴³ in un'ottica di armonizzazione comunitaria⁴⁴.

Per altro verso, però, è anche vero che queste trasformazioni continue del diritto, in un certo senso, suscitano anche un senso di inquietudine e sgomento: il legislatore non può più demandare all'operatore del diritto la risoluzione delle problematiche moderne in modo da riparare alla sua ormai atavica inerzia⁴⁵. Bisogna, oggi più che mai, trovare il coraggio di effettuare scelte, se non rivoluzionarie, quantomeno coerenti con le esigenze che promanano dalla società, in modo da garantire l'uguaglianza a cui qualsiasi soggetto di diritto aspira e l'equità necessaria nella valutazione dei nuovi fenomeni giuridico/sociali⁴⁶.

⁴³ Sul punto precursore è stato V. SCALISI, *Il nostro compito nella nuova Europa*, cit., 8, ove si dichiara in modo netto che «Dopo la persona, è la famiglia l'altra grande e urgente sfida per l'Europa. In un tempo di relazioni fattesi sempre più "liquide", nel quale il concetto stesso di famiglia, più che in crisi di identità, sembra essersi quasi dissolto e volatilizzato, la creazione anche in questa materia di un sistema europeo di regole e principi uniformi è più che una necessità: è un dovere. Ogni astensionismo sarebbe imperdonabile».

⁴⁴ Sull'argomento cfr. R. RASCIO, *Il diritto civile europeo tra ricerca dell'unità e tradizioni nazionali*, in *Il ruolo della civilistica italiana nel processo di costruzione della nuova Europa*, cit., 159 ss., 167, ove si precisa che «[...] non credo utile né possibile giungere alla formazione del diritto civile europeo (sia anche del solo diritto del contratto e delle obbligazioni) in un'unica puntata [...]. In qualche modo si lega a questa affermazione la preferenza, che dichiaro senza riserve, per l'ipotesi della formulazione di principi, in luogo di un testo onnicomprensivo, particolareggiato ed esauriente, che abbia cioè le caratteristiche canoniche di un tradizionale codice».

⁴⁵ Sul ruolo dei giudici nell'epoca moderna come "creatori di diritto" si rinvia a F. GALGANO, *La globalizzazione*, cit., 95, il quale afferma che «Bisogna anche dire che alla scarsa propensione dei legislatori nazionali alla integrazione internazionale del diritto si contrappone un opposto atteggiamento dei giudici nazionali, i quali tendono a farsi organi di una società civile internazionalmente integrata. Antiche posizioni, che sembravano definitivamente acquisite, sono state abbandonate». Lo stesso A. aggiunge (98) che «A questo modo la giurisprudenza apre le frontiere nazionali alla circolazione internazionale delle figure giuridiche: valuta come conformi all'ordine pubblico norme straniere prive di riscontro nel diritto nazionale, se provenienti da paesi di civiltà giuridica affine; valuta come meritevoli di tutela anche nel diritto interno interessi già valutati come meritevoli di tutela in paesi di civiltà giuridica omogenea. L'antica intuizione di Hegel, sull'essere il giudice organo della società civile piuttosto che organo dello Stato, manifesta oggi tutta la propria valenza: la manifesta nel momento in cui la società civile diventa società globale, della quale il giudice mostra la propensione a farsi organo».

⁴⁶ Non dimentichiamoci che, come correttamente rilevato, viviamo nella *cd.* "età dei diritti": «Le definizioni non ci parlano soltanto di uno «Stato di diritto», bensì di uno «Stato dei diritti»; l'istituzione di uno «spazio dei diritti» individua un connotato essenziale dello Stato costituzionale», in tal senso v. S. RODOTÁ, *Il diritto di avere diritti*, Editori Laterza, Roma-Bari, 2012, 41, il quale parla di "mondo nuovo dei diritti" e mette in risalto che «[...] libertà e diritti accompagnano la nascita del cittadino moderno, definiscono un ordine politico e simbolico interamente nuovo». L'A. aggiunge (42), inoltre, che «La dimensione dei diritti, però, ci appare al tempo stesso fondativa e fragilissima, perennemente insidiata da restaurazioni e repressioni, tese a cancellare o limitare proprio l'insieme degli strumenti che dovrebbero garantire al cittadino le massime possibilità di sviluppo autonomo».



THE RIGHT OF UNILATERAL TERMINATION. THE RIGHT OF WITHDRAWAL

MONICA LUPĂȘCU

SUMMARY: 1. Terminology. – 2. Applicability. – 3. Means of exercising. Additional prices. Supplementary prices. – 4. Calculation of the period of termination/withdrawal. Expansion. Forfeiture. – 4.a. the 10 working days have become 14 calendar days. – 4.

b. the 90 days became 12 months. Extension of the termination/withdrawal period, or extension of the consumer information period?.

ABSTRACT: This study aims at making a comparative analysis between the contents of Directive 1997/7 and Directive 2011/83, respectively, transposed in Romania. Directive 2011/83 has recently been implemented as part of the internal legislation, through the adoption of Government Emergency Ordinance no. 34/2014. The study only identifies a part of the modifications that occurred following what can be called a ‘re-launch’ of the right of withdrawal, recognized for consumers who enter distance or off-premises contracts.

1. One of the most important aspects of the new consumer protection law (GEO 34/2014 on consumer rights in regards to contracts concluded with professionals) is, of course, the greatly ‘right of withdrawal’, which is discussed at a normative level through the retrieval and reconsolidation of the former ‘right of termination’ found in the previous GO 130/2000 on the protection of consumers in respect of distance contracts.

Before talking about its applicability, one obvious fact needs to be pointed out, namely, the fact that we are dealing with at least one terminological modification: the right recognized to consumers is, according to the current legislation, of withdrawal, and not of termination. This differentiating aspect is most likely to be found only in the Romanian transposition of Directive 97/7 on the protection of consumers in respect of distance contracts, and of Directive 2011/83 on consumer rights, as in both European regulations this right is discussed using of the same term – ‘withdrawal’, ‘the right of withdrawal.’ This is important because having a difference in terminology that is due to a difference in translation of a European regulation, may indicate the fact that between the concept of right of withdrawal, on one hand, and the right of termination, on the other, there are no fundamental differences, as we are talking of the same legal institution.

If, however, in relation to the contents of the European directives, the same concept is approached, at least formally, the particularity of the right of termination, as it appears in the consumer protection legislation, presents essential differences to the classic legal institution of termination recognized by the Romanian civil code (art. no.1276-1277). As we know, the particularity of unilateral termination clauses is that they operate exclusively *ex nunc*, once they are in effect, the contract is considered terminated only in the future, without any influence on what happened in the past. One initial effect would be that the performance executed under a unilaterally termi-



nated agreement, remain gained by the party who received it. In addition, it is also considered that the clause through which a contractor was given the right to unilaterally terminate the contract, must NOT be confused, regardless of the name it is found under, with the clause of rescission, the effect of which results in the termination of the contract, usually with an *ex tunc* effect. Unilateral termination or repudiation (art. 1545 New Romanian Civil Code) does not mean a withdrawal of consent *ab origine*, because the party that exercises it wants to cease execution of the contract only in the future.

I have mentioned all those non-characteristics of the institution of termination to make an easier differentiation between it and the concept with the same name, found in GO no.130/2000 (the previous law). If we take into account the method in which the right of termination is exercised, as it was regulated in the previous law, we will observe that its main effect was, on the contrary, the retroactive dissolution of the contract. Activating the right of termination, in the form guaranteed by the consumer protection law, **did not operate only in the future, but directly reached the consent, it made its way to the origin of the contract.** The consumer had the possibility to exercise this right regardless of the other party's performances, and in fact, this happened more often because, as a result of exercising this right, it was possible to refuse the product/service **already** delivered by the seller/provider.

<p>GO 130/2000 on the protection of consumers in respect of distance contracts</p>	<p>GEO 34/2014 on consumer rights in regards to contracts concluded with professionals</p>
<p>Article 7 – (1) The consumer has the right to unilaterally terminate the distance contract within 10 working days, without penalty and without giving any reason</p>	<p>Article 9 The right of withdrawal</p> <p>(1) Save where the exceptions provided for in Article 16 apply, the consumer shall have a period of 14 days to withdraw from a distance or off-permises contract, without giving any reason (...)</p>

If we take into account the abovementioned aspects, one can reach the conclusion that the differences in terminology between GO 130/2000 and GEO 34/2014 are not exactly random. The use of the term “withdrawal” are not “termination”, emphasizes the fact that we are not dealing with the institution of termination, or that, at least, the effects of exercising the right recognized by the consumer protection are different, with aim towards the retroactive dissolution of the contract between parties, and not just in the future, a fact that brings it closer to the **institution of termination**, especially if we consider its link to the consent.

As you can see, the right regulated in the previous legislation under the name of ‘right of termination’ has the same effects as the right regulated by GEO no



34/2014; the different terminology is the means by which the legislator has seen fit to warn regarding some specific (and special) effects of this form of termination, compared to the unilateral termination regulated in the New Romanian Civil Code.

Concretely, we could consider that by exercising the right of withdrawal, a real dissolution of the distance contract occurs. The consumer has the possibility, even after the conclusion of the contract, to dissolve the entire agreement, a fact that presents itself as an exceptional situation to the rule of binding force and contractual symmetry, principles on the basis of which the irrevocability cannot be accepted in its unilateral form. For a more detailed explanation of the exceptional character of the withdrawal provisions, one can consider the fact that the decision of withdrawal is made (of terminating the contract) **after** the moment in which the acceptance of the offer has reached the recipient (within the 14 days AFTER the conclusion of the contract); this is prohibited by the imperative norms of Article 1199 New Romanian Civil Code, which attests that: “after this time, the issue of withdrawal is out of the question, much less that of revocation, because once the acceptance has been received, the contract is considered concluded and it is already governed by the binding force principle”¹.

¹ LIVIU POP, *Tratat Elementar de Drept Civil* (2012).



2. The right of withdrawal is not only recognized for consumers in respect to distance contracts (including online) but also to those who conclude off- premises contract. There are only four situations that are limitedly prescribed by the law, and which fall within the sphere of off-premises contracts, and these are identified by article 2, point 8 of GEO 34/2014:

a) the contract is concluded in the simultaneous physical presence of both the professional and the consumer in a place that is not the commercial premises of the professional;

b) the contract is concluded as a result of an offer from the consumer under the same circumstances as mentioned in point a);

c) the contract is concluded in the professional's commercial premises or through other means of distance communication, immediately after the consumer was approached personally and individually, in a place that is not the commercial property of the professional, in the simultaneous physical presence of both him as well as the consumer;

d) the contract is signed during the course of an excursion organized by the professional with the purpose or effect of promoting and selling products or goods to the consumer.

Points a, b and d) clearly describe circumstances in which, without a doubt, we are not dealing with distance contracts, the texts expressly mentioning the physical and simultaneous presence of both parties (either expressly, or deduced from the text in point d)). As opposed to these paragraphs, point c) identifies a situation that is on the edge between distance contracting and the contracting in which the consent is made through the physical presence of the parties. The contract is concluded at a distance, but there were no means of distance communication, the approach being made in person, prior to the conclusion, thus implying the physical presence of the contracting parties. I highlighted the fact that distance communication was not exclusively used in order to emphasize the fact that this contract would not have been considered at a distance anyway, because it did not meet the defined conditions for this type of contract: "any contract concluded between the trader and the consumer under an organized distance sales or service-provision scheme without the simultaneous physical presence of the trader and the consumer, with the exclusive use of one or more means of distance communication up to and including the time at which the contract is concluded."

I will dwell exactly on the particularity described in point c), because it transcribes the legislator's preference, who, in order to avoid a conflicting interpretation, also regulated the situation in which the contract is concluded through means of distance communication after the moment in which the consumer has been approached personally and individually, in a place that is not the commercial property of the professional (the trader). Therefore the moments prior to concluding the contract, in which the parties (the consumer and the professional, respectively) address each other offers, have a relevance for the applicability of this provision, as well as for the recognition of the right of withdrawal.

This regulation, meant to end the interpretation of the previous legislation that left this circumstance uncovered, is beneficial first and foremost for the consumer, whose rights will no longer only be recognized in typical situations, such as online contracting, in which distance communication is used throughout the entire pre-



contractual period (as it is mentioned in the above definition), meaning that it includes the period BEFORE the date that the law considers to be the conclusion date of the contract.

3.

GO 130/2000 on the protection of consumers in respect of distance contracts	GEO 34/2014 on consumer rights in regards to contracts concluded with professionals
<p>Article 7 – (1) The consumer has the right to unilaterally terminate the distance contract within 10 working days, without penalty and without giving any reason. The only charges that may be made to the consumer because of the exercise of his right of withdrawal is the direct cost of returning the goods</p>	<p>Article 9 The right of withdrawal (1) Save where the exceptions provided for in Article 16 apply, the consumer shall have a period of 14 days to withdraw from a distance or off-permises contract, without giving any reason and without incurring any costs other than those provided for in Article 13 (3) and Article 14.</p>
	<p>Article 13 (3) Notwithstanding paragraph (1), the trader shall not be required to reimburse the supplementary costs, if the consumer has expressly opted for a type of delivery other than the standard delivery offered by the trader.</p>
	<p>Article 14 (2) The consumer incurs only the direct costs of returning the goods, with the exception of the case in which the trader agrees to pay those costs or in which the trader has failed to inform the consumer that the consumer will be liable to pay these costs.</p> <p>(3) The consumer shall only be liable for any diminished value of the goods resulting from the handling of the goods other than what is necessary to establish the nature, characteristics and function-</p>



	ing of the goods. The diminished value of the goods should not discourage the consumer to exercise his right of withdrawal. The consumer shall in any event not be liable for diminished value of the goods where the trader has failed to provide notice of the right of withdrawal in accordance with point (h) of Article 6(1).
--	---

As one can observe from the above-mentioned definition, the right of termination, and withdrawal, respectively (in the current law) represents the possibility given to the consumer of withdrawing from a contract concluded at a distance, or off-premises, without motivating his decision. The final mention is important (“without motivating his decision”) and emphasizes the fact that recognition does not only operate when the deficiencies of the goods are noticed, or any other lack of fulfillment of the trader/party’s obligations, making it clear that we are not dealing with a termination, but with a contractual withdrawal, a withdrawal of consent – a form of ‘changing one’s mind’ regarding the contracting and all its elements – as I said, a true dissolution of the entire contract.

Regarding the right regulated in the previous law, in addition to not needing to provide a reason, the consumer’s right to not have any penalties imposed upon him is recognized, and it is expressly provided that the only costs the consumer will be liable for are the “direct cost of returning the goods” – meaning the costs of transportation.

The provisions of the previous regulation had as an effect an elimination of the cases in which the right in question, although recognized by the law, was actually limited by the providers/traders to services/products purchased at a distance, by compensation clauses that would be applicable to the consumer who would exercise his right of termination. The clear mention in the text that there will not be any “other penalties” imposed upon the consumer, refers and was applicable expressly in those situations, which had become a frequent practice and that, without such a clear mention, would affect the correct application of the law’s provision, implicitly the right of termination.

As opposed to the previous regulation, the text of GO 34/2014 uses a different expression, in the sense that those penalties are no longer expressly provided, only stating the fact that the consumer will not be liable for ‘any costs other than those provided for in Article 13(3) and Article 14.’

The sphere of what these ‘costs’ mean is identified by reference to certain elements expressly not included in it, such as those provided in article 13, paragraph 3, and article 14, respectively. In other words, from the interpretation of the law’s text, one can understand that, outside of the return costs (by other means of transport,



other than the standard) and the diminished value of the goods as a result of their sending/receiving, other costs cannot be imposed to the consumer.

In one opinion, the wording used in the text of the new law and the lack of any disposition that expressly includes ‘penalties’, are clues of the fact that the new legislation in the field would allow compensation clauses to be imposed to the consumer if he exercises the right of withdrawal. However, between the concept of ‘penalty’ and ‘additional cost’ (meaning any other costs imposed in addition to the selling price) there are real semantic differences, as the penalties are not considered supplemental prices/costs, but means of constraint, methods of sanctioning the failure to execute the contract.

Given the correlation between the institution of penalties and that of contractual rescission, another reason for which the current law no longer mentions penalties, could be the fact that these (the penalties) correspond exclusively to the situation in which the contract is terminated as a result of the failure to fulfill some obligations, whereas the unilateral termination and withdrawal rights are not correlated with the incidence of a situation in which the other party fails to fulfill its obligations. The termination, as well as the possibility of withdrawal, is recognized regardless of the manner in which the other party fulfills its contractual obligation, and it is understood that any consumer will be able to exercise this right, including in the case in which the other party fulfills its obligations completely, this being the most frequent situation. The effect is specific, as I’ve mentioned before, and extends to the origin of the contract, being equivalent to a withdrawal of consent.

Another difference between the previous legislation and the new one is the fact that the new law no longer considers diminished value costs as costs that CANNOT be imposed. Through an interpretation per a contrario, it is clear that these types of costs can be imposed to the consumer and it’s important to note that the text does not refer to the costs of the diminished value owed by returning the product, but to the costs of diminished value resulting from product handling, an action that, without a doubt, is made not only upon return, but upon sending the product as well. In other words, if a product that was purchased online is subject to transportation and multiple handovers until the consumer receives it and, as a direct result of these actions, the product’s sale value is diminished, the only person who will bear the price difference will be the consumer; although the handling obligation and its risks are borne, at least in principle, by the seller, until the date of receipt.

4. Calculation of the period of termination/withdrawal. Expansion. Forfeiture.

4.a The previous law provisioned 10 working days for exercising the right of termination. The modification incurred by the transposition of Directive 2011/83 indicate a term of 14 days without any mention regarding their type – working or calendar, and it is important to find out and see how this difference in the number of days is explained, and what effects it has on the calculations of the related periods.

A first certainty is the fact that, in certain situations, the 10 working days that the previous legislation mentioned, actually represented 14 calendar days. For example, if we consider the day of October 10th, 2014 as a starting day, the termination period would expire, according to the previous legislation, on the 23rd of the same



month. Given this example, the termination period of 10 working days means, in actuality, 14 calendar days – if we take into consideration the starting date, October 10th, as well as the expiration date, October 23rd.

Since I noted earlier that the equivalence of the 10 working days in 14 calendar days does not have a general nature, it needs to be mentioned that there are situations in which those 10 working days are “translated” into only 12 calendar days; an example would be the case in which the calculation is made with a starting date on November 10th and an expiration date on November 21st, 2014.

The first aspect that can be noticed is that, without a doubt, in real -life application, these periods could be longer or shorter for certain consumers, with the possibility that the trader/service provider to intentionally inform or establish the contract conclusion date, or the date on which the product was received, the first day of the week, and not the last; this would have the purpose of allowing the consumer’s right to expire after 12 calendar days, not 14.

There is another fact that needs to be taken into account: in addition to the non-working days at the end of each week (Saturday and Sunday) each state’s legislation recognizes as non-working days, religious or national holidays that cannot be taken into account when establishing the period for the right of unilateral termination. Therefore, if in addition to those two Saturdays and two Sundays after the beginning of the withdrawal period, one or more national holidays occur, the number of working days can even exceed 14 calendar days. A concrete example is one in which the period calculated from the starting date of November 28th, until December 12th, 2014; this period, in addition to the two Saturdays and Sundays, also includes the date of December 1st (Romania’s Great Union Day), which is also considered a non-working day. In this situation we are dealing with 15 calendar days, in which the consumer would have had the right to submit his withdrawal request.

If we take this aspect into account and we consider that, at least at an initial interpretation, the 14 -day term that is mentioned in GEO 34/2014 in reality represents 14 calendar days, we could conclude that the purpose of this modification is to make the calculation rule **more uniform and independent of the incidence of days considered non-working in some Member States and working in others.**

Therefore, for an online store that sells products in both Romania, as well as Italy, for example, according to the new legislation, regardless of the date on which the calculation starts, and regardless of the number of national days recognized by only one of these two countries, the withdrawal period is the same and will expire within **14 days** from the contract’s conclusion, or **from the date on which the product is received.**

The new legislation establishes a much wider variety of starting dates than the ones indicated above, according to article 9, paragraph (2), but what I truly wanted to emphasize is the fact that, in actuality, this modification does not regard the concrete number of days, this remaining somewhat the same, but a uniform interpretation as to what a withdrawal period is, regardless of the consumer’s citizenship, the sellers location, or the incidence of several non-working days in certain periods of the year.

GO 130/2000	GEO 34/2014
-------------	-------------



The period of 10 days provided for exercising this right shall begin:

a) in the case of goods, **from the day of receipt** by the consumer where the obligations laid down in Article 4 have been fulfilled;

b) in the case of services, from the **day of conclusion of the contract** or from the **day on which the obligations laid down in Article 4 were fulfilled**, provided that this period does not exceed 90 days.

Article 9. (2) Without prejudice to Article 10, the withdrawal period referred to in paragraph (1) shall **expire** in 14 days from:

(a) in the case of service contracts, **the day of the conclusion of the contract;**

(b) in the case of sales contracts, the day on which the consumer or a third party other than the carrier and indicated by the consumer **acquires physical possession of the goods** or:

(i) in the case of multiple goods ordered by the consumer in one order and delivered separately, the day on which the consumer or a third party other than the carrier and indicated by the consumer **acquires physical possession of the last good;**

(ii) in the case of delivery of a good consisting of multiple lots or pieces, the day on which the consumer or a third party other than the carrier and indicated by the consumer **acquires physical possession of the last lot or piece;**

(iii) in the case of contracts for regular delivery of goods during defined period of time, the day on which the consumer or a third party other than the carrier and indicated by the consumer acquires physical possession of the **first good;**

(c) in the case of contracts for the supply of water, gas or electricity, where they are not put up for sale in a limited volume or set quantity, of district heating or of digital content which is not supplied on a tangible medium, **the day of the conclusion of the contract.**



	<p>(3) the <u>contracting parties shall perform their contractual obligations during the withdrawal period</u> in accordance with this emergency ordinance.</p>
--	---

4.b

Omission of information of the consumer	Article 10. Omission of information of the consumer
<p>Article 7 (2). In the event in which the trader has failed to transmit to the consumer the information provided in Article 4, the term for the unilateral termination of the contract in of 90 days and it shall begin:</p> <p>a) for products, from the day of receipt by the consumer;</p> <p>b) for services, from the day of the conclusion of the contract.</p> <p>(3) If during the period of 90 days the information provided in Article 4 are provided to the consumer, the period of 10 working days for the unilateral withdrawal of the contract shall begin from that moment.</p>	<p>(1) If the trader has not provided the consumer with the information on the right of withdrawal as required by point (h) of Article 6 (1), the withdrawal period shall expire 12 months from the end of the initial withdrawal period of 14 days.</p> <p>(2) If the trader has provided the consumer with the information provided for in paragraph (1) of this Article within 12 months from the day referred to in Article 9 (2), the withdrawal period shall expire 14 days after the day upon which the consumer receives that information.</p>

In order to calculate the period in which the right of termination could have been exercised, the text from GEO 130/2000 indicated as a starting point, in Article 7, the day on which the products were received, in the case of product sale, and the date of the conclusion of the contract, in the case of services, respectively. As I mentioned in the previous point, the current legislation awards more importance to identifying as many instances of contracting with consumers as possible, other starting dates being established as well, according to the nature of the product/service and the type of contracting – Article 9 (2), as it can be seen in the above table.

But what is important to analyze in the context of these articles that have been subject to an obvious modification from GO 130/2000, is that **extension of the termination/withdrawal period** in the case of failure to inform the consumer, which, in its initial form, was of 90 days and in GEO 34/2014 became 12 months.



In order to understand the changes and the effects of the new regulation, I considered it appropriate to relate to the provisions of the previous law, namely Article 7 paragraphs (2) and (3).

Paragraph 2 of Article 7 mentions a first exceptional situation from the 10-working-day rule of unilateral termination, the legislator establishing that, in the case **in which the seller or the provider omitted to inform the consumer in accordance with Article 4, the termination period was extended to 90 days**. As an **apparent** sanction for the trader, in the case in which he would fail to fulfill his obligations of information, the consumer would have benefitted of far more days than the 10 working days established as a rule. I emphasized “apparent” because, for a correct interpretation, we need to take into account not only the text of paragraph 2, but also the provisions of the entire normative act, as a whole; in this case the corroboration with the following paragraph (3) is relevant, where it is mentioned that, in the case in which the information occurs during the 90-day period, ‘the 10 day period shall begin from that moment.’

In other words, the so-called penalty for late information was NOT applied in the case in which the seller/provider would have informed the consumer within the 90-day period following the contract’s conclusion, because, as it is clearly mentioned in the text, in this situation, **the termination period is still 10 working days, and not 90**. Even if the seller fails to notify the consumer correctly, and only does so on day 89, for example, the termination period will be the same, 10 working days, calculated, it’s true, from the moment of complete transmission of the information.

Moreover, and considering paragraph 2 from the interpretation of which we started, only the consumer who is not notified at all, or who is notified with a delay greater than 90 days, will benefit from the extension of the 90-day period, this second paragraph applying only in those situations that are not regulated through paragraph 3.

In other words, the 90-day period that the text was referring to was more of an advantage for the seller/provider, practically acting similar to an additional grace period awarded to him, in order to fulfill the obligation from Article 4, that of informing the consumer.

The only circumstances in which the consumer would have benefitted from an extension of the termination period, being the ones in which the seller failed to inform him at all, or informed him with a delay greater than 90 days.

Compared to the concrete situation, it is understood that the circumstance in which the seller does NOT inform the consumer at all, cannot be taken into consideration; it can be assumed that the second paragraph of Article 7 is applicable only in the situation in which the consumer is informed with a delay of more than 90 days. But this situation, although it would apparently create an advantage for the consumer, is also inequitable because, according to the rules established in paragraph (2), **the 90 days are calculated from the date on which the product is received**.

In other words, although the seller fulfills his own obligations with a delay of over 90 days, the consumer still does not benefit from the entire 90-day period in which he can exercise his right of termination; the reason is because the calculation of this period considers a date that most likely occurred at the same time as the contracting date. For the sake of the explanation’s relevance, we will consider the concrete case of a service provider who has a delay of information greater than 90 days,



however, fulfilling his obligation on day 150, calculated from the date of the contract's conclusion.

Although we are dealing with a clear situation in which the consumer is at a disadvantage – the 90 days mentioned in paragraph (2), of which the consumer should have benefitted in a compensatory manner, in the event in which the obligation of information went unfulfilled for a period longer than 90 days – are purely theoretical, as in most cases the consumer cannot benefit from this so-called extension period. Considering the concrete case, as the one above, due to those 150 days that passed from the contract's signing date (which means the delay is greater than 90 days), from an initial interpretation, one can assume that that consumer is no longer even entitled to formulate a withdrawal request, because those 90 days have already expired, since they are calculated from the date of the conclusion of the contract, and not from the date of information.

Somewhat unjustified, in the worst case scenario – that in which not only there is a delay longer than 90 days, but a complete omission (if one can call it that) of the information – not only that it is not translated as a penalty to the trader, but also robs the consumer of the possibility to exercise his right of withdrawal.

One can argue that beyond the 90-day limit, there was actually no right of termination, regardless of the contractual behavior of the trader.

In another opinion, one could say that it is somewhat equitable to not award any additional benefit to the consumer, including, evidently, the benefit of exercising his right of termination after a period greater than 90 days, arguing that the contracting period is long enough, and the performance of the other party is consistent enough to consider the contract as being accepted by both parties. Still the right of termination shouldn't have been correlated with the existence, or non-existence of the trader's performance, as the purpose is the protection of the consumer, regardless of the fulfillment of any obligation by the other party. **Moreover, the text was also talking about a so-called extension of the termination/withdrawal period.**

So, in actuality, under the previous legislation, there was no penalty system against a trader that failed to fulfill his obligations and, on the contrary, there was a very clear provision that awarded him an additional benefit, namely, the right to present the information necessary for the contracting with a delay of 90 days compared to the conditions given in Article 4.

The new law

Compared with the text of the old law, it's obvious that we are dealing with at least one modification namely the extension of the 90-day period to 12 months, in the case in which the trader fails to inform the consumer (in the new law, the term 'trader' is substituted with the term 'professional'). We will not be talking about an extension of the right of withdrawal in this case either, as the provisions of the new law have largely the same normative scheme that was under consideration for the right of termination.

What are the specific changes?

- the term. Similarly to Article 7, paragraph (2) and (3) from GO 130/2000, the provisions of paragraph (1) of Article 10 from GEO 34/2014 establish the condi-



tions under which the right of withdrawal can be exercised in the event of failure to inform, or delayed information of the consumer. A withdrawal period that expires in 12 months, from the end of the initial period of 14 days, is provisioned.

Paragraph (2) of the same Article 10 regulates the situation in which the information is transmitted toward the consumer, but with a delay that cannot exceed 12 months. Because paragraph (2) refers to the particular case of omission to inform within a certain period, we will consider that, as in the previous law, paragraph (1) involves a larger, general, sphere of applicability, which excludes the situation presented in paragraph (2). In other words, in relation to the special text of paragraph (2), the only interpretation of paragraph (1) is that the text takes into account the situation of omission (the complete lack of information) or of a delay that is greater than 12 months.

The method of calculation of the applicable period, in the case of failure of information, is slightly modified from the previous situation.

The withdrawal period is considered to expire in 12 months from the end of the initial period of 14 days. For this first situation mentioned in paragraph (1) of Article 10, we will consider the concrete case of a transaction concluded on June 16th, 2013, for which the so-called withdrawal period would expire on June 30th, 2014 (June 16th + 14 days + 12 months). As previously shown, this paragraph is solely applicable in the situation in which the trader does not inform the consumer AT ALL, or he transmits the information with a delay greater than 12 months. Therefore, for a service transaction concluded on June 16th, 2013, the withdrawal period expires on June 30th, 2014, regardless of whether the consumer was informed with a (maximum) delay of 14 days over the 12 months, or NOT AT ALL.

So, compared to the previous legislation, that resulted in an absence of the right of termination in the cases in which the notification was delayed more than 90 days, in the current regulation, an additional 14 days are granted in which the consumer can exercise his right of withdrawal. In other words, even in the worst case of omission to inform the consumer, he still has the possibility to withdraw from the contract, but in a period that cannot be longer than 14 days, if, of course, the actual date of information is taken into account. Indeed, in the case in which there is a delay of only one day over the 12 months specified in paragraph (2), the consumer can benefit fully of those 14 days, but the withdrawal period becomes smaller, as the delay of the transmission becomes larger, even reaching a situation identical to the one provided in the previous legislation, in which the consumer no longer benefits of any right if the trader delays the information by more than 14 days over those 12 months.



L'AUTONOMIA DECISIONALE DEL MINORE DI FRONTE AL TRATTAMENTO MEDICO: UN CONFRONTO FRA I SISTEMI GIURIDICI ITALIANO E SVIZZERO¹

CHRISTIAN CROCETTA*

SOMMARIO: 1. Le Carte dei diritti dei minori ospedalizzati. – 2. La capacità di discernimento del minore nell'ordinamento giuridico svizzero. – 3. L'autonomia decisionale del minore capace di discernimento nell'ordinamento svizzero. – 4. La decisione riguardante il minore incapace di discernimento nell'ordinamento svizzero. – 5. L'autonomia decisionale del minore di fronte al trattamento sanitario nell'ordinamento italiano. – 6. Le decisioni giurisprudenziali in materia di trattamento sanitario del minore. – 7. Le posizioni dottrinali: a) la prevalenza *de iure condito* della responsabilità genitoriale. – 8. Le posizioni dottrinali: b) il consenso del minore capace di discernimento. – 9. Le posizioni dottrinali: c) il diritto di rifiuto/veto del minore capace di discernimento. – 10. Le posizioni dottrinali: d) il riconoscimento di un'autodeterminazione limitata al minore. – 11. Un'ulteriore proposta: un passo verso il riconoscimento dell'autonomia, pur dentro a un contesto «comunitario».

1. Il tema della capacità decisionale riconosciuta al minore ricoverato non è certamente una novità, da un punto di vista dottrinale, se si considerano le numerose discussioni emerse in questi anni in materia: tuttavia, inserito nel più ampio contesto dei diritti dei minori in ospedale e valutato in chiave comparatistica, questo diritto del minore a esprimere un proprio valido consenso in merito al trattamento medico cui dovrebbe essere sottoposto, appare ancora un terreno aperto e fecondo di possibili, ulteriori analisi e interpretazioni.

Risulta prodromicamente

interessante scorrere le numerose esperienze declaratorie in materia di diritti dei minori ospedalizzati e sottolineare gli apporti che, in alcune di esse, viene dato proprio al tema dell'autonomia decisionale del minore ricoverato².

Già nella prima esperienza in materia (*Carta europea dei bambini degenti in ospedale*, 1986), infatti, derivante da un'iniziativa del Parlamento europeo, si ritrova, all'art. 8, il riferimento al «diritto dei genitori o della persona che ne fa le veci a esprimere il consenso sulle cure alle quali il bambino è sottoposto». In conseguenza alle linee guida tracciate da questa carta europea, si arrivò a definire la più nota *Carta di EACH*

*Christian Crocetta è Professore di Diritto di famiglia e dei minori e incaricato di Legislazione dei servizi alla persona e Diritto del terzo settore presso l'Università IUSVE di Ve-Mestre, sede aggregata dell'Università Pontificia Salesiana, in cui riveste anche l'incarico di Coordinatore del Dipartimento di Pedagogia.

¹ Il presente lavoro ripercorre temi e contenuti trattati, in modo più ampio, nel volume C. CROCETTA, *I diritti e l'autonomia decisionale del minore in ospedale*, Bâle, Helbing Liechthnhan, 2014.

² Si consenta il rinvio a C. CROCETTA, *Per un nuovo codice dei diritti dei minori in ospedale. Reale necessità o ennesimo esercizio di stile?*, in *Rivista di Diritto Minorile*, aprile 2013, Hhttp://dirittominorile.it/public/approfondimento/86-62431.pdf



(1993)³, la quale riporta, all'art. 5, il diritto del bambino e dei genitori di essere informati e coinvolti nelle decisioni relative al trattamento medico.

Ancora più puntuale risulta, per i toni utilizzati, l'art. 8 della *Carta dei diritti del bambino in ospedale AOPI* (2005)⁴, nel quale si esprime il diritto del minore ad essere coinvolto nel processo di espressione dell'assenso/dissenso alle pratiche sanitarie che lo riguardano. Pur non parlando di consenso, si fa riferimento a un assenso/dissenso, che deve essere «progressivamente consapevole in rapporto alla maturazione del minore» e che la struttura deve sempre promuovere e ricercare, «anche e soprattutto attraverso le relazioni familiari».

Sulla stessa linea è riconducibile anche la *Carta dei diritti del bambino in ospedale dell'IRCCS "Bambino Gesù" di Roma* (2007) si ispira alla Carta AOPI, a cui l'Ospedale Pediatrico Bambino Gesù appartiene. Questa carta specifica, all'art. 7, il diritto del bambino di essere coinvolto nelle decisioni diagnostiche e terapeutiche che lo riguardano, specificando che «un assenso/dissenso progressivamente consapevoli in rapporto alla maturazione del bambino andranno sempre promossi e ricercati anche e soprattutto attraverso le relazioni familiari».

Di taglio più esplicito e con rimandi che fanno riferimento alla Convenzione internazionale sui diritti dell'infanzia (1989) e alla Convenzione di Oviedo (2006) è il *Codice del diritto del minore alla salute e ai servizi sanitari* (2013)⁵, che all'art. 13 prevede il diritto del minore «di essere coinvolto e di esprimere liberamente il proprio consenso

³ La Carta di EACH, nata dall'omonima Associazione EACH (*European Association for the Children in Hospital*), è caratterizzata da dieci articoli che contengono raccomandazioni direttamente collegate ai principi della CRC, principi valoriali che dovrebbero ispirare le attività degli ospedali pediatrici e dei dipartimenti di pediatria delle unità ospedaliere. Da segnalare le numerose iniziative che sono seguite a cura delle associazioni partner del coordinamento EACH, fra le quali merita menzione particolare l'iniziativa dell'associazione francese APACHE (*Association Pour l'Amélioration des Conditions d'Hospitalisation des Enfants*), che ha pubblicato per la prima volta nel 1992 la guida "*Enfant à l'hôpital? Suivez le guide*".

⁴ Tale Carta, nata sulla scorta di un impegno finalizzato alla promozione della salute, promosso dall'IRCSS "Burlo Garofolo" di Trieste, è stata dapprima adottata dalla Regione Friuli Venezia Giulia, come atto di indirizzo per tutte le aziende sanitarie del territorio regionale (d.g.r. FVG 1240/1998), poi, ripercorsa nei suoi principi nell'ambito del progetto di ricerca finalizzata del Ministero della Salute (RF 99/76/ "Formalizzazione della Carta dei diritti del bambino in ospedale e identificazione dei criteri di valutazione del rispetto dei diritti enunciati"), è stata assunta, nel 1999, da parte di altri tre importanti ospedali pediatrici italiani (IRCCS "Bambino Gesù" di Roma, IRCCS "G. Gaslini" di Genova e A.O. "Meyer" di Firenze), in collaborazione con l'ONG "Save the children". Nel 2001 l'attività di ricerca compiuta in materia ha portato alla definizione della versione attuale della "Carta dei diritti del bambino in ospedale", adottata nel 2003 dalla Conferenza Permanente degli Ospedali Pediatrici e Materno Infantili, poi trasformata, nel 2005, nell'Associazione degli Ospedali Pediatrici Italiani (AOPI), cui hanno aderito nuove realtà. L'AOPI è formata, ad oggi, da: IRCCS "Bambino Gesù" di Roma, IRCCS "Burlo Garofolo" di Trieste, IRCCS "G. Gaslini" di Genova, A.O. "Meyer" di Firenze, "Ospedale dei Bambini" di Brescia, Dipartimento di Pediatria dell'Ospedale Universitario di Padova, A.O. "Regina Margherita" di Torino, Presidio Ospedaliero "Salesi" di Ancona, Regione Puglia.

⁵ Questo "Codice", voluto da INDiMi (Istituto Nazionale per i Diritti dei Minori) e da numerosi partner di progetto (Garante nazionale per l'infanzia e l'adolescenza, ospedali pediatrici, associazioni e società pediatriche, ecc.) è stato presentato ufficialmente in un Convegno pubblico presso il Ministero della Salute il 6 febbraio 2013, con l'intento di ufficializzarne la nascita e richiedere al Ministero di poterlo recepire e trasformare in linee-guida, da applicare e rimodulare nelle singole realtà territoriali secondo le caratteristiche e le peculiarità locali, con una forma simile a quanto fatto dal DM Sanità 24.04.2000 rispetto alla già richiamata "Carta europea dei bambini degenti in ospedale", adottata nel 1986 con Risoluzione del Parlamento europeo. Il Garante nazionale per l'infanzia e l'adolescenza lo sta assumendo come linea guida di riferimento da proporre alle realtà ospedaliere.



o dissenso in merito a ogni decisione relativa alle pratiche sanitarie che lo riguardano, in ragione della sua capacità di discernimento». Discernimento che, come indica il 3° comma, è presente quando il minore «ha la capacità di comprendere e valutare la situazione che sta vivendo, le indagini diagnostiche e i trattamenti terapeutici a cui dovrebbe essere sottoposto, le conseguenze del suo consenso e del suo rifiuto, in modo da poter effettuare scelte consapevoli e libere». Compito di valutare la presenza di tale capacità ricade sul medico (o su altro operatore sanitario, per gli atti di cui è strettamente competente), il quale dovrà accompagnare e sostenere il minore in tutto il percorso di cura, in modo da instaurare il rapporto di fiducia e l'alleanza terapeutica fondamentale per affrontare la malattia.

Stiamo parlando, tuttavia, di esperienze declaratorie che rischiano di restare su un livello meramente declamatorio, se le singole realtà ospedaliere che vi si ispirano non provvedono, poi, a dotarsi di strumenti o modalità per attuarle e per valutarne l'effettiva concretizzazione.

Da un punto di vista più propriamente giuridico, risulta più interessante andare a confrontare le disposizioni vigenti nell'ordinamento italiano con le esperienze esistenti in altri sistemi normativi: qui si è deciso di soffermarsi, in particolare, sulle disposizioni in materia contenute nell'ordinamento giuridico svizzero, punto di riferimento e raffronto utile rispetto a quanto ad oggi previsto nella normativa italiana, in chiave anche evolutiva.

2. L'ordinamento giuridico svizzero fonda il tema dell'autonomia decisionale del minore in ambito sanitario sul concetto di capacità di discernimento, nozione meno nota e utilizzata nel contesto italiano, per quanto certamente in via di maggiore utilizzazione rispetto al passato: si pensi anche al frequente richiamo che ne fa la recente riforma in materia di filiazione, *ex l.* 219/2012 e *d.lgs.* 154/2013.

Il sistema svizzero richiama la capacità di discernimento nel proprio codice civile in modo ricorrente e ne specifica una definizione nell'art. 16 CC: «è capace di discernimento, nel senso di questa legge, qualunque persona che non sia priva della capacità di agire ragionevolmente per effetto della sua età infantile o di disabilità mentale, turba psichica, ebbrezza o stato consimile»¹.

A partire dalla definizione/doppia negazione contenuta nell'art. 16 CC, si può allora affermare che una persona sia considerabile capace di discernimento a meno che non presenti cumulativamente: a) un'alterazione della facoltà di agire razionalmente, che risulti sia dalla mancanza di attitudine intellettuale a valutare correttamente la situazione in cui si trova, sia dall'incapacità di formulare la sua volontà in funzione di una valutazione ragionevole dell'insieme delle circostanze; e b) una delle cause legali di alterazione della facoltà di agire ragionevolmente, ovvero età infantile, infermità o debolezza mentale, stato di ebbrezza o consimile².

¹ In dottrina troviamo una diversa definizione di capacità di discernimento, considerata coincidente con la capacità/facoltà di saper valutare una situazione concreta e di agire secondo questa valutazione. Cfr. M. BORGHI, *L'«individualisation dichotomique»; processus idéologique pervers liant le droit à la médecine, in Médecine et contrainte, Ethique, Droit*, Genève, 1992, p. 13.

² D. BERTRAND, *Consentement à l'acte médical et refus du traitement*, in D. BERTRAND, T.W. HARDING, R. LA HARPE, M. UMMEL (a cura di), *Médecin et droit médical*, Chêne-Bourg, Médecine&Hygiène, 2009, p. 114; G. DE BIASIO, A. FOGLIA, *Introduzione ai codici di diritto privato svizzero*, Torino, Giappichelli, 2007, pp. 140-143; N. QUELOZ, P. MEYLAN, *Capacité de discernement et capacité pénale: une comparaison*, in A. RUMO-



La capacità di discernimento, quindi, si può definire, con Manai, come la capacità che deriva dall'«attitudine a comprendere un atto determinato e i suoi effetti come anche una capacità di adattare il proprio comportamento secondo questa valutazione»³: perciò, il paziente dovrà essere in grado di «comprendere le informazioni fornite, manipolare queste informazioni razionalmente e rendersi conto delle conseguenze dei suoi atti»⁴.

In altro modo, si può dire che tale capacità sia contraddistinta da due momenti: una fase *intellettuale* e una *volitiva*⁵.

La fase e l'elemento *intellettuale* della capacità di discernimento (ovvero la sua componente cognitiva⁶) consiste nella presa di coscienza⁷ della persona, ovvero nella sua capacità di comprendere e di valutare una certa situazione concreta, di comprendere l'informazione che gli è stata fornita, nonché il senso, l'opportunità e i possibili effetti della propria scelta. Insieme a questa comprensione, si formerà nel soggetto una motivazione a decidere e lo sviluppo di una sua, propria e conseguente volontà⁸.

Il momento *volitivo* (ovvero il suo elemento volontario⁹) si pone in una fase temporale successiva al processo di sviluppo della volontà e consiste nella manifestazione libera di questa volontà, pur in presenza di pressioni esterne da parte di chi non concorda pienamente con la decisione presa¹⁰ e a cui il soggetto sa resistere. Si ritiene, infatti, che fra le caratteristiche della capacità di discernimento debba esserci anche l'abilità del soggetto di sapersi opporre alle sollecitudini esterne che dovrebbero spingerlo a modificare la propria volontà, mantenuta salda¹¹.

JUNGO, P. PICHONNAZ, B. HÜRLIMANN-KAUP, C. FOUNTOLAKIS (a cura di), *Mélanges en l'honneur de Paul-Henri Steinauer*, Berne, Stämpfli, 2013, pp. 131-143, in part. pp. 133-134.

³ D. MANAI, *Le droit du patient adolescent en Suisse*, in B. FEUILLET-LIGER, R. IDA (a cura di), *Adolescent et acte médical, regards croisés. Approche internationale et pluridisciplinaire*, Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 260.

⁴ J.-B. WASSERFALLEN, F. STIEFEL, S. CLARKE, A. CRESPO, *Appréciation de la capacité de discernement des patients: procédure d'aide à l'usage des médecins*, in *BMS*, 2004, n. 85, p. 1701, citato anche in O. PELET, *Nul n'est censé ignorer... comment réagir lorsqu'un mineur s'oppose à des soins*, in *RMS*, 2009, n. 5, p. 539.

⁵ ATF 124 III 5, JdT 1998 I 361, c. 1; ATF 117 II 231, c. 2a, TF 11 mars 2004, 5C.52/2003.

⁶ C. FOPPA (a cura di), *Recommandations pour l'évaluation de la capacité de discernement*, ritrovabile in *Communauté d'Intérêts de la Côte*, Hwww.cilc-vd.ch/discernement_270510.pdfH, p. 2.

⁷ J.-B. WASSERFALLEN, F. STIEFEL, S. CLARKE, A. CRESPO, *Appréciation de la capacité de discernement des patients: procédure d'aide à l'usage des médecins*, cit., p. 1701.

⁸ A. BUCHER, *Personnes physiques et protection de la personnalité*, Bâle, Helbing Lichtenhahn, 2009, p. 13; P. MARTIN-ACHARD, *Consentement au traitement et incapacité de discernement*, in D. BERTRAND, J.F. DUMOULIN, R. LA HARPE, M. UMMEL, *Médecin et droit médical*, Chêne-Bourg, Médecine et Hygiène, 2009, p. 125.

⁹ A. BUCHER, *Personnes physiques et protection de la personnalité*, cit., p. 13, n. 60-61; H. DESCHENAUX, P.H. STEINAUER, *Personnes physiques et tutelle*, Berne, Staempfli, 2001, n. 78; D. MANAI, *Les droits du patient face à la biomédecine*, Berne, Staempfli, 2006, p. 187; D. MANAI, *Le droit du patient adolescent en Suisse*, cit. p. 260; J.-B. WASSERFALLEN, F. STIEFEL, S. CLARKE, A. CRESPO, *Appréciation de la capacité de discernement des patients: procédure d'aide à l'usage des médecins*, cit., p. 1701; P. MARTIN-ACHARD, *Consentement au traitement et incapacité de discernement*, cit., p. 125.

¹⁰ In dottrina: cfr. D. MANAI, *Les droits du patient face à la biomédecine*, cit., p. 187; A. BUCHER, *Personnes physiques et protection de la personnalité*, cit., p. 13; H. DESCHENAUX, P.H. STEINAUER, *Personnes physiques et tutelle*, cit., n. 79. In giurisprudenza: ATF 124 III 5, 7s.; JdT 1998 I 361; ATF 117 II 231, 234 ss (non pubblicato); ATF 104 II 184, 186, JdT 1979 I 30; ATF 102 II 363, 367; JdT 1977 I 306.

¹¹ Al contrario di quanto avviene in modo ricorrente nella prassi ospedaliera svizzera, non si può definire incapace di discernimento quel paziente che si ostini a prendere una decisione che si stacca dalla proposta fatta dal sanitario. Sul punto, cfr. C. FOPPA (a cura di), *Recommandations pour l'évaluation de la capacité de discernement*, cit., p. 3.



Nell'art. 16 CC è previsto che la formazione della volontà del soggetto debba avvenire “ragionevolmente” (*raisonnablement*), ovvero entro limiti razionalmente valutabili, che non significa uniformare tutti gli individui o intellettualizzare il processo di decisione¹², come nemmeno giudicare la capacità di discernere in base alla bontà della scelta effettuata, ovvero valutando se sia appropriata o criticabile secondo il criterio della sensatezza e della ragionevolezza. La scelta manifestata dal soggetto, quindi, non deve essere ragionevole, ma razionale. La versione in lingua tedesca del codice civile svizzero, in effetti, aiuta a comprendere e interpretare meglio la versione italiana e francese della disposizione in analisi: l'art. 16 CC in lingua tedesca riporta, infatti, il termine *vernunftgemäss* (conforme alla ragione, razionale), non *vernünftig* (sensato, ragionevole): sarà dunque «ragionevole», ai sensi dell'art. 16 CC, il discernimento del soggetto quando saprà utilizzare la sua capacità di ragionamento, la sua razionalità, in funzione di prendere liberamente una decisione, comprendendo i motivi e la portata delle sue azioni e agendo di conseguenza¹³.

Il Tribunale Federale svizzero ha precisato, a tal riguardo, che «il diritto all'autodeterminazione del paziente è estremamente largo, incluso il rifiuto dell'interessato di tutte le misure curative, anche se questo debba condurlo alla morte [...]. Il diritto alla libertà personale consacra infatti, per il paziente, il diritto di vivere la sua malattia come crede»¹⁴. Questa interpretazione giurisprudenziale parrebbe lasciare spazio aperto a ogni forma di decisione di un soggetto, anche autodistruttiva: in realtà, pare intravedersi nella decisione della Corte il principio per cui sembra irrazionale rifiutare di agire nel proprio interesse, ovvero di non compiere un atto che sia in sé vitale ed è su questo, in funzione di una sorta di fiducia di fondo in quella che potremmo dire essere l'istinto umano all'autoconservazione, che l'ordinamento giuridico svizzero sembra fondare il riconoscimento del diritto all'autodeterminazione in ambito sanitario.

Tant'è che, quindi, come si sostiene in dottrina, se una scelta che appare apparentemente insensata o assurda non implica di per sé l'assenza di discernimento del soggetto che la compie, certamente può essere un indicatore per indagare meglio tale capacità¹⁵.

Inoltre, si presume che la capacità di discernimento sussista, per la persona maggiorenne¹⁶, fino a prova contraria, ovvero ogni volta in cui non sussista nessun

¹² D. MANAI, *Les droits du patient face à la biomédecine*, cit., p. 37.

¹³ Commentaire romand CC I, 2010 – F. WERRO, I. SCHMIDLIN, p. 171, n. 12 ss.; O. GUILLOD, *Le choix éclairé des soins. Quelques aspects juridiques*, in *Die Grenzen der Selbstbestimmung*, Vienna, Verlag Österreich, 2003, p. 37; G. KERN, *Vernunft – Gewissen – Heilbehandlung*, in *Die Grenzen der Selbstbestimmung*, cit., pp. 169 ss.; J. TAUPITZ, *Landesbericht Deutschland*, in J. TAUPITZ (a cura di), *Zivilrechtliche Regelungen zur Absicherung der Patientenautonomie am Ende des Lebens*, Heidelberg, Springer, 2000, p. 275; D. MANAI, *Le droit du patient adolescent en Suisse*, cit., p. 260.

¹⁴ TF 28 avril 2003, 4P.265/2002, c.5.6, non pubblicato, ma riprodotto parzialmente in: RDAF 2003 I 635.

¹⁵ H. DESCHENAUX, P.H. STEINAUER, *Personnes physiques et tutelle*, cit., n. 79; F. WERRO, *La capacité de discernement et la faute dans le droit suisse de la responsabilité: étude critique et comparative*, Fribourg, Editions Universitaires de Fribourg, 1986, n. 159.

¹⁶ N. HELLE, *La capacité de discernement, un critère juridique en voie de disparition pour les patients psychiques placés à des fins d'assistance?*, in *RSDS*, 2004, n. 3, pp. 7-15, n. 92 ss., A. BUCHER, *Personnes physiques et protection de la personnalité*, cit., p. 17; O. PELET, *Nul n'est censé ignorer... comment réagir lorsqu'un mineur s'oppose à des soins*, cit. p. 539.



ragionevole dubbio rispetto alla sua esistenza: si tratta di una presunzione di fatto¹⁷ «fondata sull'esperienza generale della vita»¹⁸ e, per il *thema disputandum*, sulla pratica medica.

Se non si avesse la certezza della sua sussistenza, per lo meno dovrà esservi «un elevato grado di probabilità (*vraisemblance*)» della sua sussistenza, «tale da escludere ogni dubbio serio» al riguardo¹⁹. In caso di dubbio, sarà compito di colui che la mette in dubbio verificarne, in concreto, l'esistenza²⁰.

Per quanto riguarda i minori d'età, in giurisprudenza e in dottrina si trovano tracce di presunzione di capacità di discernimento nel caso di adolescenti prossimi alla maggiore età²¹ (*grands enfants*), mentre, all'opposto, «si può presumere che un bambino piccolo non abbia la capacità necessaria per scegliere un trattamento medico»²² (*petits enfants*).

Per quanto riguarda l'infanzia, il bambino di età compresa fra i sei e i dieci anni andrà informato, con modalità adatte e proporzionate alla sua età e alla sua capacità di comprensione²³, e andrà conseguentemente ascoltato: l'ascolto del minore è, infatti, un momento fondamentale «per valorizzare i suoi messaggi, le sue aspettative e per promuovere un suo ruolo attivo nel contesto dell'alleanza terapeutica tra operatori sanitari e nucleo familiare»²⁴. Appare illusorio, infatti, «immaginare che il bambino non si faccia delle idee su quanto sta avvenendo e non si formuli una qualche "teoria", in un modo assai più articolato, più di quanto genitori e medici solitamente non pensino»²⁵: i bambini, infatti, anche se non capiscono a livello intellettuale, tuttavia possono certamente intuire quanto gli sta accadendo e darne un'interpretazione, magari errata²⁶.

¹⁷ ATF 90 II 9 ss, 12; ATF 98 Ia 324 ss, 325; ATF 117 II 231 ss, 234; ATF 118 Ia 236 ss, 238; ATF 124 III 5 ss., 8.

¹⁸ D. MANAI, *Le droit du patient adolescent en Suisse*, cit., p. 261; N. QUELOZ, P. MEYLAN, *Capacité de discernement et capacité pénale: une comparaison*, cit., p. 136.

¹⁹ ATF 117 II 231, c. 2b; ATF 98 Ia 325, JdT 1973 IV 31; ATF 91 II 327, c.8, JdT 1966 I 232; ATF 90 II 9, c.3, JdT 1964 I 354; ATF 78 II 199; ATF 74 II 205 c. 1; SJ 1988 286.

²⁰ ATF 134 II 235; TF 4 août 2005, 4C.82/2005; ATF 124 III 5, c. 1b, JdT 1998 I 361, 364 ss.; ATF 118 Ia 236. 238; ATF 108 V 126, c.4; ATF 98 Ia 324,325, JdT 1974 I 506; ATF 90 II 9, c.3, JdT 1964 I 354; A. BUCHER, *Personnes physiques et protection de la personnalité*, cit., p. 17.

²¹ Cfr. ATF 134 II 235 S 241; O. GUILLOD, *Bref commentaire de l'arrêt du Tribunal fédéral (IIe Cour de droit public) du 2 avril 2008, 2C_5/2008*, in *Jusletter*, 18 aout 2008; P. MUZNY, *L'autonomie du patient mineur, entre certitudes et incertitudes: commentaires de l'arrêt du Tribunal fédéral du 2 avril 2008*, in *Bull Med Suisses*, 2009, n. 90, pp.79-82. Sul tema, per quanto più risalente, cfr. O. GUILLOD, *Le consentement éclairé du patient: autodétermination ou paternalisme?*, Neuchâtel, Ides et calendes, 1986.

²² ATF 134 II 235 S 241. Cfr. E. CECCARELLI, A. GAMBA, *Il consenso informato e i minorenni*, in A. SANTOSUOSSO (a cura di), *Il consenso informato tra giustificazione per il medico e diritto del paziente*, Milano, Raffello Cortina Editore, 1996, pp. 155-156.

²³ G. MASERA, *La competenza decisionale dei minori affetti da patologie oncologiche*, in S. BENZONI, G. O. CESARO, P. LOVATI, P. VIZIELLO, *Prima dei 18 anni. L'autonomia decisionale del minore in ambito sanitario*, Milano, Franco Angeli, 2010, pp. 55-56.

²⁴ *Ibidem*.

²⁵ E. CECCARELLI, A. GAMBA, *Il consenso informato e i minorenni*, cit., pp. 157-158. Si veda anche: J. J. SPINETTA, *The dying child's awareness of death: a review*, in *Psychological Bulletin*, n. 81, 1974, pp. 256-260; R. BIBACE, M. E. WALSH, *Development of children's concepts of illness*, in *Pediatrics*, n. 6, 1980, pp. 912-917; S. ROSS, *Childhood leukemia: the child's view*, in *Journal Psychosocial Oncology*, n. 7(4), 1989, pp. 75-90; E.J. BIRD, V. N. PODMORE, *Children's understanding of health and illness*, in *Psychology and Health*, n. 4, 1990, pp. 175-185. a

²⁶ Cfr E. KUBLER ROSS, *On Children and Death*, New York, MacMillan, 1983.



Rispetto all'ambito ospedaliero, l'adolescenza è un periodo in cui il minore comprende normalmente appieno quanto gli sta accadendo e, in caso di cure per patologie incurabili, «percepisce il concetto di morte con la sofferenza più grande»²⁷, in quanto «l'adolescente si proietta già nell'avvenire e ha dunque una coscienza più viva del lutto della sua esistenza futura»²⁸.

La valutazione della capacità di discernimento deve avvenire *in concreto*²⁹, ovvero in relazione allo specifico atto che deve essere compiuto: per questa ragione, si dice che la capacità di discernimento è «relativa»³⁰, perché il discernimento «non è mai acquisito definitivamente, è fluttuante e dipende dalla questione alla quale deve essere applicato [...]. Ogni persona può presentare temporaneamente e senza conseguenze un'alterazione o una perdita di capacità di discernimento puntuale. [...] Ciò nonostante non si potrà in nessun caso concludere che è diventata per sempre incapace di discernimento, quindi si impone una sua rivalutazione periodica»³¹.

Si dovranno verificare tutte le circostanze che, in un caso specifico, permettono di determinare se una persona è o non è capace di discernimento, in riferimento alla decisione o a un atto da compiere: l'importanza dell'atto da compiere, il tempo in cui deve essere compiuta, il contesto e la complessità della decisione da prendere³² incidono sulla scelta³³.

In caso di decisione inerente il trattamento medico, la valutazione della sussistenza della capacità in questione incombe su colui che presidia il complessivo processo di informazione e acquisizione del consenso, ovvero al medico responsabile della presa in carico del paziente³⁴, il quale dovrà valutare «lo stato di coscienza del paziente, il suo orientamento spazio-temporale, personale e situazionale»³⁵ e poi dovrà assicurarsi della «comprensione generale che il paziente ha della sua malattia, della sua capacità di apprezzare le conseguenze probabili di una decisione e di gestire

²⁷ N. HUMBERT (a cura di), *Les soins palliatifs pédiatriques*, Montréal, Editions de l'Hopital Sainte-Justine (CHU mère-enfant), 2004, pp. 23-24.

²⁸ *Ibidem*. Una riflessione a parte meriterebbero i minori con patologie oncologiche o croniche incurabili, la cui competenza decisionale «è difficilmente definibile a priori ed è molto variabile da soggetto a soggetto, solo in parte correlata con l'età» (N. HUMBERT (a cura di), *Les soins palliatifs pédiatriques*, cit., pp. 23-24); dopo i dieci anni, gli interventi in materia di cure palliative mettono in risalto come il bambino comprenda «il significato e la simbolicità delle parole e, di conseguenza, la morte diviene per lui un processo inevitabile, universale e irreversibile» (*ibidem*). Il dolore e la sofferenza caratterizzanti le patologie oncologiche e croniche, portano il minore ad una maturazione anticipata, ad una maggiore o piena consapevolezza dello spessore esistenziale di quanto gli sta accadendo, come si legge in E. CECARELLI, A. GAMBA, *Il consenso informato e i minorenni*, cit. pp. 156-157.

²⁹ D. BERTRAND, *Consentement à l'acte médical et refus du traitement*, cit., p. 114; D. MANAI, *Le droit du patient adolescent en Suisse*, cit., p. 261

³⁰ ATF 117 II 231, c.2. A tal proposito si veda: A. BUCHER, *Personnes physiques et protection de la personnalité*, cit., pp. 14-17.

³¹ C. FOPPA (a cura di), *Recommandations pour l'évaluation de la capacité de discernement*, cit., p. 2.

³² O. GUILLIOD, C. HÄNNI, *Les droits des personnes en psychiatrie: évaluation juridique*, in *Les Cahiers de l'action sociale et de la santé*, 2001, n. 15, pp. 26-28.

³³ Cfr. P. DUCOR, *Refus de traitement, refus d'hospitalisation: que faire*, in *RMS*, n. 6, p. 37-38.

³⁴ H. NOÉMIE, *La capacité de discernement, un critère juridique en voie de disparition pour les patients psychiques placés à des fins d'assistance*, in *RSDS*, 2004, n. 3, pp. 7 ss; n. 2.2, p. 9; D. MANAI, *Le droit du patient adolescent en Suisse*, cit., p. 261

³⁵ J.-B. WASSERFALLEN, F. STIEFEL, S. CLARKE, A. CRESPO, *Appréciation de la capacité de discernement des patients: procédure d'aide à l'usage des médecins*, cit., p. 1702.



l'informazione in modo razionale»³⁶, ovvero della sua «facoltà di mantenere e comunicare la sua scelta»³⁷.

Il personale medico ha a disposizione alcuni strumenti di verifica³⁸, fra i quali il più ricorrente è sicuramente il test di Silberfeld³⁹ (*tab.1*)⁴⁰.

tab. 1

<i>Domande</i>	<i>Risposte (un punto per ogni risposta data)</i>
1. Può riassumermi la sua situazione?	Problema cronico o acuto
2. Quale trattamento desidererebbe se vi trovaste in questa situazione?	Risposta chiara
3. Può indicarmi un'altra scelta secondo lei possibile?	Un'altra scelta di trattamento
4. Quali sono le ragioni della sua scelta?	Una ragione valida
5. Quali sono i problemi associati alla sua scelta di trattamento?	Un problema
6. Cosa significherebbe la sua decisione per lei e per la sua famiglia?	Per il paziente / Per la famiglia
7. Quale effetto a breve termine avrà il trattamento?	Effetto a breve termine
8. Pouvez-vous penser à un effet à long terme? Può pensare a un effetto a lungo termine?	Effetto a lungo termine
9. Può ripetere quale trattamento desidererebbe?	Ripetizione della risposta alla questione 2

Il possesso della capacità di discernimento costituisce uno spartiacque, quando soggetto dell'azione da compiere sia un minore d'età: come previsto dall'art. 17 CC⁴¹,

³⁶ *Ibidem*.

³⁷ *Ibidem*.

³⁸ Si veda anche il MMSE (*Mini-Mental State Examination*), citato in C. FOPPA (a cura di), *Recommandations pour l'évaluation de la capacité de discernement*, cit., p. 2.

³⁹ M. SILBERFELD, C. NASH, P. A. SINGER, *Capacity to complete an advance directive*, in *J Am Geriatr Soc*, 1993, n. 41, pp. 1141-1143.

⁴⁰ Il test di Silberfeld, per quanto sviluppato per le direttive anticipate, è applicabile anche per la valutazione del consenso del paziente ed è raccomandato come guida operativa presso gli ospedali del Canton de Vaud, come emerge da J. B. WASSERFALLEN, F. STIEFEL, S. CLARKE, A. CRESPO, *Appréciation de la capacité de discernement des patients: procédure d'aide à l'usage des médecins*, cit., p. 1702.

⁴¹ Art. 17 CC – *Incapacità di agire*: «Le persone incapaci di discernimento, i minorenni e le persone sotto curatela generale non hanno l'esercizio dei diritti civili».



i minori sono privi della capacità di esercitare autonomamente i diritti civili, e, anche se capaci di discernimento, come aggiunge il primo comma dell'art. 19 CC⁴², non possono assumere obbligazioni o rinunciare a diritti senza il consenso del loro rappresentante legale⁴³.

Nell'art. 19.2 CC si ritrova un'importante previsione: in questo comma, infatti, si prevede che il minore, pur se privo della capacità civile attiva, se capace di discernimento può compiere autonomamente e *senza il consenso del rappresentante legale* quegli atti che gli consentano di acquisire vantaggi a titolo gratuito e di compiere quelle piccole incombenze che riguardano la sua vita quotidiana⁴⁴.

Questa capacità contrattuale per gli atti relativi a vantaggi gratuiti o che riguardino piccole incombenze della vita quotidiana, si aggiunge alle altre previsioni speciali in cui l'ordinamento svizzero riconosce al minore d'età la capacità di compiere, in alcuni casi specifici, atti di disposizione a titolo oneroso che oltrepassano la dimensione delle piccole incombenze della vita quotidiana: quando il minore utilizzi denaro che gli sia stato espressamente attribuito come atto di liberalità, indicandogli che deve essere lui stesso ad amministrarlo (stando alla lettera dell'art. 321 CC)⁴⁵ o, ancora, quando il minore intenda utilizzare denaro che abbia guadagnato con il proprio lavoro (art. 323 CC), ritenendo che su questa facoltà del minore di amministrare, godere e disporre personalmente del proprio guadagno i genitori esercenti l'autorità parentale abbiano già espresso il proprio consenso al momento in cui hanno acconsentito alla sottoscrizione del contratto di lavoro del figlio minore.

In materia di autonomia decisionale del minore al trattamento medico, tuttavia, al di là di queste previsioni, sicuramente la disposizione che più chiaramente definisce quest'ambito è quella contenuta nell'art. 19c CC, relativamente all'esercizio dei diritti strettamente personali da parte delle persone incapaci civili (incapaci d'agire) ma dotate di capacità di discernimento.

⁴² Art. 19 CC – *Persone capaci di discernimento prive della capacità di esercizio dei diritti civili.* a) *Principi.* «1. Le persone capaci di discernimento che non hanno l'esercizio dei diritti civili non possono assumere obbligazioni o rinunciare a diritti senza il consenso del loro rappresentante legale. 2. Senza tale consenso possono conseguire vantaggi gratuiti e provvedere a piccole incombenze della vita quotidiana».

⁴³ Come si legge sia nel Rapporto della Commissione di esperti per la revisione totale del diritto di tutela, sia nel successivo Messaggio concernente la modifica del Codice civile svizzero (Protezione degli adulti, diritto delle persone e diritto della filiazione) del 28 giugno 2006, che hanno introdotto la riforma del codice civile svizzero in materia di protezione degli adulti, l'art. 19.1 CC descrive lo *status* giuridico delle persone con capacità di agire limitata, ovvero con capacità civile passiva ma non attiva: «di norma si tratta delle persone che, seppure non abbiano l'esercizio dei diritti civili, possono prendere parte alla vita giuridica in virtù della loro capacità di discernimento, vale a dire i minorenni e, nel nuovo diritto, i maggiorenni sotto curatela generale (art. 398 cpv. 3)» (Messaggio concernente la modifica del Codice civile svizzero (Protezione degli adulti, diritto delle persone e diritto della filiazione) del 28 giugno 2006, FF 2006 6391, 6481)

⁴⁴ Per la Svizzera, cfr. Messaggio concernente la modifica del Codice civile svizzero (Protezione degli adulti, diritto delle persone e diritto della filiazione) del 28 giugno 2006, FF 2006 6391, 6481: questa soluzione «si ispira al diritto tedesco (§ 1903 cpv. 3 secondo periodo del codice civile tedesco) e tiene conto delle esigenze della prassi». Per l'Italia, il riferimento, in tal senso, per l'Italia, va sicuramente alla legge sull'amministrazione di sostegno, alla proposta di legge C501 «Disposizioni per il rafforzamento dell'amministrazione di sostegno e soppressione degli istituti dell'interdizione e dell'inabilitazione», e al più recente disegno di legge in materia C1985, che ha ripresentato nell'attuale legislatura il progetto C501.

⁴⁵ Su questo punto la dottrina interpreta in senso estensivo la norma, ritenendo che, quando un soggetto abbia attribuito una certa cifra al minore affinché questi possa utilizzarla per proprie spese o esigenze, di per sé lo autorizza implicitamente, anche se non l'ha fatto espressamente all'atto della donazione, a utilizzare personalmente quel denaro.



Richiamando quanto prevedeva la precedente versione dell'art. 19 CC⁴⁶, l'attuale art. 19c CC stabilisce che «le persone capaci di discernimento che non hanno l'esercizio dei diritti civili esercitano in piena autonomia i diritti strettamente personali», fatta eccezione per quei «casi nei quali la legge prevede il consenso del rappresentante legale». Anche i minori d'età, quindi, che sono capaci di discernimento, possono compiere in *piena autonomia* i diritti strettamente personali⁴⁷, in quanto nell'ordinamento svizzero «il diritto all'autodeterminazione del minore non dipende né da un'età cronologica, né dalla sua capacità civile, ma dalla sua capacità di discernimento»⁴⁸. Perciò, in questo caso, «anche se minore, può esercitare questo diritto senza l'intervento del rappresentante legale e anche a sua insaputa o contro la sua volontà»⁴⁹. Tuttavia, come continua a ricordare Manai, conviene «assicurarsi della libertà della sua scelta e di verificare che la sua volontà non abbia subito delle costrizioni o delle pressioni»⁵⁰, come già si diceva in precedenza in merito all'elemento volitivo della capacità di discernimento.

Ciò nonostante, l'art. 19c CC fa salvi i casi in cui la normativa preveda espressamente, anche per l'esercizio di diritti strettamente personali, che sia il rappresentante legale a prestare formalmente il consenso per conto del minore, anche se capace di discernimento. Si tratta di casi tipicamente previsti e non estendibili in chiave interpretativa: promessa nuziale (art. 90.2 CC)⁵¹, riconoscimento di un figlio (art. 260.2 CC)⁵² e consenso all'adozione se l'adottando è sotto tutela (art. 265.3 CC)⁵³.

⁴⁶ L'attuale versione dell'art. 19 CC prevede che il minore, anche se capace di discernimento, non potrà creare delle obbligazioni se non con il consenso del suo rappresentante legale, tranne che (art. 19.2 CC) per compiere atti che comportino per lui dei vantaggi gratuiti o per provvedere a piccole incombenze della vita quotidiana. Già nell'art. 19.2 CC, tuttavia, era rinvenibile una previsione simile a quanto previsto oggi dall'

⁴⁷ Cfr. O. GUILLOD, *Droit des personnes, Les abrégés*, Bâle, Helbing Lichtenhahn, 2013, p. 209; H. DESCHENAUX, P. H. STEINAUER, *Personnes physiques et tutelle*, Berne, Stämpfli, 2001, pp. 69 ss.; BSK-ZGB I- M. Bigler-Eggenberger, pp. 202 ss.

⁴⁸ D. MANAI, *Les droits du patient adolescent en Suisse*, cit., pp.267-268

⁴⁹ *Ibidem*.

⁵⁰ *Ibidem*.

⁵¹ Art. 90 CC – *Promessa nuziale*: «2. I minorenni non sono vincolati da una promessa nuziale fatta senza il consenso del loro rappresentante legale».

⁵² Art. 260 CC – *Riconoscimento di un figlio*: «2. Se l'autore del riconoscimento è minorenni o sotto curatela generale o se l'autorità di protezione degli adulti l'ha ordinato, occorre il consenso del rappresentante legale».

⁵³ Art. 265 CC – *Adozione*: «1. L'adottando deve avere almeno sedici anni meno dei genitori adottivi. 2. Se è capace di discernimento, il suo consenso è necessario perché possa essere adottato. 3. Se è sotto tutela, è necessario il consenso dell'autorità di protezione dei minori, quand'anche sia capace di discernimento».



3. Il diritto del minore a decidere in merito a un trattamento medico cui deve essere sottoposto è sicuramente riconducibile fra i diritti strettamente personali del minore, che, secondo quanto previsto dall'art. 19c CC, comma 1, il minore capace di discernimento può esercitare *in piena autonomia*.

Sullo sfondo compare, tuttavia, una questione non strettamente legata all'esercizio dell'autonomia decisionale: quanto è possibile, realisticamente, immaginarsi un minore che decide per sé, senza consultare nessuno e facendo delle scelte monadiche, sganciate da qualsiasi confronto e dialogo, in particolare con la figura del genitore?

Permettere a un minore di decidere autonomamente non dovrebbe significare abbandonarlo alla fatica di una decisione che, talvolta, può essere importante o decisiva per la sua vita. Il medico, quindi, parlando in separata sede con il minore, in particolare se adolescente, «può discutere dei vantaggi di informare i genitori e, se il caso lo richieda, proporre il suo aiuto o esaminare con l'adolescente delle strategie per favorire il dialogo genitori-adolescenti»¹.

L'esigenza da tutelare, qui, non è solo giuridica, in quanto coinvolge anche aspetti relazionali: «se per esempio il medico intraprende, su richiesta del minore capace di discernimento, un trattamento che i suoi genitori hanno esplicitamente rifiutato, questo potrebbe avere delle ripercussioni negative sulle relazioni fra il paziente e i suoi genitori»² e, in caso di contrasto fra il paziente e i suoi genitori, il medico dovrebbe prendere il tempo necessario, se possibile, per cercare di ottenere, attraverso il dialogo, un consenso e una decisione condivisa.

Nel diritto svizzero, il diritto all'autodeterminazione del minore capace di discernimento comporta non solo il diritto di scegliere se aderire al trattamento che gli viene proposto, libero da minacce o pressioni³, ma anche quello, corrispondente, di rifiutarlo⁴.

In ogni caso, affinché il minore possa decidere autonomamente, il presupposto essenziale è che egli sia informato, affiancato, supportato prima di arrivare al momen-

¹ C. RUTISHAUSER, A. ESSLINGER, L. BOND, F. H. SENNHAUSER, *Consultations with adolescents: the gap between their expectations and their experience*, in *Acta Paediatrica*, 2003, vol. 2, pp. 1322-1326. In questa ricerca emerge che il 33% dei pazienti di 13 anni e il 52% dei pazienti di 15 anni stimano importante avere un colloquio da soli con il medico, ma solamente il 18% di quelli di 13 anni e il 20% di quelli di 15 anni ne hanno effettivamente l'occasione. Il riferimento particolare agli adolescenti deriva dal fatto che, nel loro caso, frequentemente si può presumere esistente la capacità di discernimento, che tuttavia non è esclusa anche per ragazzi di età inferiore, per quanto da verificare, in ogni caso, in concreto. Vedi anche: D. MANAI, *Les droits du patient adolescent en Suisse*, cit., p. 270. Se il medico intuisce un serio rischio per il benessere del paziente minore nel caso in cui si coinvolgessero i suoi genitori, in tal caso appare consigliabile che egli preventivamente consulti l'autorità di protezione dei minori per scegliere le misure adeguate o per lo meno proteggersi contro eventuali conseguenze giuridiche. Nella letteratura medica si ritiene che, in questi casi, il medico debba potersi consultare anche con altri professionisti della salute (per es. il medico cantonale): questa prassi non è tuttavia così pacifica da un punto di vista giuridico, in quanto entra in gioco la tutela del diritto alla riservatezza del minore, che verrebbe violata là dove il medico estendesse la conoscenza della situazione specifica ad altri colleghi. Su una posizione favorevole alla consultazione di professionisti esterni: C. RUTISHAUSER, *Contradiction entre relation adaptée au patient adolescent et aspects légaux*, cit., p. 32.

² M. CALFLISH, *La consultation avec un adolescent: quel cadre proposer?*, in *RMS*, 2008, n. 4, p. 1458.

³ *Ibidem*.

⁴ Cfr. D. MANAI, *Les droits du patient adolescent en Suisse*, cit., p. 270.



to in cui è chiamato a decidere⁵. In questa prospettiva, il minore capace di discernimento, in particolare se adolescente, «è riconosciuto come un attore della sanità, una persona autonoma nelle sue scelte, un partner attivo nella relazione terapeutica ma allo stesso tempo aiutato a fare una scelta conforme ai suoi interessi»⁶.

Rileva, a titolo di esempio, la sentenza del Tribunale Federale relativa a una tredicenne, accompagnata dalla madre ad una visita osteopatica⁷, in quanto accusava un dolore al coccige provocatole da una caduta durante attività ginnica. La madre l'aveva portata dall'osteopata affinché questi le praticasse una manipolazione che le riportasse il coccige in posizione corretta: l'osteopata aveva praticato la manovra prevista alla ragazza, nonostante lei gridasse il suo rifiuto e chiedesse di interromperla. Il professionista aveva continuato la manipolazione, nonostante il rifiuto, in quanto la madre, presente nello studio, non aveva dato nessuna indicazione di interrompere la terapia.

La ragazza aveva rifiutato di tornare al centro medico, il giorno seguente, per continuare il trattamento e, soprattutto, la madre aveva deciso di fare ricorso contro la modalità con cui l'osteopata aveva trattato la figlia.

Il *Département de la santé e de l'action sociale* aveva inflitto all'osteopata una sanzione disciplinare di 1500 CHF, motivando il provvedimento con il difetto di consenso libero ed espresso da parte della paziente. L'osteopata si oppose a tale provvedimento al Tribunale amministrativo del Canton Vaud e poi al Tribunale Federale. I due ricorsi del professionista furono rigettati, però, ed è certamente interessante menzionare quanto il Tribunale Federale espresse nella sua decisione: «la paziente era, alla sua età, atta a comprendere le informazioni datele [...], a comprendere la lesione di cui soffriva, a valutare la portata del trattamento proposto, così come la sua alternativa, e a comunicare la sua scelta con piena cognizione di causa»⁸. E «siccome non si trattava di un trattamento sanitario obbligatorio o urgente, «non esisteva nessun interesse terapeutico a realizzare l'intervento senza l'accordo o la collaborazione della paziente. L'osteopata avrebbe dovuto rispettare la volontà della ragazza, che doveva essere considerata come preponderante rispetto a quella di sua madre»⁹.

L'osteopata, si legge a commento¹⁰, vista la divergenza di opinione della paziente con la madre, avrebbe dovuto chiedere a quest'ultima di aspettare qualche istante nella sala d'attesa e parlare separatamente con la ragazza, ridiscutendo con lei dell'opportunità di continuare o meno il trattamento e rispettando la sua scelta, anziché agire secondo l'intenzione manifestata dalla madre. Un tale atteggiamento professionale era auspicabile proprio in considerazione del fatto che il professionista «era di fronte non a un bambino piccolo, ma a un adolescente di più di tredici anni e che egli

⁵ Per «prendere delle decisioni consapevoli, l'adolescente deve essere informato e aiutato a prendere una decisione responsabile», come si legge in D. MANAI, *Les droits du patient adolescent en Suisse*, cit., pp. 269-270.

⁶ *Ibidem*.

⁷ Cfr. D. MANAI, *Les droits du patient adolescent en Suisse*, cit., p.271; O. GUILLOD, *Bref commentaire de l'arrêt du Tribunal fédéral (IIe Cour de droit public) du 2 avril 2008, 2C_5/2008*, cit.; P. MUZNY, *L'autonomie du patient mineur, entre certitudes et incertitudes*, cit.

⁸ ATF 134 II 235.

⁹ *Ibidem*.

¹⁰ O. GUILLOD, *Bref commentaire de l'arrêt du Tribunal fédéral (IIe Cour de droit public) du 2 avril 2008, 2C_5/2008*, cit., p. 69.



ha proceduto in due volte a un atto particolarmente intrusivo, molto doloroso, che non era indispensabile, passando oltre i rifiuti reiterati della sua paziente»¹¹.

Come dimostra questa sentenza, «i principi relativi al discernimento e alla volontà di un'adolescente non cambiano, anche se lei si presenta alla consultazione medica con il suo rappresentante legale»¹², in quanto «il fatto che un genitore accompagni o no suo figlio presso un professionista della salute non cambia evidentemente le regole giuridiche sul discernimento e sul consenso del minore»¹³. Il fatto che un genitore lo accompagni non significa evidentemente che il figlio debba essere considerato dal professionista come incapace di discernimento¹⁴.

È bene ricordare che l'ordinamento svizzero si orienta la presunzione di esistenza della capacità di discernimento per il paziente adulto (ne va dimostrata, eventualmente, l'assenza), mentre per i bambini piccoli¹⁵ ne è presunta, all'opposto, l'incapacità. Per i bambini non piccoli, i preadolescenti e gli adolescenti in una fascia di età intermedia, invece, ci si orienta a non riconoscere alcuna presunzione (né di capacità, né di incapacità) ed è necessario verificare caso per caso l'eventuale esistenza del discernimento del minore.

È su questa linea che il Tribunale Federale ha insistito, preferendo «non evocare nessuna età precisa e accontentarsi di classificare la giovane paziente di 13 anni e 2 mesi nella fase di età intermedia per la quale nessuna presunzione prevale»¹⁶. È una scelta pragmatica¹⁷ e che poggia su una modalità realistica¹⁸, ma certamente presenta alcuni problemi pratici¹⁹: se, da un lato, permette di favorire l'autonomia del minore in funzione della sua capacità reale ed effettiva di discernimento, (proprio in virtù del fatto che il medico, come già richiamato più volte, deve valutare l'esistenza della capacità in questione, in modo concreto, attuale e in riferimento a un atto determinato)²⁰, dall'altro, però, il fatto che questa valutazione debba essere effettuata, ogni volta, per il singolo caso, rende il lavoro valutativo del medico sicuramente più complesso, in quanto egli è tenuto a pronunciarsi sul fatto che la capacità di discernimento esista o non esista, senza sfumature mediane: non può essere ammessa una «più o meno capacità» di discernimento²¹.

Anche se la definizione di confini d'età di riferimento potrebbe aiutare i medici a restare in equilibrio sulla «corda tesa»²² su cui deve poggia la valutazione della capa-

¹¹ ATF 134 II 235.

¹² D. MANAI, *Les droits du patient adolescent en Suisse*, cit., p. 271.

¹³ O. GUILLOD, *Bref commentaire de l'arrêt du Tribunal fédéral (IIe Cour de droit public) du 2 avril 2008, 2C_5/2008*, cit., p. 69.

¹⁴ *Ibidem*.

¹⁵ *Ibidem*.

¹⁶ *Ibidem*.

¹⁷ *Ibidem*.

¹⁸ P. MUZNY, *L'autonomie du patient mineur, entre certitudes et incertitudes*, cit., p. 80.

¹⁹ *Ibidem*. Sul punto, cfr. M. MIRABAUD, R. BARBE, F. NARRING, *Les adolescents sont-ils capables de discernement? Une question délicate pour le médecin*, in *Rev. Med Suisse*, 2013, n. 9, p. 415.

²⁰ Cfr. P. MUZNY, *L'autonomie du patient mineur, entre certitudes et incertitudes*, cit., p. 80; M. MIRABAUD, R. BARBE, F. NARRING, *Les adolescents sont-ils capables de discernement? Une question délicate pour le médecin*, cit., p. 416.

²¹ M. MIRABAUD, R. BARBE, F. NARRING, *Les adolescents sont-ils capables de discernement? Une question délicate pour le médecin*, cit., p. 416.

²² Cfr. C. RUTISHAUER, *Contradiction entre relation adaptée au patient adolescent et aspects légaux*, cit., p. 31.



cità di discernimento²³, né la legislazione federale (salvo casi specifici²⁴), né la giurisprudenza del Tribunale Federale, si sono espressamente arrischiate ad avventurarsi nella definizione di possibili fasce cronologiche indicative²⁵.

Un recente studio interdisciplinare svolto presso gli Ospedali universitari di Ginevra²⁶ ha, tuttavia, cercato di precisare alcuni indicatori di capacità, con l'obiettivo di supportare i medici nella loro valutazione e, proprio rifacendosi alla citata sentenza del Tribunale Federale, ha sottolineato come la capacità di discernimento non sia riconoscibile, di norma, rispetto agli interventi o trattamenti medici cui deve essere sottoposto, al minore che non abbia ancora compiuto 12 anni²⁷; debba essere valutata caso per caso nella fascia intermedia d'età compresa fra i 12 e i 16 anni²⁸; e possa essere ammessa al di là dei 16 anni per le decisioni che non comportano una certa gravità, mentre, al contrario, sia necessario l'accordo del rappresentante legale del minore per le decisioni più importanti, in termini di conseguenze e di costi²⁹. Infine lo studio afferma che, per il minore che ha un'età vicina al compimento dei 18 anni, la capacità di discernimento può dirsi presunta³⁰ (tab. 1).

(tab. 1)

²³ La scelta del legislatore e della Corte Federale di non indicare riferimenti d'età cui rapportarsi, non aiutano «certamente i professionisti della salute che sono di fronte quotidianamente alla difficoltà di valutare il discernimento dei giovani pazienti», come si legge in O. GUILLOD, *Bref commentaire de l'arrêt du Tribunal fédéral (Ile Cour de droit public) du 2 avril 2008, 2C_5/2008*, cit., p. 69.

²⁴ Si pensi, a titolo di esempio, all'art. 8.7 della citata Legge federale in materia di trapianti, che fissa l'età a 16 anni per il donatore. In questo caso, però, non trattasi di legge cantonale ma di legge federale speciale e, come ricordato da Guillod, «contrariamente ai cantoni, il legislatore federale ha naturalmente il diritto di derogare in una sua legge speciale a un principio generale derivante dal codice civile», in O. GUILLOD, *Bref commentaire de l'arrêt du Tribunal fédéral (Ile Cour de droit public) du 2 avril 2008, 2C_5/2008*, cit., p. 69.

²⁵ Solo il Canton Ticino ha precisato, nell'art. 8.2 della Legge sanitaria ticinese, in aperto contrasto con la normativa federale, che «se il paziente di età inferiore ai sedici anni il consenso è dato dal rappresentante legale», come si evince dal testo della Legge sulla promozione della salute e il coordinamento sanitario (Legge sanitaria) del 18 aprile 1989: «art. 8 *minorenni*: 1. Le disposizioni previste dall'art. 7 sono applicabili anche ai minorenni che hanno compiuto il sedicesimo anno di età. 2. Se il paziente è di età inferiore ai sedici anni il consenso è dato dal rappresentante legale. È riservato il capoverso 3 di questo articolo. 3. Una prestazione sanitaria può essere attuata a un minore di sedici anni senza il consenso del rappresentante legale in caso di imminente o non altrimenti evitabile pericolo di morte o di grave menomazione del paziente». Il diritto cantonale ticinese, in effetti, dovrebbe rispettare il diritto federale in materia sanitaria, essendo il diritto federale fonte ad esso sovraordinata: tuttavia, il diritto cantonale non è aggiornato automaticamente ad ogni variazione del diritto federale e questo comporta, come in questo caso, uno sfasamento fra i due livelli normativi. Si pensi, a titolo di ulteriore esempio, all'art. 31 della Legge sanitaria del Canton du Valais per il quale, rispetto all'obbligo di informazione prevede la possibilità che il medico possa informare il rappresentante legale di un paziente minore anche se capace di discernimento (Art. 31 - *Respect de la sphère privée du patient*: «3. *S'il y a de justes motifs, le professionnel de la santé peut informer le représentant légal d'un patient mineur ou interdit capable de discernement*»).

²⁶ M. MIRABAUD, R. BARBE, F. NARRING, *Les adolescents sont-ils capables de discernement? Une question délicate pour le médecin*, cit., p. 416.

²⁷ ATF 134 II 235

²⁸ *Ibidem*.

²⁹ Cfr. C. RUTISHAUER, *Contradiction entre relation adaptée au patient adolescent et aspects légaux*, cit., pp. 31 ss.; P. MUZNY, *L'autonomie du patient mineur, entre certitudes et incertitudes*, cit., pp. 79 ss.

³⁰ ATF 134 II 235.



Età	Capacità di discernimento
Sotto i 12 anni	La capacità di discernimento non è ancora riconosciuta per ciò che concerne gli interventi e i trattamenti medici
Fra i 12 e i 16 anni	La capacità di discernimento deve essere giudicata individualmente in funzione del tipo di intervento medico previsto
Al di là dei 16 anni	La capacità di discernimento può essere ammessa per le decisioni non gravi. Per i trattamenti più gravosi nei loro effetti e più costosi, l'assenso del rappresentante legale è necessario
In prossimità dei 18 anni	Si può ammettere che la capacità di discernimento è presunta

4. Nell'ordinamento svizzero, quindi, se il minore è capace di discernimento e rifiuta un trattamento, di cui comprende le misure, le modalità e i rischi, il trattamento non può essere realizzato, proprio in virtù del rispetto della sua autonomia, salvo ipotesi derogatorie previste espressamente dalla legislazione speciale in situazioni specifiche.

Diversa è la situazione, invece, in caso di minore incapace di discernimento: nel caso di minore incapace di discernimento, in quanto qui è il rappresentante legale che agisce "in nome" del minore incapace, con una "decisione di sostituzione", che deve essere guidata dal migliore interesse del minore¹. L'opinione del minore, però, dovrà essere rilevata, in quanto, pur se incapace di discernimento, dovrà essere ascoltato, nei limiti e nei modi più appropriati rispetto alla sua età e alla sua condizione, come previsto dalla Convenzione di Oviedo e, più in generale, dall'art. 12 CRC.

In passato, parte della dottrina riteneva che potesse riconoscersi un vero e proprio potere di veto anche al minore incapace di discernimento, in virtù del principio per cui nessun atto medico può essere realizzato su un soggetto che vi si opponga, anche se si tratta di soggetto incapace di discernimento².

¹ Cfr. D. MANAI, *Les droits du patient adolescent en Suisse*, cit., pp. 262-263.

² Cfr. D. MANAI, *Les droits du patient adolescent en Suisse*, cit., p. 274. Ad oggi, alla luce dell'art. 19c.2 CC, sembra possa dirsi che un diritto di veto possa essere riconosciuto solo se la legge lo preveda espressamente, come nel caso della legge sui trapianti. In essa è stabilito, infatti, che non possa esserci prelievo di organi, di tessuti o di cellule su persone minori o incapaci di discernimento (art. 13.1 Legge sui trapianti), salvo i casi eccezionali di un prelievo di tessuti e cellule che si rigenerano e in presenza delle situazioni specifiche indicate dalla legge (art. 13.2)². La lettera h) dell'art. 13.2, per quel che qui interessa, indica espressamente che «il prelievo di tessuti e cellule che possono rigenerarsi è possibile solo se nessun indizio non faccia pensare che la persona incapace di discernimento si opporrebbe ad un prelievo». RS 810.21, Loi fédérale sur la transplantation d'organes, de tissus et de cellules (Lois sur la transplantation), Art. 13: «1. Non può esserci prelievo di organi, di tessuti o di cellule su persone minori o incapaci di discernimento. 2. A titolo eccezionale, dei tessuti o delle cellule che si rigenerano possono essere prelevati su persone minori o incapaci di discernimento se: a. il trapianto presenta soltanto un rischio minimo ed è minimamente traumatizzante per il donatore; b. il ricevente non può essere curato con un altro metodo terapeutico di efficacia comparabile; c. non è disponibile un donatore idoneo maggiorenne e capace di discernimento; d. il ricevente è un genitore, un figlio, un fratello o una sorella del donatore; e. la donazione può salvare la vita del ricevente; f. il rappresentante legale è stato informato in modo esauriente e vi ha acconsentito liberamente e per scritto; g. la persona capace di discernimento ma minorenni è stata informata in modo esauriente e vi ha acconsentito liberamente e per scritto; h. non vi sono indizi che la persona incapace di discernimento si opponga al prelievo; i. un'autorità indipendente ha dato il proprio consenso». La traduzione italiana evita di indicare il riferi-



Esiste, tuttavia, un'eccezione alla regola della rappresentanza: il rappresentante legale, infatti, interviene manifestando il consenso in nome e per conto del minore incapace «sempre che un diritto non sia tanto strettamente connesso con la personalità da escludere ogni rappresentanza» (art. 19 c.2 CC). Se si tratta di un diritto così tanto strettamente connesso con la personalità, il minore incapace di discernimento non potrà compierli autonomamente, ma non potrà essere riconosciuto alcun potere sostitutivo neanche al suo rappresentante legale. Gli atti *strettamente connessi con la personalità*, in effetti, non possono che essere compiuti dalla persona che ne è titolare: se la persona è capace di discernimento, li compirà personalmente; se è incapace, tali atti resteranno inattuati.

Come previsto nel nostro ordinamento giuridico, anche in quello elvetico, qualora il medico ritenga di essere in una situazione di conflitto d'interessi fra la decisione presa dal rappresentante legale del minore incapace e il suo interesse, il medico può rivolgersi all'autorità di protezione dei minori affinché prenda la decisione di autorizzare o meno il trattamento.

In sintesi, dunque, nell'ordinamento svizzero il diritto all'autodeterminazione del minore non dipende né da un'età cronologica, né dalla sua capacità civile, ma dalla sua capacità di discernimento. Il minore potrà, se capace di discernimento, esercitare autonomamente la propria scelta, come principio generale, salvo che non riguardi una situazione per la quale la legislazione speciale non preveda una differente regolamentazione, in deroga alle disposizioni generali codicistiche.

Non si può dare per presunto, però, il fatto che il minore abbia scelto liberamente e, perciò, è opportuno verificare e assicurarsi che la decisione sia stata presa senza costrizioni, per timore, sotto pressione psicologica. Sarebbe, certo, preferibile che il minore, pur capace di decidere autonomamente, coinvolgesse in ogni caso i suoi genitori nelle sue decisioni, al fine di evitare che sorga un conflitto fra il minore, i genitori e il personale medico, che metta in difficoltà concretamente tutti gli attori della decisione da prendere³.

Per i minori incapaci di discernimento, invece, la regola generale è quella prevista dall'art. 19c.2 CC: se il minore è incapace, deciderà per lui il suo rappresentante legale, salvo che non si sia in una delle ipotesi di diritti così strettamente connessi alla personalità da escludere qualsiasi forma di rappresentanza legale oppure salvo che la legislazione speciale non abbia previsto, in situazioni specifiche, deroghe esplicite alla disciplina generale, attribuendo al rappresentante legale il potere di esprimere comunque il suo consenso (si veda, ad esempio, la legislazione federale in materia di analisi genetiche) o escludendo in ogni caso il potere di consentire del rappresentante nell'ipotesi di rifiuto del minore incapace, deducibile anche solo implicitamente (si veda, a titolo di esempio, la normativa federale in materia di trapianti).

mento esplicito ai minori e lo riporta al punto a. con risultati esegetici discutibili, prevedendo la seguente dicitura: «Sono ammesse eccezioni per i prelievi di tessuti o cellule rigenerabili se: a. il trapianto per la persona incapace di discernimento o minorenni presenta soltanto un rischio minimo ed è minimamente traumatizzante».

³ Cfr. D. MANAI, *Les droits du patient adolescent en Suisse*, cit., pp. 267-268.



5. Il panorama normativo italiano in materia di consenso dei minori di fronte al trattamento medico si trova in una situazione di sostanziale anomia.

De iure condendo, si possono rinvenire alcuni elementi relativi ai minori d'età in quella proposta di legge (richiamata come d.d.l. Calabrò¹) avanzata nella scorsa legislatura e relativa al consenso informato. Nell'art. 2.7² di questo disegno di legge, si riprende il tema del consenso dei minori, riconoscendo il potere di acconsentire o rifiutare solo in capo ai soggetti esercenti la responsabilità genitoriale o la tutela, «dopo avere attentamente ascoltato i desideri e le richieste del minore». Il testo in questione replica, in sostanza, l'impostazione generale relativa alla responsabilità genitoriale, pur utilizzando un'espressione (ascolto attento dei desideri e delle richieste) alquanto vaga e manchevole di riferimento alcuno all'età e al grado di maturità del minore, per usare le parole della Convenzione di Oviedo, o almeno alla sua capacità di discernimento, come previsto a seguito della riforma del diritto della filiazione, in materia di ascolto del minore nelle questioni che lo riguardino direttamente.

La seconda parte dello stesso art. 2.7 prevede che «la decisione di tali soggetti [genitori o rappresentanti del minore] è adottata avendo come scopo esclusivo la salvaguardia della vita e della salute psico-fisica del minore»: in questo sembra indicarsi, tra le righe, il principio del superiore interesse del minore come bussola nell'espressione del consenso da parte del genitore o rappresentante, come tuttavia è normale che sia, essendo il migliore interesse del figlio e il suo bene la tensione e il fine di ogni decisione che l'adulto prende in suo nome. Tutto questo *de iure condendo*.

De iure condito, invece, si è in assenza di una disciplina specifica e l'interprete è così costretto a dover setacciare la normativa vigente per dedurre una possibile regolamentazione, a partire in particolare da quelle disposizioni che richiamano una scelta del minore su una questione di tipo esistenziale, soprattutto in ambito sanitario³.

Come noto, nella legislazione speciale si possono individuare casi in cui il legislatore ha fatto emergere una certa autonomia decisionale del minore di fronte ad alcune scelte in materia di salute, a fronte di altri in cui pare mantenersi un'impostazione più "tradizionale"⁴.

Preliminarmente sembra opportuno soffermarsi sulla disciplina contenuta nella l. 837/56, in materia di profilassi per malattie veneree, in particolare sugli artt. 2 e 4 della legge, in cui il legislatore provvede in modo tale da porre la disciplina in materia, almeno agli occhi parziali dell'interprete, a metà strada fra la soggezione alla responsabilità genitoriale e l'autonomia del minore: nell'art. 2, infatti, la l. 837/56 prevede l'obbligo per gli esercenti la responsabilità genitoriale, o la tutela, di provvedere alla cura dei minori o dell'incapace loro affidato, quando siano a conoscenza della malattia venerea del minore o dell'incapace. È prevista, però, anche la possibilità per il mi-

¹ «Disposizioni in materia di alleanza terapeutica, di consenso informato e di dichiarazioni anticipate di trattamento» (d.d.l. n. S. 10-51-136-281-285-483-800-972-994-1095-1188-1323-1363-1368-B).

² L'art. 2, in materia di consenso informato, prevede, al comma 7, che «Il consenso informato al trattamento sanitario del minore è espresso o rifiutato dagli esercenti la responsabilità genitoriale parentale o la tutela dopo avere attentamente ascoltato i desideri e le richieste del minore. La decisione di tali soggetti è adottata avendo come scopo esclusivo la salvaguardia della vita e della salute psico-fisica del minore» (corsivo aggiunto).

³ M. GRAZIADEI, *Il consenso informato e i suoi limiti*, in L. LENTI, E. PALERMO FABRIS, P. ZATTI (a cura di), *Trattato di biodiritto. I diritti in medicina*, Milano, Giuffrè, 2011, p. 197.

⁴ Si pensi all'art. 3 della l. 107/90 in materia di donazione di sangue, oppure alla più recente l. 219/05, in particolare sempre all'art. 3, relativa al prelievo di organi e sangue.



nore di rivolgersi direttamente al medico. L'art. 4 prevedeva, nell'ipotesi di minore che non avesse compiuto i 18 anni⁵, l'obbligo per il medico di «avvertire immediatamente la persona cui compete l'obbligo di far curare il malato ai sensi del secondo comma dell'art. 2», ovvero il genitore o il tutore; al contrario, per il minore che avesse compiuto i 18 anni, la «facoltà del sanitario di avvertire, quando lo ritenga opportuno, la persona cui compete l'obbligo di far curare il malato». Se la maggiore età era fissata a 21 anni, allora il minore che aveva compiuto i 18 anni era ancora certamente minore, ma paragonabile all'adolescente qualificato in dottrina come “minore maturo” o “grande minore”: ciò lascia spazio per immaginare che il legislatore volesse ascoltata e/o tenuta in considerazione, nel caso concreto, la volontà del minore ultradiciottenne.

Non si tratta, certamente e in senso proprio, del riconoscimento di uno spazio di autonomia decisionale, in quanto la norma lascia al medico la valutazione dell'opportunità di informare o no l'adulto responsabile.

È sicuramente riconducibile all'affermazione dell'autonomia del minore a decidere, invece, l'art. 12⁶ della l. 194/78, in materia di interruzione volontaria di gravidanza, che prevede il riconoscimento di fatto di una sfera di autodeterminazione sul proprio corpo della minorenni richiedente l'IVG, con i limiti derivanti dal più generale principio di tutela del feto fin dal concepimento⁷.

Inoltre, in riferimento all'art. 2 della stessa l. 194/78, dottrina e giurisprudenza si sono espresse nel senso di ritenere – a partire da una combinata lettura di questo articolo con l'art. 1 della l. 405/1975 (sui consultori familiari) e con le disposizioni in materia contenute nel codice penale – che sia possibile riconoscere al minore che abbia compiuto 14 anni la capacità di scegliere e autodeterminarsi in merito alla gestione della propria sessualità⁸.

⁵ Da ricordare che, all'epoca, la maggiore età era fissata a 21 anni, poi modificata a 18 anni dalla riforma del diritto di famiglia intervenuta nel 1975.

⁶ Art. 12 – «1. La richiesta di interruzione della gravidanza secondo le procedure della presente legge è fatta personalmente dalla donna. 2. Se la donna è di età inferiore ai diciotto anni, per l'interruzione della gravidanza è richiesto lo assenso di chi esercita sulla donna stessa la potestà o la tutela. Tuttavia, nei primi novanta giorni, quando vi siano seri motivi che impediscano o sconsiglino la consultazione delle persone esercenti la potestà o la tutela, oppure queste, interpellate, rifiutino il loro assenso o esprimano pareri tra loro difformi, il consultorio o la struttura socio-sanitaria, o il medico di fiducia, espleta i compiti e le procedure di cui all'articolo 5 e rimette entro sette giorni dalla richiesta una relazione, corredata del proprio parere, al giudice tutelare del luogo in cui esso opera. Il giudice tutelare, entro cinque giorni, sentita la donna e tenuto conto della sua volontà, delle ragioni che adduce e della relazione trasmessagli, può autorizzare la donna, con atto non soggetto a reclamo, a decidere la interruzione della gravidanza. 3. Qualora il medico accerti l'urgenza dell'intervento a causa di un grave pericolo per la salute della minore di diciotto anni, indipendentemente dall'assenso di chi esercita la potestà o la tutela e senza adire il giudice tutelare, certifica l'esistenza delle condizioni che giustificano l'interruzione della gravidanza. Tale certificazione costituisce titolo per ottenere in via d'urgenza l'intervento e, se necessario, il ricovero. Ai fini dell'interruzione della gravidanza dopo i primi novanta giorni, si applicano anche alla minore di diciotto anni le procedure di cui all'articolo 7, indipendentemente dall'assenso di chi esercita la potestà o la tutela».

⁷ Cfr. U. NANNINI, P. ZATTI, *Voce: Gravidanza (interruzione della)*, in *DDP*, IX, 1993, Torino, p. 260. Sul tema, si veda anche C.M. BIANCA, F. D. BUSNELLI (a cura di), *Commentario alla legge 22 maggio 1978, n. 194, Norme per la tutela sociale della maternità e sull'interruzione della gravidanza*, in *NLCCom*, 1978, pp. 1593 ss.

⁸ Anche la dottrina più tradizionale sembra esprimersi nel senso di non «estendere la funzione, e i poteri, del rappresentante legale ad una sfera di relazioni intime [...] sulle quali dignità vuole che abbia più potere di decisione la sola persona, non altri per essa. Il rispetto dovuto alla umana personalità fa giu-



È vero che la l. 405/75 non fa cenno a una fascia di età predeterminata a partire dalla quale al minore sarebbe consentito di poter richiedere di essere ascoltato e supportato rispetto alla propria sfera sessuale, ma nello spirito della legge si deve ritenere che l'operatore cui il minore si rivolge debba comunque valutare caso per caso se il minore sia sufficientemente maturo e consapevole per valutare le informazioni che gli sono state date e per assumere conseguentemente mezzi contraccettivi⁹.

Ancora, nell'art. 5 della l. 135/90, in materia di prevenzione e tutela contro l'AIDS, la dottrina¹⁰ ha dedotto la necessità che sia il minore capace di discernimento a prestare il suo consenso, in particolare alla luce dei commi 3 e 4 dell'articolo. L'art. 5.3, infatti, prevede che: «Nessuno può essere sottoposto, senza il suo consenso, ad analisi tendenti ad accertare l'infezione da HIV se non per motivi di necessità clinica nel suo interesse». Il successivo comma, poi, precisa che: «La comunicazione [...] può essere data esclusivamente alla persona cui tali esami sono riferiti».

Sembra porsi sulla stessa linea l'art. 120.2 del D.P.R. 309/90, in materia di disciplina degli stupefacenti, nel quale si prevede la possibilità da parte del minore di richiedere direttamente ai servizi pubblici per le dipendenze «di essere sottoposto ad accertamenti diagnostici e di definire un programma terapeutico e socio-riabilitativo».

Infine, appare di rilevante importanza l'art. 4 del d.lgs. 211/2003 in materia di sperimentazioni cliniche di medicinali per uso clinico, che prevede una disciplina specifica nell'ipotesi di sperimentazione clinica sui minori. Questa sperimentazione può essere intrapresa soltanto alle condizioni indicate nell'art. 4:

a) che sia stato ottenuto il consenso informato dei genitori o dell'altro genitore in mancanza di uno di essi o del rappresentante legale nel rispetto delle disposizioni normative vigenti in materia; il *consenso deve comunque rispecchiare la volontà del minore* e deve poter essere ritirato in qualsiasi momento senza che ciò comprometta il proseguimento dell'assistenza necessaria; b) che il minore abbia ricevuto, da personale esperto nel trattare con minori, *informazioni commisurate alla sua capacità di comprensione* sulla sperimentazione, i rischi e i benefici; c) lo sperimentatore o lo sperimentatore principale *tenga in considerazione la volontà esplicita del minore di rifiutare la partecipazione* alla sperimentazione o di ritirarsene in qualsiasi momento, *se il minore stesso è capace di formarsi un'opinione propria e di valutare le informazioni* di cui alla lettera b); [...] h) *l'interesse del paziente prevalga sempre sugli interessi della scienza e della società*.

La norma distingue il piano formale della prestazione del consenso (da parte dei genitori) da quello sostanziale, che si situa prima della manifestazione formale, del

dicare aberrante un tale risultato», in A. DE CUPIS, *I diritti della personalità*, in TDCC, Milano, Giuffrè, 1959, pp. 243 ss.

⁹ P. BENCIOLINI, *La consulenza agli adolescenti sui temi della sessualità: quali limiti?*, in *Consultorio familiare*, 1992, n. 2, pp. 95 ss. Risulta opportuno riportare anche la posizione di altra parte della dottrina, pur minoritaria, per la quale se le posizioni del minore e degli adulti che ne sono responsabili non dovessero coincidere, la questione della gestione del corpo del minore dovrebbe essere considerata proprio alla luce dell'art. 30 Cost., riconoscendo al genitore il diritto-dovere di intervenire sulla scelta del minore: «occorre riflettere e domandarsi se ciò che è lecito in astratto per i minori secondo l'ordinamento dello Stato, lo sia anche per quel minore che vive in una famiglia, che ha adottato modelli educativi che considerano dannosa la libertà sessuale e pongono limiti o divieti in questo campo». Sul punto, cfr. L. FERRI, *Della potestà dei genitori*, in *Comm. cod. civ. Scialoja-Branca*, Artt. 315-342, Bologna, Zanichelli, 1988, p. 19.

¹⁰ P. VERCELLONE, *Il corpo del minorenne: i trattamenti sanitari*, in G. COLLURA, L. LENTI, M. MANTOVANI (a cura di), *Trattato di diritto di famiglia. La filiazione*, 2002, Milano, Giuffrè, pp. 1000 ss.



consenso o del rifiuto del minore: il consenso espresso deve comunque rispecchiare la volontà del minore (lett. a), tanto che, se il genitore acconsente e il paziente minore rifiuta (lett. b) il medico deve comunque tenere in considerazione «la volontà esplicita del minore di rifiutare». Per poter rifiutare, certamente il minore deve essere capace di formarsi un'opinione propria e di valutare le informazioni che gli sono state fornite, in proporzione alla sua capacità di comprensione (lett. c): ovvero, in altre parole, deve essere capace di discernimento¹¹.

Quello che nel frattempo si può notare, comunque, da una sommaria analisi delle citate disposizioni¹² (delle quali non si deve dimenticare la loro sostanziale disomogeneità e appartenenza a ambiti e discipline molto differenti fra loro), è che lo spazio di autonomia decisionale viene riconosciuto al minore negli aspetti che riguardano la «sfera di relazioni intime», ovvero gli ambiti a cui fanno riferimento i diritti personalissimi riconosciuti ad ogni persona umana¹³, pur con delle sfumature differenti fra le singole situazioni analizzate.

¹¹ In merito a una sorta di “diritto al rifiuto” del minore capace di discernimento la dottrina ha parlato anche di una sorta di “autodeterminazione in senso debole”. Su punto, cfr. G.C. TURRI, *Autodeterminazione, trattamenti sanitari e minorenni*, in *MG*, 2005, 2 e in *QG*, 2000.

¹² L. NEPI, *Consenso informato e salute del minore*, in L. PALAZZANI (a cura di), *L'interesse del minore tra bioetica e biodiritto*, Roma, Studium, 2010, pp. 169-176; ANTONIO G. SPAGNOLO, M. CICERONE, *Etica della sperimentazione clinica dei farmaci sui minori*, in L. PALAZZANI (a cura di), *L'interesse del minore tra bioetica e biodiritto*, cit., pp. 89-118.

¹³ Cfr. A. DE CUPIS, *I diritti della personalità*, cit., pp. 243 ss.



6. Il *thema disputandum* ha fatto la sua apparizione nei tribunali solo in ristrette occasioni, tutte concentrate intorno allo stesso periodo di tempo e, per lo più, scaturite da questioni sostanzialmente sovrapponibili, relative alle vaccinazioni obbligatorie, alle emotrasfusioni in presenza di pazienti minori di età e figli di testimoni di Geova, o infine alla scelta di terapie alternative, in particolare la c.d. “Multiterapia Di Bella” (MDB), in caso di malattie molto gravi e a prognosi incerta¹.

Tuttavia, pur se quantitativamente limitate, di fronte a «una materia così poco regolata dalla legge, le decisioni dei giudici rivestono un’importanza particolarmente elevata come fonti del diritto»².

Nelle decisioni in materia di *vaccinazioni obbligatorie*, i minori coinvolti erano per lo più bambini e ragazzi, la cui situazione non è rilevante dal punto di vista dell’autonomia decisionale: nei casi in cui la questione riguardava un adolescente capace di discernimento, la decisione dei giudici si è orientata nel non imporre in modo coercitivo la vaccinazione³.

Le decisioni in materia di *emotrasfusioni*, invece, non riguardavano minori maturi e/o capaci di discernimento, ma sul tema mettendo in gioco sia il diritto alla libertà religiosa, sia quello alla salute, si è ritenuto in dottrina⁴ che un giudice non potrebbe ordinare l’effettuazione della trasfusione di sangue in modo coercitivo se il minore fosse contrario.

Sicuramente le decisioni più rilevanti ai fini dell’argomento in questione sono quelle inerenti *trattamenti sanitari oncologici* di tipo invasivo.

In un primo caso (1998)⁵, il Tribunale per i minorenni di Venezia si trovò ad affrontare la situazione di una bambina di 9 anni, affetta da leucemia linfoblastica acuta, con dichiarate buone probabilità di guarigione (70%), in cura con protocollo terapeutico ufficialmente sperimentato e riconosciuto (AIEOP 9502): il programma terapeutico sarebbe dovuto durare due anni, ma fu interrotto per sperimentare la Multiterapia Di Bella (MDB)⁶. A seguito della sperimentazione, il quadro clinico era peggiorato e le probabilità di guarigione erano scese al 30%, addirittura mettendo in discussione le possibilità di sopravvivenza della bambina.

Il Tribunale intervenne dopo l’interruzione del protocollo ufficiale ma decise di non limitare la responsabilità genitoriale ex art. 330 c.c. perché la bambina, che comprendeva a che livello la sua malattia era degenerata, si opponeva ad un nuovo ciclo di terapia chemioterapica, che l’aveva segnata e aveva condizionato le sue relazioni sociali. In più, non c’era certezza sulla prognosi e su un’effettiva possibilità di guarigione o sopravvivenza. Su un piano più strettamente inerente l’esercizio della respon-

¹ Cfr. sul tema: G. TURRI, *Autodeterminazione, trattamenti sanitari e minorenni*, in *QG*, 2000, n. 3, pp. 2-5.

² L. LENTI, *Autodeterminazione e consenso nell’incapacità e capacità non completa*, in L. LENTI, E. PALERMO FABRIS, P. ZATTI, *Trattato di biodiritto. I diritti in medicina*, Milano, Giuffrè, 2011, p. 455.

³ Cfr. Trib. Min. Taranto, 23.1.1997, in *MG*, 1997, n. 4, p. 154.

⁴ L. LENTI, *Autodeterminazione e consenso nell’incapacità e capacità non completa*, cit., p. 456.

⁵ Trib. Min. Venezia, 7.10.1998, in *DF*, 1999, p. 690.

⁶ Sul tema della MDB, si segnalano i commenti sul tema di: L. GHIDORI, *Le terapie mediche per il bambino imposte dal giudice di fronte al rifiuto dei genitori*, in *MG*, 2001, n. 2, pp. 133 ss.; G. GRIFASI, *Potestà dei genitori e scelte terapeutiche a tutela della salute dei figli minori*, in *NGCC*, 2000, I, pp. 218-221.; M. GRONDONA, *Potestà dei genitori ed intervento del giudice; medicina ufficiale e medicina alternativa: un difficile (ma non impossibile) equilibrio*, in *NGCC*, 2000, I, pp. 222 ss.; B. LENA, *I trattamenti sanitari sui minori: responsabilità genitoriale del genitore e intervento del giudice*, in *FD*, 1999, pp. 470 ss.; E. PELLECCCHIA, *La salute dei minori tra autodeterminazione, responsabilità genitoriale e intervento del giudice*, in *NGCC*, 2000, I, pp. 218 ss, pp. 103 ss.; G. SERGIO, *Interesse del minore e scelte terapeutiche. Lettura ragionata di due casi giudiziari*, in *DF*, 2001, pp. 637 ss.



sabilità genitoriale, «la decisione dei genitori non appariva influenzata da motivi ideologici, non era stata rilevata né inadeguatezza, né superficialità, né negligenza, né incompletezza nella condotta dei genitori».

Per questo, ai sensi dell'art. 12 CRC e dell'art. 6 Oviedo (ora si dovrebbe rinviare anche all'art. 315 bis c.c.) i giudici ritennero che la volontà della minore dovesse essere ascoltata e tenuta nella dovuta considerazione.

Nello stesso anno⁷ anche a Brescia si presentò la situazione di una bambina di 10 anni, affetta da leucemia linfoblastica acuta di tipo B, in cura con lo stesso protocollo di Venezia (AIEOP 9502), che stava dando ottimi risultati, con una prospettiva di guarigione dell'80%: i genitori, vedendo gli effetti collaterali della terapia e a fronte della non completa certezza del protocollo ufficiale, invocarono il diritto di sperimentare terapie alternative, dirottando la cura del figlio sulla MDB.

Il Tribunale per i minorenni di Brescia, investito della questione, analizzando la situazione e considerando l'efficacia non dimostrata della MDB, ordinò la prosecuzione della terapia convenzionale.

La decisione venne appellata in secondo grado e la Corte d'Appello decise dapprima di approfondire la comparazione fra la terapia ufficiale e la MDB, rilevando che quest'ultimo trattamento non era sperimentabile per il tipo di malattia della bambina (e che, in ogni caso, la sua sperimentazione era ufficialmente ammessa, ex art. 3 della l. 94/98, solo per soggetti che lo avessero richiesto e avessero consentito personalmente) e che, pur considerando i pesanti effetti prodotti dalla chemioterapia sulla qualità della vita della bambina, si doveva decretare l'esecuzione coatta della terapia convenzionale.

Tutto ciò auspicando che la minore si convincesse dell'opportunità di affrontare il dolore e il disagio della terapia in funzione della guarigione⁸.

Tuttavia, i genitori si opposero fermamente all'applicazione coatta della terapia e, di fronte a questo fermo rifiuto, unito al forte diniego espresso dalla bambina, i giudici del Tribunale per i minorenni di Brescia, nuovamente investito della questione, decisero di disporre due consulenze tecniche di natura psicologica e medico-legale per valutare lo stato emotivo della bambina e l'effettiva attuabilità coattiva della terapia. La successiva archiviazione decisa dai giudici derivò non tanto perché non ritenessero valido il protocollo terapeutico ufficiale, ma perché dalle perizie emerse l'impossibilità di un trattamento coattivo a fronte del rifiuto persistente dei genitori e, soprattutto, della bambina, capace di discernimento, in grado di esprimersi senza esitazioni e di dialogare, «con una determinazione e una lucidità non facilmente riscontrabile in bambini della sua età»⁹.

⁷ Trib. Min. Brescia 28.12.1998, in *NGCC*, 2000, I, pp. 204-218.

⁸ Corte App. Brescia, 13.2.1999, in *NGCC*, 2000, I, pp. 204-218.

⁹ Trib. Min. Brescia 22.5.1999, in *NGCC*, 2000, I, pp. 204-218. Il Collegio, pur riaffermando la validità delle ragioni di fatto e di diritto poste a fondamento dei precedenti provvedimenti e pur ritenendo doveroso richiamare i genitori alle gravi responsabilità che essi si sono assunti sul piano morale e giuridico con la loro persistente violazione delle prescrizioni impartite dall'Autorità Giudiziaria, non può che constatare la mancanza di strumenti attuativi per assicurare a XY. il diritto a ricevere una terapia che deriva dall'evidenza della ricerca scientifica». Importanti le annotazioni sulla capacità di comprensione della minore: la bambina, infatti, aveva «espresso sia nel colloquio sostenuto [...] con il giudice relatore ed il componente privato psicologo di questo tribunale, sia nell'incontro avuto con i consulenti tecnici d'ufficio [...] un netto rifiuto a riprendere la chemioterapia interrotta, giustificando questa sua determinazione con il grave stato di malessere, dolore e sofferenza, sperimentato nel corso delle cure; XY. ha



Di un anno successivo è la decisione del Tribunale per i minorenni e della Corte di Appello di Ancona (1999)¹⁰.

La vicenda che i giudici anconetani si trovarono ad affrontare riguardava un bambino di 9 anni, colpito da osteosarcoma osteoblastico midollare, in trattamento chemioterapico, a cui era stata amputata una gamba: se la prognosi di sopravvivenza del bambino era inizialmente del 60%, dopo l'amputazione della gamba era scesa addirittura al 10/15%, con conseguente impossibilità di guarigione. Per questo, i genitori avevano interrotto la chemioterapia e avevano condotto in Germania il figlio, nella speranza che un medico non empirico (omeopata) potesse intervenire approntando una cura più efficace e meno dolorosa.

La questione arrivò al Tribunale per i minorenni di Ancona, che verificò come i genitori avessero sottratto immotivatamente il minore a un programma terapeutico certo, per sottoporlo a una cura differente e non provata nella sua validità, per motivi di tipo religioso-ideologico (i genitori erano testimoni di Geova) e, per questo, si espresse nel senso di una limitazione temporanea e urgente della responsabilità genitoriale, con nomina di un tutore e di un curatore speciale, sostenendo la sussistenza di un conflitto di interessi fra genitori e figlio.

Quando la decisione venne appellata, però, i giudici della Corte d'Appello revocarono il provvedimento emesso in primo grado, basandosi sulle condizioni molto gravi del bambino, che avrebbe tollerato molto male un nuovo ciclo di chemioterapia, sulle sue ridottissime possibilità di sopravvivenza e sul suo rifiuto esplicito di essere sottoposto a un nuovo ciclo chemioterapico. La Corte, inoltre, considerò anche la dimensione familiare non scontata, ovvero la condizione di serenità, tranquillità e sostegno che il bambino manifesta in presenza dei genitori, di cui nutriva profonda fiducia e che lo aiutavano ad affrontare il dolore che la malattia, in questa ultima fase, gli stava procurando.

La Corte d'Appello, quindi, valutò inesistente un conflitto di interessi tra genitori e figlio e confermò, piuttosto, un comportamento dei genitori teso a fare il pieno interesse del figlio: la decisione, quindi, diede rilievo sia al rifiuto del minore sia al rapporto di fiducia che lo legava ai genitori, valutando che questo fosse il miglior interesse del minore nel caso specifico.

Dello stesso anno (1999), un'ulteriore caso di cui vennero investiti nuovamente il Tribunale per i minorenni di Brescia e la relativa sezione d'Appello, in merito a un'adolescente di quattordici anni, il cui padre (vedovo e unico titolare della responsabilità genitoriale, in quanto la madre era da poco morta a causa della stessa malattia della figlia) le aveva fatto sospendere la chemioterapia e fatto iniziare la MDB.

I giudici intervennero ordinando al padre della ragazza di sospendere la MDB, di ripristinare la terapia convenzionale, di far supportare psicologicamente la minore e, soprattutto, di informarla compiutamente di quanto le stava accadendo: la ragazza, tenuta fino a quel momento all'oscuro, non poteva esprimere in modo pieno la sua visione a proposito di quanto stava vivendo e, data la sua età, era «certamente un soggetto il cui consenso non può essere trascurato, specie con riguardo a trattamenti sanitari particolarmente gravosi, o dolorosi, o controversi (come nel caso di specie);

dimostrato nell'esprimersi senza esitazioni e nel dialogare una determinazione e una lucidità non facilmente riscontrabile in bambini della sua età».

¹⁰ Corte App. Ancona, 26.3.1999, in *FD*, 1999, p. 467; in *DF* 1999, pp. 659 e in *NGCC*, 2000, I, p. 204.



tale indicazione pare emergere anche dalla Convenzione sui diritti dell'uomo e la biomedicina, con l'ulteriore conseguenza dell'incoercibilità di una terapia rispetto ad un *minore grandicello e maturo* che non vi abbia consentito»¹¹.

Proprio in riferimento alla sua maturità, quindi, si affermò la necessità che la minore fosse coinvolta in modo più pregnante nella fase di decisione, essendo di fronte a un trattamento incidente sul suo corpo, sulla sua salute, sulla sua qualità di vita e, quindi, in una prospettiva più ampia, sull'intera sua esistenza. Di conseguenza, si riconobbe il diritto di rifiutarsi di un minore maturo e capace di discernimento.

7. A partire dalla sostanziale anomia in materia di consenso, l'interprete è costretto a dover setacciare la normativa esistente in senso analogico, per valutare il comportamento assunto dal legislatore di fronte a situazioni in cui il minore potrebbe essere coinvolto in una scelta simile a quella dell'espressione del consenso al trattamento medico.

Le poche decisioni giurisprudenziali esistenti in materia nel contesto italiano si orientano, come si è visto, fra due opposti: la prevalenza della decisione del genitore e il riconoscimento di uno spazio di autonomia decisionale del minore capace di discernimento, nel senso di un potere di opposizione verso un trattamento su cui non concorda¹².

La posizione tradizionalmente assunta dalla dottrina italiana in materia si attesta sulla necessità che, anche per il compimento di atti a contenuto non patrimoniale, sia necessaria la capacità di agire: la manifestazione di volontà «richiede dunque la capacità di agire del soggetto oppure, in mancanza, l'intervento del suo rappresentante legale»¹³ e, siccome «i trattamenti sanitari rivolti a minorenni necessitano anch'essi di un consenso informato»¹⁴, tale consenso deve essere prestato dal legale rappresentante del minore incapace di agire¹⁵.

Secondo questa interpretazione, quindi, se il minore è incapace di agire, il consenso verrà prestato, per suo conto, dai genitori esercenti la responsabilità genitoriale

¹¹ «Chi non può rimanere estraneo a tale scelta è peraltro la diretta interessata, la quale, ormai quattordicenne, deve poter conoscere la reale entità della sua malattia, le terapie praticabili e le loro caratteristiche, anche rispetto alla possibilità di guarigione dichiarate. Informare compiutamente la minore del suo stato di salute significa renderle noto che la natura della sua malattia è uguale a quella per cui la madre è di recente deceduta, e che la terapia ad oggi più accreditata sul piano scientifico è quella inutilmente sperimentata dalla madre stessa; il silenzio serbato finora dal padre è pertanto umanamente comprensibile, perché certamente ispirato all'intento di proteggere la figlia. Il *minore grandicello* è peraltro certamente un soggetto il cui consenso non può essere trascurato, specie con riguardo a trattamenti sanitari particolarmente gravosi, o dolorosi, o controversi (come nel caso di specie); tale indicazione pare emergere anche dalla Convenzione sui diritti dell'uomo e la biomedicina, con l'ulteriore conseguenza dell'incoercibilità di una terapia rispetto ad un minore grandicello e maturo che non vi abbia consentito», in Trib. Min. Brescia, 22.5.1999, in *NGCC*, 2000, I, pp. 204-218. Nella richiesta del PM, la ragazza è qualificata, per la sua età, un «minore grandicello», espressione certamente anomala, rispetto a quella di «grande minore» o «minore maturo» già presente nelle riflessioni in dottrina, che tuttavia essa richiama nella sostanza.

¹² Cfr. M. PICCINNI, *Il consenso al trattamento medico del minore*, cit., p. 256; M. DE ACUTIS, C. EBENE, P. ZATTI (a cura di), *Tutela della salute e diritto privato*, Milano, Giuffrè, 1978, p. 144.

¹³ L. LENTI, *Autodeterminazione e consenso nell'incapacità e capacità non completa*, cit., p. 418. Per una sintetica ricostruzione sul tema, cfr. A. TOGNONI, *Il consenso informato del minore. Aspetti generali e casi pratici*, in *Quaderni acp*, 2013, 20(2), pp. 84-87.

¹⁴ *Ibidem*.

¹⁵ *Ibidem*.



o dal tutore, ex art. 357 cc.: sarà il principio della responsabilità genitoriale a disciplinare, perciò, il caso di consenso al trattamento sanitario sul minore, fino al raggiungimento della maggiore età da parte di quest'ultimo¹⁶.

Si deve, tuttavia, ricordare che «la responsabilità genitoriale dei genitori nei confronti del bambino è riconosciuta dall'art. 30 Cost., ai commi 1 e 2, non come loro libertà personale, ma come diritto-dovere che trova nell'interesse del figlio la sua funzione ed il suo limite»¹⁷ o, con le parole dei giudici della Suprema Corte, si può rammentare che il potere decisionale del genitore, come quello di ogni rappresentante legale del minore, deve essere «orientato alla tutela del diritto alla vita del rappresentato e agire nell'esclusivo interesse dell'incapace; e nella ricerca del *best interest*, dovendo decidere *non al posto dell'incapace, né per l'incapace, ma con l'incapace*»¹⁸. La responsabilità genitoriale e la funzione educativa che ne è parte fondamentale, infatti, sono «entrambe finalizzate alla formazione e allo sviluppo del figlio»¹⁹, non possono che essere, cioè, funzionalizzate prima di tutto alla protezione e allo sviluppo dell'autonomia del minore, ovvero, nel contesto di cui si discute, «alla protezione dell'esistenza e alla promozione della salute dei figli»²⁰.

In più, riguardo a questo, si potrebbe aggiungere, con Stanzione, che se lo scopo della funzione educativa è quello di «formare o contribuire a formare una persona libera e consapevole delle scelte che va ad operare nel corso della sua vita, non v'è, crediamo, metodo migliore che sperimentare tale attitudine man mano che il minore cresce in maturità ed acquista consapevolezza del suo esser persona»²¹.

Nell'ipotesi in cui i genitori non fossero concordi nella decisione da prendere o, ancora, prendessero una decisione valutabile come contraria all'interesse del figlio, il medico potrebbe valutare necessario o indispensabile procedere con la segnalazione alla Procura della Repubblica presso il Tribunale per i Minorenni competente per territorio, in modo che la Procura presenti il relativo ricorso al Tribunale e si possa ottenere un provvedimento ex art. 330 o 333 c.c., con il quale il giudice interverrebbe con una sospensione della responsabilità genitoriale del genitore limitatamente all'atto da compiere e autorizzerebbe il medico al compimento della prestazione sanitaria nell'interesse del minore. Il ruolo del medico è quello di «controllo esterno di corrispondenza delle scelte operate dall'adulto all'interesse del paziente minore»²².

8. Nonostante il dato normativo attuale e le conseguenti interpretazioni date da una dottrina e una giurisprudenza di impostazione tradizionale, che rimandano e si

¹⁶ S. BENZONI, G.O. CESARO, P. LOVATI, P. VIZIELLO, *Prima dei 18 anni. L'autonomia decisionale del minore in ambito sanitario*, cit., p. 22; Pret. Milano, 18.9.1982, in *FI*, 1984, I, p. 3066.

¹⁷ Corte App. Brescia, 13.2.1999, in *NGCC*, 2000, I, p. 204.

¹⁸ Cass. Civ., Sez. Unite, 13 novembre 2008, n. 27145.

¹⁹ P. CENDON, *I bambini e i loro diritti*, Bologna, Il Mulino, 1991, p. 104.

²⁰ M. PICCINNI, *Il consenso al trattamento medico del minore*, cit., p. 242. Si veda anche: M. DOGLIOTTI, *Le persone fisiche*, in *Trattato di diritto privato*, 1999, pp. 15 ss; L. BIGLIAZZI GERI, U. BRECCIA, F. D. BUSNELLI, U. NATOLI, *Diritto civile*, Torino, Utet, 1996, pp. 123 ss, ritengono sussistenti anche nel nostro ordinamento giuridico, nonostante il silenzio della legge, gli obblighi che il *Code civil* francese prevede in materia di *autorité parentale*, là dove è previsto, all'art. 371.1, che tale autorità sia data ai genitori affinché essi proteggano il figlio nella sua sicurezza, salute e moralità. Pizzorusso ricollega l'art. 30.1 Cost. all'esigenza di proteggere l'integrità psicofisica del minore, intesa nel senso di assicurare (in caso di bisogno) il mantenimento, l'assistenza e di provvedere alle misure sanitarie necessarie.

²¹ P. STANZIONE, *Capacità e minore età*, cit., p. 371.

²² M. PICCINNI, *Il consenso al trattamento medico del minore*, cit., p. 267.



incentrano sul concetto di incapacità assoluta di agire del minore d'età, la discussione in merito al consenso al trattamento medico da parte del paziente minore d'età è tutt'altro che risolta e non si esaurisce nelle considerazioni appena svolte.

È opinione condivisa da ampia dottrina²³, infatti, la necessità di coinvolgere il minore, in particolare se capace di discernimento, «nel processo decisionale che porta alla manifestazione del consenso da parte del suo legale rappresentante, come pure la necessità di informarlo, di ascoltare la sua opinione e di tenerne conto come fattore decisivo in modo progressivamente crescente con la sua età e con la sua effettiva maturità»²⁴.

Si discute, quindi, di un coinvolgimento che sia ancora più ampio, ovvero della possibilità di vedere il minore capace di discernimento titolare di un'autonomia decisionale in merito al trattamento medico cui deve essere sottoposto, come avviene nell'ordinamento svizzero²⁵:

È questo un terreno di prova per il principio di superiore interesse del minore²⁶ e anche per un'osservazione e interpretazione del tema in ottica di diritto vivente.

Studi condotti sull'autonomia del minore, in relazione a scelte mediche sulla sua salute, hanno mostrato come la sua autonomia di giudizio sia accresciuta quando vi sia un suo coinvolgimento nella presa di decisione (e viceversa in caso contrario)²⁷, e in questo senso, allora, anche il minore incapace di discernimento non deve risultare escluso dal momento decisionale, ma dovrà essere ascoltato, reso partecipe e preparato, in base e nei limiti delle sue possibilità, della sua maturità, della sua capacità di comprensione e di espressione. Questo anche se l'espressione del consenso informato dovrà essere realizzato «con il minore»²⁸, nel suo interesse, da parte dei genitori esercenti la responsabilità genitoriale o dal tutore, con la possibilità di richiedere

²³ Si veda sul tema: L. NANNIPIERI, *Il consenso ai trattamenti sanitari sui minori: il difficile e dinamico equilibrio tra responsabilità genitoriale e autodeterminazione*, in *MG*, 2009, n. 2, pp. 149 ss.; G. MONTANARI VERGALLO, *Il rapporto medico-paziente*, Milano, Giuffrè, 2008, pp. 148 ss.; A. PALAZZO, *La filiazione*, in *TCM*, Milano, Giuffrè, 2007, pp. 622 ss.; F. GIARDINA, *La maturità del minore nel diritto civile*, in *NGCC*, 2004, suppl. al n. 3, pp. 95 ss.; E. PELLECCIA, *La salute del minore tra autodeterminazione, responsabilità genitoriale e intervento del giudice*, cit., pp. 103 ss. Si vedano sul punto le critiche di Lenti che parla di «dissenso aperto, ma poveramente motivato» o «incerto e problematico», in L. LENTI, *Autodeterminazione e consenso nell'incapacità e capacità non completa*, cit., p. 418, nota 4, riferendosi a M. DOGLIOTTI, *La responsabilità genitoriale dei genitori e l'autonomia del minore*, in *TCM*, Milano, Giuffrè, 2007, pp. 297 ss., e A. GIARDINA, *La persona fisica*, in N. LIPARI, P. RESCIGNO (a cura di), *Diritto civile, I: Fonti, soggetti, famiglia, 1: Le fonti e i soggetti*, Milano, Giuffrè, 2009, pp. 296 ss.

²⁴ L. LENTI, *Autodeterminazione e consenso nell'incapacità e capacità non completa*, cit., p. 451.

²⁵ Afferma La Forgia: «Occorre verificare se sia possibile o meno per un minore c.d. "maturo" rifiutare o acconsentire ad un atto medico-chirurgico al di fuori dei casi su indicati [*stato di necessità e trattamenti sanitario obbligatori*], ovvero se la sua effettiva capacità di intendere e volere possa prevalere sulla generale presunzione legale di incapacità e gli consenta di esercitare analogamente a quanto avviene per i soggetti adulti e capaci un consenso informato», in G. LA FORGIA, *Il consenso informato del minore "maturo" agli atti medico-chirurgici: una difficile scelta di equilibrio tra l'auto e l'etero-determinazione*, in *FD*, n. 4, 2004, p. 408; M. PICCINNI, *Il consenso al trattamento medico del minore*, Padova, Cedam, 2007, p. 245.

²⁶ Cfr. E. LA ROSA, *Tutela dei minori e contesti familiari. Contributo allo studio per uno statuto dei diritti dei minori*, Milano, Giuffrè, 2005, p. 193; M. PICCINNI, *Il consenso al trattamento medico del minore*, cit., p. 245.

²⁷ Cfr. M. BERTOLOTTI, P. MASSAGLIA, *La comunicazione nel percorso terapeutico del minore malato*, in *MG*, 2005, pp. 80 ss.; *B.M.A.*, p. 5, in cui si sottolinea che «è essenziale che ai bambini e ai giovani sia dimostrato che le loro opinioni sono valutate e, se del caso, che tali opinioni verranno trattate in modo confidenziale, alle stesse condizioni del dialogo con altri pazienti».

²⁸ Cass. Civ., Sez. Unite, 13 novembre 2008, n. 27145: «Non al posto dell'incapace, né per l'incapace, ma con l'incapace».



l'intervento del giudice da parte del medico, ex art. 333 c.c., in caso di dubbio sul rispetto del migliore interesse del minore.

Per il minore capace di discernimento, inoltre, pur non esistendo «una regola chiara e univoca che stabilisca qual è il livello di autodeterminazione spettante ai minorenni con riguardo ai diritti fondamentali della persona e in particolare alla libertà di gestione del proprio corpo e al diritto alla propria salute»²⁹, si potrebbe tuttavia arrivare ad affermare che egli, pur se ancora incapace legalmente di agire, potrebbe richiedere validamente interventi che accrescano il suo benessere fisico, anche in mancanza di consenso dei genitori o del rappresentante legale del minore³⁰.

A fronte di una dottrina tradizionale³¹ che considera il minore incapace a esprimere qualsiasi forma di consenso in materia sanitaria, altra parte della dottrina, al contrario, distingue l'incapacità del minore solo in riferimento alla «manifestazione di volontà diretta alla conclusione del contratto di cura»³², per la quale risulta «indispensabile richiamarsi alla capacità di agire [...], poiché qui trovano spazio gli accordi relativi all'onorario, o alle modalità di tempo e di luogo richieste per l'adempimento»³³, da quella alla manifestazione di consenso relativo al trattamento medico in senso stretto. In questa prospettiva, se «si fa dipendere la validità del consenso dalla capacità di agire del paziente»³⁴, allora si dovrebbe riconoscere al minore «che abbia raggiunto una certa età, di solito sedici anni, e che abbia la capacità di comprendere il significato e l'importanza dell'intervento proposto e quindi di decidere da sé»³⁵ di poter esprimere efficacemente il proprio consenso.

A tal fine sarà indispensabile «indagare che cosa deve essere in grado di rappresentarsi il minore in rapporto al suo male ed alle cure e quali risorse e competenze intellettive e psico-affettive ed emozionali gli consentono di manifestare una volontà personale e libera»³⁶, anche se non necessariamente «autonoma, perché si rischierebbe di pretendere che sia necessariamente indipendente da quella del genitore»³⁷.

9. In dottrina si delinea una posizione intermedia fra le due precedentemente descritte, a favore di una sorta di “autodeterminazione in senso debole”, che rinviene nella normativa vigente alcune tracce di riferimento nelle norme relative alla sperimentazione clinica di farmaci (su cui si tornerà in seguito) e in quella relativa all'interruzione volontaria della gravidanza, in considerazione del fatto che se in questi casi «il minore è considerato capace di valutare il rapporto costi-benefici in un caso così complesso, a maggior ragione deve essere trattato come soggetto competente laddove le valutazioni da compiere siano meno difficili»³⁸.

²⁹ L. LENTI, *Autodeterminazione e consenso nell'incapacità e capacità non completa*, cit., p. 452.

³⁰ Cfr. S. BENZONI, P. VIZZIELLO, *Il medico e i diritti del minore idoneo all'assunzione di responsabilità*, in G.O. CESARO (a cura di), *La tutela dell'interesse del minore, deontologie a confronto*, Milano, FrancoAngeli, 2007; P. STANZIONE, G. SCIANCALEPORE, *Minori e diritti fondamentali*, cit., p. 113.

³¹ G. CATTANEO, *La responsabilità del professionista*, Milano, Giuffrè, pp. 268 ss.

³² S. BAGGIO, *La responsabilità medica*, Milano, Giuffrè, 2008, p. 238.

³³ P. STANZIONE, V. ZAMBRANO, *Attività sanitaria e responsabilità civile*, 1998, Giuffrè, Milano, p. 265.

³⁴ A. PRINCIGALLI, *La responsabilità medica*, Napoli, Jovene, 1983, p. 211.

³⁵ *Ibidem*.

³⁶ G. C. TURRI, *Autodeterminazione, trattamenti sanitari e minorenni*, cit., pp. 11-12.

³⁷ *Ibidem*.

³⁸ M. PICCINNI, *Il consenso al trattamento medico del minore*, cit., p. 314.



Rispetto al trattamento medico, infatti, «soprattutto di fronte a interventi di grande peso come possono essere amputazioni, trapianti, donazioni d'organo, eccetera [...], non basta la tutela esercitata dai genitori, quando si tratta di un bambino consapevole, occorre, se non il suo consenso [...], perlomeno il suo assenso [...] e che comunque non ci sia il suo diniego o rifiuto»³⁹.

Questo perché «anche se formalmente l'espressione del consenso spetta agli adulti che hanno la legale rappresentanza del minore, ciò non significa che non debba essere ricercato anche il consenso, sostanziale, del malato minore che è il soggetto centrale nel rapporto terapeutico: sono infatti in gioco suoi diritti personalissimi e inalienabili»⁴⁰. L'esercizio di tali diritti, in effetti, «non è precluso dalla minore età, ma deve essere riconosciuto e garantito tenendo conto dell'effettiva capacità del soggetto di comprendere ed esprimere una volontà»⁴¹.

Al di là dei riferimenti contenuti nella legislazione speciale, un certo tracciato verso una qualche "autodeterminazione in senso debole" parrebbe delineato dai principi contenuti nella Convenzione di Oviedo, uniti a quelli del miglior interesse del minore e dell'ascolto previsti dalla CRC, ai principi costituzionali e al «progressivo ampliamento dell'area di autonomia garantita al minore»⁴², come confermato dalla recente riforma in materia di filiazione, già richiamata in precedenza, ex l. 219/2012 e ex d.lgs. 154/2013, che hanno introdotto nelle disposizioni del codice civile italiano espliciti riferimenti all'ascolto del minore, sia di fronte all'autorità giudiziaria (art. 336 bis c.c.) sia in ambito familiare (art. 315 bis c.c.).

Si configurerebbe, quindi, «un'accezione debole di autodeterminazione, facendola coincidere con l'attribuzione di rilievo potenzialmente decisivo alla volontà, adesiva o dissenziente, del paziente minore nel processo decisionale medico, allora il discorso può essere sviluppato»⁴³.

Tutto questo richiama la necessità che la relazione tra medico e malato minore sia costruita sulla massima attenzione del medico al diritto del paziente a essere informato e a essere messo in grado di partecipare attivamente al processo terapeutico, in proporzione alla sua effettiva maturità, come affermato anche nell'art. 33 del Codice italiano di deontologia medica, attivando e concretizzando un'alleanza terapeutica fondata su una relazione empatica fra il medico (e il personale sanitario in generale), il minore ricoverato e la sua famiglia.

In conclusione, quindi, si riconoscerebbe «anche al minore, purché capace di discernimento, un vero e proprio potere di *veto*, ovvero diritto di non subire alcuna forma di esecuzione coattiva sul proprio corpo»⁴⁴, manifestando, più che un diritto di scelta, un «diritto di resistenza»⁴⁵.

³⁹ A. BOMPIANI, *Il minore fra autonomia e tutela*, in *Bioetica*, 2003, n. 1, p. 96.

⁴⁰ E. CECCARELLI, A. GAMBA, *Il consenso informato e i minorenni*, cit., p. 140.

⁴¹ *Ibidem*.

⁴² G. C. TURRI, *Autodeterminazione, trattamenti sanitari e minorenni*, cit., pp. 15-16.

⁴³ G. C. TURRI, *Autodeterminazione, trattamenti sanitari e minorenni*, cit., p. 6. Si veda, sul punto, anche pp. 13-14.

⁴⁴ L. LENTI, *Autodeterminazione e consenso nell'incapacità e capacità non completa*, cit., p. 453.

⁴⁵ G. C. TURRI, *Autodeterminazione, trattamenti sanitari e minorenni*, cit., pp. 12-13: «Un'autodeterminazione che, proprio perché debole, proprio perché esprime un diritto di resistenza più che un diritto di scelta, sembra richiedere un livello di capacità inferiore a quello richiesto per l'esercizio dell'autodeterminazione in senso forte e formale (consenso informato). Mi sento confortato in questa opinione dall'esperienza dei medici pediatri, che, facilitati all'incontro attento, empatico con il malato perché bambino, ci parlano, talora con i toni di chi ha scoperto qualcosa di inatteso, della sua compe-



10. In aggiunta al potere di veto, appena delineato, che esprime un rifiuto del minore di fronte a un trattamento che non intenda perseguire, in dottrina ci si è interrogati sulla possibilità di riconoscere un consenso del minore anche «in positivo, scegliendo fra le diverse alternative terapeutiche oppure accogliendo o meno il suggerimento dell'unica terapia adeguata»⁴⁶, distinguendo, in tal senso, le ipotesi di trattamenti diagnostici da quelli di tipo terapeutico.

In caso di trattamenti *di tipo diagnostico* (come, per esempio, un prelievo di sangue), infatti, il minore capace di discernimento potrebbe esercitare la propria autonomia decisionale in senso pieno,⁴⁷ mentre nei casi di *trattamenti terapeutici* la questione appare più difficile da dirimere: si potrebbe sostenere che ogni trattamento sanitario che sia di sicuro beneficio per la salute del minore, possa essere da lui richiesto direttamente, senza la necessità di un intervento del genitore⁴⁸. Diversamente, il consenso dovrà essere formalmente espresso dal genitore esercente la responsabilità genitoriale o da altro rappresentante legale del minore.

In tal senso, quindi, si potrebbe parlare di una sorta di «autodeterminazione limitata» riconosciuta in capo al minore capace di discernimento.

11. Le singole posizioni dottrinali analizzate risentono, derivano e si innestano nella visione di minore età di cui ciascuna impostazione è portatrice.

La posizione più tradizionale, che richiama il diritto vigente e ritiene incapace di prestare il consenso il minore d'età in virtù della sua incapacità di agire, risulta certamente fedele al dato normativo, pur non considerando le sfumature interpretative che emergono, pur in misura non evidente come nell'ordinamento svizzero, in sede giurisprudenziale, oltre che all'interpretazione evolutiva che viene avanzata in dottrina in merito al riconoscimento di spazi di autonomia decisionale al minore, in virtù della sua capacità di discernimento.

Un'eventuale modifica delle disposizioni codicistiche, dovrebbe occuparsi di definire in che cosa consista la capacità di discernimento usata, ora, in modo ricorrente, nel Titolo IX («Della responsabilità genitoriale e dei diritti e doveri del figlio») del Libro I («Delle persone e della famiglia») del Codice civile: se l'art. 1 c.c. definisce gli spazi di riconoscimento della capacità giuridica e il successivo art. 2 c.c. specifica in cosa consiste la capacità di agire, evidentemente manca una disposizione che si addenti, come l'art. 16 CC del codice civile svizzero, nell'andare a precisare i contenuti e le sfumature applicative della capacità di discernimento⁴⁹.

Nella riforma della filiazione, poi, emerge, la scelta di riconoscere, *de facto*, la capacità di discernimento a chi ha compiuto 12 anni: si parla di capacità necessaria per essere ascoltato in tutte le questioni che lo riguardino direttamente, non per esprimere valido consenso, ma il fatto che il legislatore abbia usato in modo ricorrente, nella

tenza riguardo alla propria malattia ed al significato che ha nella loro vita e in quella dei genitori. È ancora l'esperienza dei pediatri e degli psicologi che collaborano con loro a dirci che molto presto il bambino è in grado di partecipare al processo decisionale e di interagire efficacemente con quello esecutivo del trattamento».

⁴⁶ L. LENTI, *Autodeterminazione e consenso nell'incapacità e capacità non completa*, cit., p. 453.

⁴⁷ Cfr. L. LENTI, *Autodeterminazione e consenso nell'incapacità e capacità non completa*, cit., p. 454.

⁴⁸ A. C. MORO, *Manuale di diritto minorile*, cit., p. 350.

⁴⁹ La metabolizzazione della nozione di capacità di discernimento nell'ordinamento italiano è, quindi, piuttosto recente, per quanto «vagheggiata ed auspicata dai giuristi più sensibili»⁴⁹ da molto tempo.



recente novella in materia, la formula «se ha compiuto dodici anni o anche di età inferiore, se capace di discernimento», può far dire che il legislatore si è orientato verso una presunzione di capacità di discernimento a partire dai dodici anni, dovendo essere verificata solo in caso di età inferiore.

Oltre a vedere così recepita, nella disciplina codicistica, la categoria della capacità di discernimento per istituti giuridici relativi ai minori d'età⁵⁰, questa novità può aprire ulteriori spazi di discussione in merito a ulteriori passi che si potrebbero compiere intorno al riconoscimento di ulteriori spazi di autonomia decisionale in capo al minore, in situazioni di normalità quotidiana, per esempio in merito a atti di vita quotidiana o atti a titolo gratuito e comportanti una situazione di vantaggio per il minore⁵¹.

Ora, anche a partire dalla riforma qui richiamata, il tema dell'ascolto si riconnette certamente, in materia di trattamenti sanitari, alla necessità di creare una *compliance* fra personale sanitario, minore e famiglia, al fine di un riconoscimento del minore malato nella sua soggettività, in quanto persona e attore sociale (persona-in-relazione⁵²), e della necessità di un suo sempre maggiore coinvolgimento nei processi dialogici e decisionali: l'accento va posto, in tal senso, sicuramente sulla sfida data dall'informazione al minore, da una comunicazione impostata e voluta per permettere al minore di poter chiedere, relazionarsi, e al personale sanitario di spiegare, alla luce delle specificità proprie degli attori in gioco⁵³.

⁵⁰ In dottrina le prime riflessioni in materia di capacità di discernimento, come detto, risalgono sicuramente a P. STANZIONE, *Capacità e minore età nella problematica della persona umana*, Napoli, Jovene, 1975.

⁵¹ A questo riguardo, si rimanda alla disciplina contenuta nell'art. 19.2 del Codice civile svizzero, che può essere preso come interessante spunto e riferimento («conseguire vantaggi gratuiti o provvedere a piccole incombenze della vita quotidiana»). Certamente, spazi di autonomia decisionale li ritroviamo già, nella legislazione speciale, anche se non in situazioni relative all'ambito sanitario, Oltre a quelli già delineati in materia più specificamente sanitaria, vale la pena richiamare anche le situazioni in cui il minore, fin dai quattordici anni, è chiamato a dare il proprio espresso consenso nei casi di affidamento preadottivo e adozione (artt. 22 e 25 della l. 184/83), o in particolari casi di adozione (art. 45 della l. 184/83), o in merito al proprio riconoscimento come figlio (art. 250.2 c.c.), all'inserimento nella propria famiglia di fratelli nati da uno dei suoi genitori al di fuori del matrimonio (art. 252.2 c.c.), alla dichiarazione giudiziale di paternità o maternità (art. 273.2 c.c.). Sull'argomento, la dottrina avanza ulteriori considerazioni anche in riferimento alla condizione del minore transessuale. Sul punto, cfr. P. STANZIONE, *Persona minore di età e salute, diritto all'autodeterminazione, responsabilità genitoriale*, cit., pp. 18-19.

⁵² A titolo diverso, è opportuno richiamare sicuramente i contributi di E. MOUNIER, *Il personalismo*, Roma, AVE, 2004; M. BUBER, *Il principio dialogico*, Milano, Edizioni di Comunità, 1959, pp. 57-58; E. MOUNIER, *Manifesto al servizio del personalismo comunitario*, Bari, Ecumenica, 1975; J. MARITAIN, *La persona e il bene comune*, Brescia, Morcelliana, 1948; M. NÉNDOCELLE, *Verso una filosofia dell'amore e della persona*, Roma, Edizioni Paoline, 1959, p. 203; L. STEFANINI, *Personalismo sociale*, Roma, Studium, 1979; P. RICOEUR, *Percorsi del riconoscimento: tre studi*, Milano, Cortina, 2005.

⁵³ Cfr. E. CECCARELLI, A. GAMBA, *Il consenso informato e i minorenni*, cit., p. 150; G. MASERA, M. JANKOVICH, F. BELTRAME, *L'umanizzazione dell'Ospedale: l'esperienza della Clinica Pediatrica dell'Ospedale di Monza*, A. DELLE FAVE, S. MARSICANO, *L'umanizzazione dell'ospedale. Riflessioni ed esperienze*, Milano, FrancoAngeli, 2004, pp. 115-131; M. JANKOVIC, S. PERTICI, *Il bambino in ospedale: l'ambiente e le relazioni di cura*, in R. MANTEGAZZA, *Im...pazienti di crescere. I bambini in ospedale: ricerche e riflessioni*, Milano, FrancoAngeli, 2005, pp. 19-25; G. R. BURGIO, L. D. NOTARANGELO, *La comunicazione in pediatria*, Torino, Utet, 1999; M. JANKOVIC, *Come parlare ai bambini della loro malattia*, in *Prospettive in Pediatria*, 1999, n. 113, pp. 61-66; R. SACCOMANI (a cura di), *Tutti bravi. Psicologia e clinica del bambino portatore di tumore*, Milano, Raffaello Cortina, 1998; M. JANKOVIC, A. RECIPUTO, *Percorsi della cura in pediatria oncologica*, in *L'arco di Giano*, 1997, n. 14, pp. 100-114; G. MASERA, F. TONUCCI, *Cari genitori...*, Milano, Hoepli, 1998; S. KANIZSA, B. DOSSO, *La paura del lupo cattivo*, Roma, Meltemi, 1998; P. DRIGO, *La comunicazione al bambino: il punto di vista del pediatra in ospedale*, in P. DRIGO, G. VERLATO, A. FERRANTE, L. CHIANDETTI (a cura di), *Il silen-*



Un'informazione che è sfidante perché significativo è lo sforzo richiesto per dedicarvi uno spazio fisico e temporale, per sviluppare una cultura medica del dialogo e dell'alleanza che non sia solo adempimento formale dovuto per legge, ma sia passaggio necessario per una vera *compliance* fra le parti. Certamente, infatti, «comunicare la malattia e pure comunicare la salute è comunicare qualcosa che appartiene alla nostra identità più profonda, giacché salute e malattia fanno la nostra storia personale, dicono delle nostre debolezze e delle nostre inclinazioni, svelano le nostre fragilità e i nostri desideri»⁵⁴, perché «siamo corpo e interiorità spirituale: malattia e salute abitano l'uno e l'altra», con la conseguenza che parlarne, confidarla, «dirne a qualcuno, sia pure al nostro medico, significa inevitabilmente *dire a sé*, anche quanto alle nostre parti nascoste»⁵⁵.

Molte esperienze riportate in letteratura medica e psicologica, infatti, testimoniano di situazioni in cui il medico, comportandosi come se il minore non fosse in stanza oppure adottando modalità comunicative non corrette, abbia creato situazioni di malessere, frustrazione, pessimismo, apatia nel minore, in quanto non solo i messaggi verbali, ma anche quelli non verbali⁵⁶, e perfino il silenzio, possono essere interpretabili dal malato e dalla sua famiglia come un indicatore di peggioramento delle condizioni di salute⁵⁷, anche là dove non ve ne siano i segni: è quella «congiura del silenzio»⁵⁸, che accresce l'angoscia e la sensazione di sentirsi ancora più soli di fronte alla malattia, che vale per l'adulto e a maggior ragione per il bambino⁵⁹.

De iure, si è detto, pur in presenza di ricorrenti discussioni dottrinali, la posizione cui si fa riferimento è e resta, *ex lege*, quella della responsabilità genitoriale, collegata al diritto d'ascolto del minore. Nell'ordinamento svizzero, invece, si è detto come il riconoscimento in capo alle persone capaci di discernimento (anche se non in possesso della capacità civile attiva, come i minori d'età) della possibilità di «conseguire vantaggi gratuiti o provvedere a piccole incombenze della vita quotidiana» (art. 19.2 CC) e, ancora di più, della piena autonomia di azione in riferimento ai diritti strettamente personali, fra i quali rientra il diritto a prestare il proprio consenso al trattamento medico (art. 19c CC), hanno comportato l'attribuzione di un maggior spazio di autonomia anche ai minori capaci di discernimento, recependo, *de iure*, quanto già previsto *de facto* nella vita quotidiana del minore.

zio non è d'oro. *L'etica della comunicazione al bambino malato*, Padova, Piccin, 2010, pp. 53-59. Emblematica la scelta di Jankovic di usare l'analogia di un giardino fiorito per spiegare la leucemia ai bambini leucemici, esperienza che ha permesso ai bambini di capire la loro malattia e ai genitori di parlarne liberamente e realisticamente con i propri figli. Cfr. M. JANKOVIC, C. VALLINOTO, *Perché e come coinvolgere il bambino nelle decisioni*, in *Minerva Pediatrica*, 2009, n. 61, pp. 765-767.

⁵⁴ FONDAZIONE ZOÈ (a cura di), *La comunicazione della salute. Un manuale*, Milano, Raffaello Cortina Editore, 2009.

⁵⁵ *Ibidem*.

⁵⁶ P. CANOUI, *L'informazione aux enfants et aux parents: leur expérience*, in *Archives de pédiatrie: organe officiel de la Société française de pédiatrie*, 2004, n. 11, pp. 32s-41s.

⁵⁷ M. G. RUBERTO, G. FERRARI, M. L. FONTE, *I bambini non sono piccoli adulti. Il bambino di fronte alla malattia*, in FONDAZIONE ZOÈ, *La comunicazione della salute. Un manuale*, Milano, Raffaello Cortina Editore, 2009, pp. 238-241.

⁵⁸ M. TRAPANOTTO, C. CASILLI, *La comunicazione al bambino: il punto di vista psicologico*, cit., p. 47; L. A. SLAVIN, J. E. O'MALLEY, C. P. KOOSHER, *Communication of the cancer diagnosis to pediatric patients. Impact of long term adjustment*, in *Am J Psychiatry*, 1982, 139, pp. 179-183.

⁵⁹ Cfr. E. KUBLER ROSS, *On Children and Death*, New York, MacMillan, 1983; E. CECCARELLI, A. GAMBÀ, *Il consenso informato e i minorenni*, cit., p. 158.



La differenza fra i due ordinamenti è, quindi, evidente, non potendo il minore compiere autonomamente, senza il consenso del legale rappresentante, atti in cui la normativa non preveda in modo espresso una capacità anticipata per il minore.

Alla luce di queste riflessioni, quindi, e nonostante il numeroso dibattito dottrinale sollevato sull'argomento, resta tuttora aperto l'interrogativo su quali siano gli spazi di azione e considerazione del minore ricoverato, anche alla luce dei bisogni manifesti riportati nella letteratura di settore: confrontando bisogni e diritti, infatti, si è potuto verificare⁶⁰ come sia ormai prassi diffusa e consolidata una certa garanzia di continuità affettiva ed esistenziale del minore ricoverato, con l'affiancamento di almeno un genitore nell'intero arco della giornata di ricovero, e come in generale sia considerato in modo preciso il bisogno del minore di essere «riconosciuto, ascoltato e chiamato per nome»⁶¹, con modalità relazionali attente e accoglienti che caratterizzano, normalmente, gli interventi pediatrici⁶².

Se anche le disposizioni il codice di deontologia medica prevedono che il minore debba essere informato e ascoltato e la sua volontà debba essere tenuta nella dovuta considerazione, in proporzione alla sua età e maturità (art. 38.2 CdM), il passo verso il riconoscimento di una *competence to consent to health care* al minore maturo e capace di discernimento resta certamente lontana, sul versante giuridico.

Anche per questo, *de iure condendo*, si ritiene opportuno, in questa sede, proporre un ulteriore passo in avanti, facendo leva sulla richiamata disciplina in materia di sperimentazioni cliniche di medicinali per uso clinico, che trova la sua regolamentazione nel già citato d.lgs. 211/2003.

L'art. 4 del d.lgs. 211/2003⁶³, come già si vedeva in precedenza, pur prevedendo che la prestazione del consenso all'atto medico cui il figlio deve essere sottoposto debba essere effettuata dai genitori, specifica come tale consenso debba sempre «rispecchiare la volontà del minore», se capace di discernimento, e che l'eventuale rifiuto esplicito del minore debba sempre essere tenuto in considerazione dal medico: se si applicasse quanto previsto da questa disposizione oltre i confini della sperimentazione farmaceutica e per ogni scelta concernente trattamenti medici, terapeutici e diagnostici, cui il minore deve essere sottoposto, probabilmente potrebbe essere maggiormente salvaguardata la necessità che il minore non sia escluso dal processo di decisione che riguarda la sua vita.

⁶⁰ Cfr. J.C. DEMERS, *L'enfant et l'hôpital. Accompagner l'enfant face à la maladie et à l'hospitalisation. Accompagner l'enfant dont un parent est malade*, Lausanne, LEP Editions Loisirs et Pédagogie, 2008; G. FILIPPAZZI, *Un ospedale a misura di bambino. Esperienze e proposte*, Milano, FrancoAngeli, 1997.

⁶¹ Cfr. ISTITUTO S. M. G. ROSSELLO, *I diritti del bambino malato*, cit.; D. RESICO, *I diritti del bambino malato*, in A. BOBBIO (a cura di), *I diritti sottili dei bambini*, cit.

⁶² Cfr. P. DRIGO, G. VERLATO, A. FERRANTE, L. CHIANDETTI (a cura di), *Il silenzio non è d'oro. L'etica della comunicazione al bambino malato*, Padova, Piccin, 2010.

⁶³ d.lgs. 211/2003, art. 4: «a) che sia stato ottenuto il consenso informato dei genitori o dell'altro genitore in mancanza di uno di essi o del rappresentante legale nel rispetto delle disposizioni normative vigenti in materia; il consenso deve comunque rispecchiare la volontà del minore e deve poter essere ritirato in qualsiasi momento senza che ciò comprometta il proseguimento dell'assistenza necessaria; b) che il minore abbia ricevuto, da personale esperto nel trattare con minori, informazioni commisurate alla sua capacità di comprensione sulla sperimentazione, i rischi e i benefici; c) lo sperimentatore o lo sperimentatore principale tenga in considerazione la volontà esplicita del minore di rifiutare la partecipazione alla sperimentazione o di ritirarsene in qualsiasi momento, se il minore stesso è capace di formarsi un'opinione propria e di valutare le informazioni di cui alla lettera b);[...] h) l'interesse del paziente prevalga sempre sugli interessi della scienza e della società».



Quello che si intende, sottolineare, non è, quindi, solo il prodotto della scelta, ma il processo per arrivarvi: per quale ragione, tuttavia, proporre una simile soluzione? Che novità apporterebbe rispetto a quanto già sottolineato ampiamente, in precedenza, dalla dottrina giuridica?

Innanzitutto perché, come già detto altrove⁶⁴, la valutazione della capacità di discernimento appare normalmente concentrarsi sulla presenza di una *competence* decisionale ancorata agli aspetti cognitivi del soggetto, ma non considera abbastanza la rilevanza di fattori endogeni ed esogeni alla persona che, pur in presenza di una capacità intellettuale sviluppata, consapevole e lucida, ne influenzano la scelta.

Non si deve trascurare, infatti, che «lo sviluppo intellettuale – e quindi la capacità di comprendere i fattori in gioco, prospettare scenari futuri, fare previsioni – non rappresenta l'unica variabile da prendere in considerazione: ad essa se ne associano altre, di maggiore spessore psicologico e complessità»⁶⁵: nel processo di sviluppo decisionale «rientrano fattori emotivi, caratteristiche psicologiche, vissuti personali, tolleranza della sofferenza, motivazioni, struttura della personalità, così come gerarchie di valori degli individui, che organizzano le alternative decisionali secondo una graduatoria assolutamente personale»⁶⁶, oltre che variabili sociali che influenzano inevitabilmente le scelte che la persona, poi, individualmente prende.

Se ogni scelta compiuta a livello individuale è tuttavia inserita «in un tessuto complesso delle possibilità che si offrono»⁶⁷, con il rischio, talora, di una paralisi «di fronte alla molteplicità delle possibilità, di fronte alla rinuncia che scegliere implica, alla paura del cambiamento, o all'ambivalenza delle motivazioni»⁶⁸ e con la conseguente esperienza, che si fa, della propria fragilità⁶⁹, ancora di più questa complessità, paura e fragilità possono emergere quando una decisione è presa e vissuta nel contesto ospedaliero.

In questo ambito, infatti, non si è mai in uno spazio-tempo sospeso o ideale per decidere: le paure, la solitudine, il bisogno di non essere lasciati soli nella prova, provocano riverberi che implicano la necessità di non poter considerare solo la capacità intellettuale del soggetto, ma la persona in chiave più ampia, viene da dire in una prospettiva e in una dimensione olistiche.

Autodeterminazione, quindi, appare non significare, se non solo letteralmente, capacità di scegliere autonomamente senza vincoli interni ed esterni: non si può intendere il paziente ricoverato come «nomade a se stesso»⁷⁰, soggettività atomizzata⁷¹, perché allora sì l'autodeterminazione di un individuo dovrebbe essere interpretata come «indipendenza assoluta: non aver bisogno di nessuno per esistere»⁷², in cui l'esistere è solo un «esistere per sé e a partire da sé»⁷³.

⁶⁴ Si consenta in tal senso un richiamo a: C. CROSETTA, *I diritti e l'autonomia decisionale del minore in ospedale*, Bâle, Helbing Liechthahn, 2014, pp. 180-183.

⁶⁵ E. CECCARELLI / A. GAMBA, *Il consenso informato e i minorenni*, cit., pp. 157-158.

⁶⁶ *Ibidem*

⁶⁷ A. ZIELINSKI, *Le libre choix. De l'autonomie à l'attention aux capacités*, in *Gérontologie et société*, 2009, n. 4, pp. 12-13.

⁶⁸ *Ibidem*.

⁶⁹ *Ibidem*.

⁷⁰ *Ibidem*.

⁷¹ C. TAYLOR, *Etica e umanità*, Milano, Vita e Pensiero, 2004, p. 255.

⁷² A. ZIELINSKI, *Le libre choix.*, cit, p. 16.

⁷³ *Ibidem*.



Ma un tale individuo «è un individuo astratto, una figura ideale»⁷⁴, lontano dall'esperienza che ciascuno fa di se stesso e dell'altro da sé, perché, in un contesto di scelta, anche se si sceglie per sé, non si sceglie da soli, isolati dal mondo: la sede della *langue* dell'autonomia di scelta si costruisce attraverso la relazione⁷⁵, ne è impastata⁷⁶.

Riconducendo questa nozione di autonomia nell'alveo della *competence to consent to health care* del minore capace di discernimento, perciò, si intende partire da quanto previsto nel citato art. 4 del d.lgs. 211/2003 ed estenderlo a tutti i trattamenti sanitari: in tal modo, si recepisce una visione realistica di una decisione del minore capace che è supportata e manifestata formalmente dal genitore esercente la responsabilità genitoriale, ma a seguito di un dialogo con il minore⁷⁷. In tal modo si conferma che «modello di riferimento per assumere ogni decisione che riguardi la persona e i suoi diritti è quello consensuale: occorre cioè il concerto fra i genitori e il minore, restando ovviamente ferma la finalità generale, cioè il bene morale e fisico del figlio»⁷⁸.

La manifestazione del consenso, così intesa, permetterebbe di innestare nell'attuale disciplina della responsabilità genitoriale (pur certamente ora ridonante del diritto d'ascolto del minore ex art. 315 bis c.c.) non solo il rispetto del principio del superiore interesse del minore, ma anche una corrispondenza alla sua volontà, là dove matura e capace di discernere: infatti, «anche se formalmente l'espressione del con-

⁷⁴ A. ZIELINSKI, *Le libre choix*, cit, p. 17.

⁷⁵ Cfr. C. TAYLOR, *Etica e umanità*, cit., p. 263: «Ma questa *langue* non può essere ridotta a un insieme di atti, scelte o, a ben vedere, di qualsiasi altro predicato di individui. La sua sede è la società». E ancora (p. 267): «Per avere una comprensione comune dobbiamo aver prima formato un'unità, un "noi" che comprendiamo insieme, che è per definizione analiticamente non scomponibile. Se lo fosse, la comprensione non sarebbe autenticamente comune».

⁷⁶ «Tutte le nostre scelte sono impastate delle nostre relazioni umane (le nostre scelte *per*, le nostre scelte *con*, le nostre scelte *contro*...) e esse hanno delle conseguenze sulle nostre relazioni, sugli altri. Le nostre scelte, come le nostre capacità, sono relazionali: abitate – più o meno coscientemente – dalle nostre relazioni. [...] La libera scelta è sempre presa in un gioco di relazioni», in A. ZIELINSKI, *Le libre choix*, cit, p. 23.

⁷⁷ Una critica che si può muovere, infatti, al sistema previsto nell'ordinamento giuridico svizzero riguarda la relazione fra la granitica certezza espressa dal diritto (il minore capace di discernimento sceglie autonomamente) e le situazioni che, de facto, possono svilupparsi nella prassi a corollario della disciplina normativa. Si pensi, a titolo di esempio, al minore, capace, che si presenti da solo in ospedale, per sottoporsi a una visita medica, senza che il genitore lo sappia: nella realtà, il medico suggerirà spesso di coinvolgere comunque i genitori, dalla visita ulteriore, sia per favorire una condivisione e un supporto da parte loro, sia anche per un dato che non concerne la libertà di scelta su questioni esistenziali, ma i limiti alla libertà negoziale del minore, salvo i casi in cui la normativa preveda che il sistema sanitario, con fondi propri, copra i costi del trattamento, per garantire la riservatezza del minore, normalmente i genitori verranno comunque avvisati dei passi compiuti in autonomia dal loro figlio, in quanto sono loro, con la loro assicurazione, a dover pagare il trattamento medico a cui il minore si è sottoposto. Si pensi ancora alle scelte in cui il minore capace, in rotta col genitore, o volendo agire all'oscuro di questo, chieda comunque supporto e consiglio al medico: certamente il medico non avrà potere di decisione, ma potrà avere il potere di consigliarlo e indirizzarlo nella sua scelta, a partire dalla sua competenza, o avrà comunque il potere-dovere di sostenerlo, affinché il minore arrivi a una decisione consapevole. Sul punto, cfr. M. CALFLISH, *La consultation avec un adolescent: quel cadre proposer?*, in *RMS*, 2008, n. 4. Per quanto riguarda l'ordinamento italiano, si rinvia, a titolo di esempio, al ruolo del medico del consultorio familiare nella disciplina prevista in materia di interruzione volontaria di gravidanza, ex l. 194/78.

⁷⁸ L. LENTI, *Autodeterminazione e consenso nell'incapacità e capacità non completa*, cit., p. 452. Si vedano anche: F. D. BUSNELLI, *Capacità ed incapacità di agire del minore*, in *DF*, 1982, pp. 64 ss.; C. VIGNALI, *La tutela della salute del minore*, in *DF*, 2005, pp. 1432 ss.; C. VIGNALI, *Il contratto di assistenza sanitaria e la protezione del minore*, Milano, Giuffrè, 2006, pp. 367 ss.



senso spetta agli adulti che hanno la legale rappresentanza del minore, ciò non significa che non debba essere ricercato anche il consenso, sostanziale, del malato minore che è il soggetto centrale nel rapporto terapeutico: sono infatti in gioco suoi diritti personalissimi e inalienabili⁷⁹. L'esercizio di tali diritti, infatti, «non è precluso dalla minore età, ma deve essere riconosciuto e garantito tenendo conto dell'effettiva capacità del soggetto di comprendere ed esprimere una volontà»⁸⁰.

Tutto ciò, innestato nella costante consapevolezza del contesto in cui tale volontà e tale scelta matura, ovvero l'ambito ospedaliero, in cui abita il fragile bisogno di accompagnamento⁸¹ di cui ogni umanità sempre necessita, quando vive un cortocircuito esistenziale, in questo caso a causa della condizione di malattia.

⁷⁹ E. CECCARELLI, A. GAMBÀ, *Il consenso informato e i minorenni*, cit., p. 140.

⁸⁰ *Ibidem*.

⁸¹ Cfr. P. ZATTI, *Oltre la capacità di intendere e volere*, in G. FERRANDO, G. VISINTINI (a cura di), *Follia e diritto*, Milano, Giuffrè, 2003, p. 56.



**REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
SECONDA SEZIONE CIVILE**

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

Dott. ROBERTO MICHELE TRIOLA	- Rel. Presidente -
Dott. VINCENZO MAZZACANE	- Consigliere -
Dott. BRUNO BIANCHINI	- Consigliere -
Dott. ANTONIO ORICCHIO	- Consigliere -
Dott. ELISA PICARONI	- Consigliere -

ha pronunciato la seguente:

sentenza

sul ricorso 14696/2009 proposto da:

Società R.H. s.r.l. (p. iva. (omessa)), in persona dell'Amministratore unico F.C., elettivamente domiciliata in ROMA, VIALE G.MAZZINI 146, presso lo studio dell'avvocato EZIO SPAZIANI TESTA, che la rappresenta e difende unitamente all'avvocato ARMELLINI GUSTAVO;

- ricorrente -

contro

C.A. (c.f. (omesso)), elettivamente domiciliata in ROMA, VIALE DELLE MILIZIE 38, presso lo studio dell'avvocato MASSIMO BOGGIA, che la rappresenta e difende unitamente all'avvocato ALBERTO CHIARELLI;

- controricorrente -

avverso la sentenza n. 777/2008 della CORTE D'APPELLO di FIRENZE, depositata il 15/05/2008;

udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza del 14/10/2014 dal Presidente Dott. ROBERTO MICHELE TRIOLA;

udito, per la ricorrente, l'Avvocato DI GIOVANNI L. che ha chiesto l'accoglimento del ricorso principale, rigetto del ricorso incidentale;

udito il P.M. in persona del Sostituto Procuratore Generale Dott. RENATO FINOCCHI GHERSI che ha concluso per il rigetto del ricorso.

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Con atto di citazione notificato 12/17 dicembre 2001 la sig.ra A.C., quale erede di B.C., conveniva davanti al Tribunale di Livorno — Sezione distaccata di Portoferraio — la R.H. s.r.l., chiedendo che venisse accertato che su un terreno di proprietà della società in questione godeva di servitù di parcheggio.

La società R.H. s.r.l. si costituiva contestando il fondamento della domanda, che veniva accolta dal Tribunale adito con sentenza in data 11 marzo 2005.



La R.H. s.r.l. proponeva appello, il quale veniva rigettato dalla Corte di appello di Firenze con sentenza in data 5 maggio 2008.

I giudici di secondo grado rilevavano che con contratto in data 21 agosto 1990 la sig.ra G.P. aveva trasferito alla società appellante la proprietà di un piccolo appezzamento di terreno posto in località “Il Forno” in Comune di Portoferraio; all’art. 3 si era testualmente stabilito: *La presente vendita viene fatta ed accettata avuto riguardo allo stato attuale di fatto e di diritto del terreno con tutti gli annessi e connessi, usi, diritti, azioni, ragioni e servitù, libero e franco da iscrizioni e trascrizioni*

pregiudizievole, come lo garantisce la parte venditrice. Si dà atto tra le parti che il terreno, compravenduto è gravato da servitù di parcheggio limitatamente a due auto a favore della proprietà di C.B., nipote della venditrice, rappresentata da un fabbricato di civile abitazione ubicato ad ovest del terreno servente.

Secondo i giudici di merito in tal modo le parti avevano inteso stipulare un contratto a favore di terzi avente ad oggetto la costituzione della servitù contestata.

Contro tale decisione ha proposto ricorso per cassazione la R.H. s.r.l., in base a tre motivi, illustrati da memoria.

Resiste con controricorso A.C. .

MOTIVI DELLA DECISIONE

Con il primo motivo la società ricorrente deduce sostanzialmente che i giudici di merito hanno riconosciuto a favore della attrice una servitù di parcheggio che, invece, secondo la costante giurisprudenza di questa S.C. non è configurabile.

La doglianza è fondata.

Questa S.C., infatti, ha anche di recente avuto occasione di affermare che il parcheggio di autovetture costituisce manifestazione di un possesso a titolo di proprietà del suolo, non anche estrinsecazione di un potere di fatto riconducibile al contenuto di un diritto di servitù, del quale difetta la *realitas*, intesa come inerenza al fondo dominante dell'utilità, così come al

fondo servente del peso (sent. 7 marzo 2013 n. 5760), mentre la mera *commoditas* di parcheggiare l'auto per specifiche persone che accedano al fondo (anche numericamente limitate) non può in alcun modo integrare gli estremi della utilità inerente al fondo stesso, risolvendosi, viceversa, in un vantaggio affatto personale dei proprietari (sent. 28 aprile 2004 n. 8137).

Ne consegue che nella specie non rileva accertare se la Corte di appello nella sua confusa motivazione ha inteso affermare che le parti con il contratto in data 21 agosto 1990 avevano dato vita ad un riconoscimento di una servitù già esistente oppure che avevano costituito una servitù a favore di terzo, essendo in entrambi i casi nulla la volontà negoziale per impossibilità dell'oggetto.

Tale nullità, poi, poteva essere dedotta per la prima volta anche in questa sede ai sensi dell'art. 1421 cod. civ.

Vengono ad essere assorbiti il secondo ed il terzo motivo, con i quali la società ricorrente censura la motivazione con la quale la Corte di appello ha ritenuto che nella specie le parti, nel citato contratto del 21 agosto 1990 avevano inteso riconoscere una servitù già esistente oppure costituire una servitù a favore di terzo (come già osservato non si comprende a quale delle due possibilità i giudici di secondo grado abbiano inteso riferirsi).



In considerazione della nullità per impossibilità dell'oggetto dell'atto di riconoscimento o di costituzione di servitù, non essendo necessari ulteriori accertamenti di merito, questa S.C. ritiene di poter decidere la causa nel merito con il rigetto della domanda. In considerazione del fatto che, da un lato, la nullità di cui sopra risulta dedotta per la prima volta in questa sede e non è stata rilevata di ufficio nei precedenti gradi di giudizio, ritiene il collegio di compensare le spese dell'intero giudizio.

P.Q.M.

la Corte accoglie il primo motivo del ricorso, dichiara assorbiti gli altri motivi; cassa la sentenza impugnata senza rinvio e decidendo nel merito rigetta la domanda; compensa le spese dell'intero giudizio.

Roma, 14 ottobre 2014.

Depositato in Cancelleria il 6 novembre 2014.



TRA COMMODITAS ED UTILITAS: NULLITÀ PER IMPOSSIBILITÀ DELL’OGGETTO DEI CONTRATTI COSTITUTIVI DI SERVITÙ DI PARCHEGGIO. NOTA A CASS. N. 23708/2014

GIANLUCA DI FILIPPO

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Le servitù prediali – 3. La vicenda. – 4. Tra *commoditas* ed *utilitas*: (in)configurabilità della servitù di parcheggio – 5. L’*insostenibile leggerezza* della dichiarazione di nullità per impossibilità dell’oggetto.

«Gli uomini prima sentono il necessario, dipoi badano all’utile, appresso avvertiscono il comodo».
(Giambattista Vico, *Scienza Nuova*, Dignità LXVI)

1. Gaio, enunciando nel libro IV delle sue celebri *Institutiones* la fondamentale distinzione tra *actiones in rem* ed *in personam*, delineava i tratti di una contrapposizione che avrebbe connotato nei secoli successivi il diritto civile elaborato nei sistemi giuridici di derivazione romanistica: quella tra diritti reali ed obbligazioni.

Orbene, nell’impostazione tradizionale della civilistica italiana si è adusi considerare che “il diritto, o rapporto, reale rientra nella più ampia categoria dei diritti patrimoniali ed investe immediatamente la cosa, poiché il titolare è posto dall’ordinamento in condizione di farla da sé servire al suo interesse”¹.

Già all’epoca dei Quiriti paradigma dei diritti reali era certamente rappresentato da quello di proprietà, in relazione al quale trovano definizione gli altri diritti che attingono alla *res*. Invero, proprio muovendo dalla proprietà intesa come “signoria completa, che investe la cosa in tutti i suoi rapporti”², gli altri diritti reali – non avendo contenuto altrettanto pieno ed esclusivo – sono stati definiti “diritti reali limitati” o – secondo una vecchia espressione – “parziali”, poiché, come detto, si caratterizzano per un contenuto speciale e limitato rispetto a quello della proprietà³. Quest’ultima, “nel modo in cui esprime l’attribuzione generale della cosa alla dominazione del soggetto, costituisce il *prius* logico e storico rispetto alla configurazione di altri diritti reali che hanno per contenuto una sfera delimitata di utilizzazione della cosa”⁴ e che, pertanto, traggono la propria ragion d’essere dalla presenza nel sistema del diritto reale per eccellenza⁵. I diritti parziali, dunque, sin dagli albori dei sistemi giuri-

¹ Così A. GAMBARO, *I diritti reali come categoria ordinante*, in A. GAMBARO, U. MORELLO (a cura di), *Trattato dei diritti reali. Vol. I Proprietà e Possesso*, Milano, 2011, p. 3. Nel medesimo senso anche F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, IX ed., rist., Napoli, 2002, p. 80.

² S. CARUSO, G. SPANÒ, *Le servitù prediali*, Milano, 2013, p. 3.

³ Così, *ex multis*, P. STANZIONE, *Manuale di diritto privato*, III ed., Torino, 2013, p. 449.

⁴ G. GROSSO, *Le servitù prediali nel diritto romano*, Torino, 1969, p. 1.

⁵ A. TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, XLI ed., Padova, 2004, p. 513.



dici di stampo romanistico sono considerati in posizione ancillare rispetto al *dominium*.⁶

Quella dei diritti reali “è una categoria assunta come classificazione più che come determinazione dell’essere delle fattispecie che raggruppa e che corrisponde quindi ad un modo di ordinare la multiforme varietà di fatti giuridici”⁷; modo di ordinare che trae legittimazione da una tassonomia che, resistendo all’includibile incedere del tempo, ha attraversato i secoli. Orbene, in ragione delle differenze – sovente di non secondario rilievo – che intercorrono tra i singoli diritti convenzionalmente ricondotti entro il perimetro della categoria *de qua*, il tentativo di ipostatizzazione concettualistica dell’idea di diritti reali, lo sforzo dogmatico finalizzato a delinearne con assoluta precisione i confini pare destinato a non rivelarsi fecondo. Invero, la categoria di cui si discorre “ha compreso ed escluso da sé fattispecie diversificate, sicché il suo significato è eminentemente variabile e la comunanza di denominazione nasconde una illusione verbalistica”⁸. Pertanto, benché non sia revocabile in dubbio che si possa – *rectius*, debba – individuare un nucleo semantico essenziale che connoti tutti i diritti collocati tra quelli reali, è necessario che ciascuno di essi – in virtù delle peculiarità da cui è caratterizzato – sia oggetto di un’approfondita analisi; analisi che, pur non dovendo abbandonare ogni velleità sistematica, tenga in adeguata considerazione lo specifico modo di atteggiarsi di ciascuna fattispecie.

⁶ Siffatta collocazione subordinata discende anche dalla circostanza per la quale tali diritti insistono sull’altrui diritto dominicale, comprimendolo in modo da consentire al titolare degli stessi di ricavare dalla *res aliena* definite e limitate utilità. Orbene, inerendo a cose di proprietà altrui, i diritti reali limitati sono anche noti come *iura in re aliena* o diritti reali su cosa altrui. A tal proposito, è stato osservato come la locuzione “*iura in re aliena*”, comunemente adoperata nel coevo lessico giuridico, non si rinvenga nelle fonti romane e, dunque, «rappresenta la mera traduzione letterale di una categoria moderna, artificialmente “antichizzata”». Così F. LUCREZI e F.M. D’IPPOLITO, *Profilo Storico Istituzionale di Diritto Romano*, II ed., Napoli, 2007, p. 135.

⁷ A. GAMBARO, *op. cit.*, p. 11.

⁸ A. GAMBARO, *op. loc. ult. cit.*



2. Ai fini della presente nota, occorre soffermarsi sulla disciplina delle servitù prediali.

Queste, essendo funzionali ad un'economia di stampo precipuamente rurale, hanno origine antichissima, affondando le proprie radici nel diritto romano.

I Quiriti, tuttavia, hanno elaborato soltanto in un secondo momento la categoria delle "servitù prediali"¹, disciplinando dapprima singole fattispecie tipiche, "rispondenti a bisogni concretamente avvertiti nei rapporti tra fondi, sulla base delle quali è stata costruita la teoria unitaria dell'istituto"². La categoria di cui si discorre, dunque, è stata forgiata per l'esigenza pratica e logica di raggruppare una serie di figure giuridiche³ che presentavano elementi comuni o analoghi, affinché la struttura e la disciplina delle stesse potesse risultare uniforme. Il portato della speculazione teorica dei *prudentes* sarebbe stato destinato, per la propria funzionalità, ad una straordinaria vitalità storica, giungendo sostanzialmente immutato sino ai giorni nostri.

Le servitù prediali si definiscono come un peso imposto ad un fondo, detto servente, per l'utilità di un altro fondo finitimo, detto dominante, appartenente ad un proprietario diverso. La predetta definizione pare gemmare direttamente – in ossequio all'insegnamento giustiniano per il quale *nomina sunt consequentia rerum* – da un'analisi lessicale-etimologica della locuzione "*servitutes praediorum*": da questa, invero, emerge con nitore l'immagine di un fondo che serve ad un altro. Il fondo servente, infatti, "inteso nella sua sfera di possibilità di utilizzazione e dominazione subisce una limitazione della sua libertà per l'utilità di un altro podere, un assoggettamento a questo"⁴.

Nel nostro ordinamento, com'è noto, la disciplina codicistica configura soltanto la categoria generale del diritto di servitù, consentendo ai privati di creare, nell'ambito dello schema delineato dagli artt. 1027 e ss. c.c., i singoli tipi di servitù⁵. Invero, in virtù della normativa apprestata dal legislatore del '42, come opportunamente osservato dalla Suprema Corte, "*non conta il nome, ma il carattere del rapporto, consistente nel peso imposto sopra un bene immobile (c.d. fondo servente) per l'utilità di un altro immobile (fondo dominante) appartenente a diverso proprietario. [...]Le servitù, dunque, non sono tipiche, ma è tipica la categoria delle servitù*"⁶. Pertanto, all'interno del perimetro della categoria in esame si riconduce – non già un *numerus clausus*, bensì – una serie aperta di figure, le quali sono soggette alla disciplina del titolo VI del libro terzo del codice civile proprio in quanto connotate dai requisiti enumerati dall'art. 1027 c.c.. Dunque, molteplici sono le fattispecie qualificate come "servitù prediali", ciascuna dotata di un diverso contenuto stabilito in concreto dalle parti o dalla legge, ma tutte contrassegnate dal carat-

¹ A tal riguardo, occorre rilevare come anche da un punto di vista eminentemente lessicale risulti che il termine "*servitutes*" non fosse originario, essendo stato preceduto dalla locuzione "*iura praediorum*". Così G. GROSSO, *op. cit.*, p. 13.

² S. CARUSO, G. SPANÒ, *op. cit.*, p. 9.

³ Quali fossero le prime figure di *servitutes* è questione fortemente dibattuta tra gli storici del diritto. Secondo l'opinione maggiormente condivisa, le figure originarie sono la servitù di passaggio e quella di acquedotto.

⁴ G. GROSSO, G. DEIANA, *Le servitù prediali*, II ed., Torino, 1963.

⁵ A tal proposito, sembra meritevole di condivisione la riflessione di M. COMPORZI per la quale nel corpo dell'art. 1027 c.c. «*esatto appare l'uso del sostantivo "servitù" al singolare, proprio perché il nostro ordinamento configura solo la categoria generale del diritto di servitù*». M. COMPORZI, *Le servitù prediali*, in *Trattato di diritto privato*, vol. 8, II ed., Torino, 2002, pp. 196 e ss.

⁶ Così Cass. n. 11684/00.



tere peculiare del peso imposto sopra un fondo per l'utilità di un altro fondo appartenente a diverso proprietario.

Da quanto poc'anzi asserito discende – quasi come fosse un corollario geometrico – che il contenuto del diritto di servitù costituito dai privati può di volta in volta atteggiarsi in maniera differente: la servitù, invero, “è uno schema che può essere riempito di qualsiasi contenuto e la tipicità del diritto in questione attiene” – come acutamente rilevato da Palazzolo – “allo schema, non già al contenuto”⁷. Concretamente questo si determina “in relazione con il genere di utilità che la servitù reca al fondo dominante”⁸. Può riguardare l'esercizio di un'attività economica: sia agricola (ad es., servitù di pascolo, sul fondo servente, del bestiame allevato sul fondo dominante) sia industriale (ad es., servitù di passaggio, sul fondo servente, di un oleodotto destinato a raggiungere la raffineria sita sul fondo dominante). Ancora, il contenuto della servitù ben potrebbe essere estraneo ad attività economiche organizzate, concretandosi – in accordo a quanto statuito dall'art. 1028 c.c. – “*in una maggiore comodità o amenità del fondo dominante*”. Si pensi, a tal riguardo, alla servitù di non edificazione, che preclude di costruire sul fondo servente affinché quello dominante possa continuare a godere di un determinato panorama.

Ai privati, dunque, è consentito di plasmare il contenuto del diritto di servitù costituito volontariamente. Tuttavia, affinché le fattispecie scaturenti dall'accordo stipulato siano effettivamente qualificabili come servitù prediali è necessario che siano ravvisabili i requisiti essenziali per la configurazione del diritto reale di godimento di cui si discorre.

Innanzitutto, occorre che i fondi appartengano a proprietari diversi. Pertanto, al titolare di due fondi sarà precluso – nella generalità delle ipotesi⁹ – costituire una servitù a beneficio dell'uno ed a carico dell'altro, poiché dei vantaggi che un fondo può arrecare all'altro il proprietario potrebbe giovare in virtù dell'esercizio del proprio *dominium*. In altri termini, se i fondi fossero del medesimo soggetto, per destinare l'uno all'utilità dell'altro non sarebbe necessario costituire un nuovo diritto, ma sarebbe sufficiente esercitare qualcuna delle facoltà che compongono il diritto di proprietà.

In secundis, è necessario che i fondi coinvolti nel rapporto di servitù – come prescritto dall'antico brocardo “*praedia vicina esse debent*” – siano vicini. A tal riguardo, è opportuno osservare che il requisito della contiguità o della vicinanza non è stabilito da alcuna norma del codice civile, ma “discende dall'intima essenza della servitù, ossia dal criterio dell'uso e dell'utilità”¹⁰. Esso, inoltre, non deve essere inteso nel senso empirico di materiale contatto o aderenza immediata, ma nel senso di “un rapporto tra due fondi che si trovino in tale reciproca situazione da rendere possibile la sussistenza di una relazione di servizio tra i medesimi”¹¹. Pertanto, la circostanza che tra i

⁷ D. PALAZZOLO, *Servitù (diritto civile)*, in Enc. Giur. Treccani, Roma, 1992, XXVIII, pp. 1-31.

⁸ V. ROPPO, *Diritto privato. Linee essenziali*, Estratto, II ed., Torino, 2014, p. 157.

⁹ A tal riguardo, non può omettersi come parte della dottrina abbia, ormai da tempo, interpretato in modo elastico la norma di cui all'art. 1027 cod. civ., ritenendo che debba essere ammessa - in talune peculiari ipotesi - la possibilità che una servitù sorga tra due fondi contigui appartenenti al medesimo proprietario. Così, *ex multis*, G. BRANCA, *Le servitù prediali, Art. 1027 – 1099*, in *Comm. Cod. civ.*, a cura di SCIALOJA-BRANCA, Bologna-Roma, 1987, pp. 8 ss.; B. BIONDI, *Le servitù*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, diretto da CICU-MESSINEO, Milano, 1967, pp. 110 ss..

¹⁰ M. DE TILLA, *Le servitù. L'usufrutto, l'uso e l'abitazione. Il diritto di superficie*, II ed., Milano, 2006, p. 29.

¹¹ M. DE TILLA, *op. cit.*, p. 9.



due fondi vi sia un potere appartenente ad un terzo non esclude – come più volte affermato dalla Suprema Corte¹² – la possibilità che tra gli stessi venga costituita una servitù di passaggio.

Oltre ai requisiti predetti, affinché sia configurabile una servitù prediale occorre che sussista un'utilità per il fondo dominante: l'*utilitas fundi*, infatti, rientra nella struttura stessa delle servitù, connotandola al punto da risultarne la più intima essenza.

Il concetto di utilità di cui si discorre non può esser riferito ad elementi soggettivi ed estrinseci relativi all'attività personale svolta dal proprietario del predio dominante, ma deve esser ricondotto "al solo fondamento obiettivo e reale dell'utilità stessa, [...] dovendo essa costituire un vantaggio diretto del fondo dominante come mezzo per la migliore utilizzazione di questo"¹³. Pertanto, l'*utilitas* deve essere valutata oggettivamente, in relazione ai vantaggi apportati al *praedium* dominante e non agli interessi particolari del titolare dello stesso. *Apertis verbis*, il requisito in esame non deve essere funzionale alle esigenze personali di un determinato proprietario, ma obiettivo, ossia strumentale ad una migliore e più proficua utilizzazione del fondo. L'utilità propria delle servitù, quindi, è prediale, nel senso che "il beneficio deve essere oggettivamente, riconducibile al predio, per il tramite del quale il titolare può goderne, realizzando uno sfruttamento migliore di questo"¹⁴. Per quanto concerne i confini e l'ampiezza dell'utilità, questi appaiono tali da ricomprendere ogni elemento che, secondo la valutazione sociale, sia legato da un nesso di strumentalità con la destinazione del fondo dominante e riguardi il godimento di questo.¹⁵

Ancora, la valida costituzione di una servitù prediale presuppone l'esistenza di un peso che grava sul fondo servente – e non sul titolare di esso – per l'utilità, ovvero per la maggiore comodità o amenità di quello dominante. Siffatto peso deve consistere nella limitazione delle facoltà di godimento spettanti al proprietario del fondo servente mediante l'imposizione di un vincolo reale in ordine ad un certo uso del fondo medesimo, uso consentito al proprietario del fondo dominante o vietato a quello del fondo servente. A tal riguardo, è opportuno puntualizzare che il peso non possa esser gravoso sino al punto di concretarsi in un asservimento totale del fondo servente a quello dominante; asservimento che *de facto* svuoterebbe completamente il diritto di proprietà del titolare dello stesso. A tale ultimo approdo si è giunti muovendo dal disposto dell'art. 1065 c.c., a tenore del quale "[...] *nel dubbio circa l'estensione e le modalità di esercizio, la servitù deve ritenersi costituita in guisa da soddisfare il bisogno del fondo dominante col minor aggravio del fondo servente*". La predetta norma, dunque, appronta la regola interpretativa per determinare, nei casi in cui sia dubbio, il contenuto del diritto di servitù, adottando quale canone ermeneutico/ricostruttivo quello del – posto il soddisfacimento del bisogno del predio dominante – minor aggravio per il fondo servente. A tal proposito, sembra doversi ritenere che, in forza del dettato dell'art. 1065 c.c., se pure sono sempre i bisogni del fondo dominante a plasmare l'estensione dell'oggetto della servitù, è il minor aggravio per il fondo servente il parametro che determina le modalità di esercizio del diritto.¹⁶ In altri termini, il legislatore nell'apprestare la disci-

¹² In tal senso, *ex pluribus*, Cass. civ., 5 febbraio 1983, n. 965; Cass. civ., 5 maggio 1973, n. 1180.

¹³ Così Cass. civ., 22 ottobre 1997, n. 10370.

¹⁴ D. PALAZZOLO, *op. loc. ult. cit.*

¹⁵ In questo senso, Cass. civ., 24 maggio 1958, n. 1764, in *Mass. Giur. it.*, 1958, pag. 401.

¹⁶ Così E. GUERINONI, *Servitù prediali*, in A. GAMBARO e U. MORELLO (a cura di), *Trattato dei diritti reali Vol. II Diritti reali parziari*, Milano, 2011, p. 283.



plina relativa al contenuto delle servitù si è premurato di tutelare il titolare del fondo servente, il quale – come detto – non può vedersi privato di tutte le proprie facoltà.

Dalla rassegna dei requisiti indefettibili per la valida costituzione delle servitù prediali si evince che caratteristica connotante lo *ius in re aliena* oggetto della presente nota sia la “realità”, da intendersi come inerenza al fondo dominante dell’utilità ed inerenza al fondo servente del peso. Il titolare del diritto di proprietà sul fondo dominante può beneficiare del diritto di servitù soltanto di riflesso. Dunque, la servitù si configura come diritto *ob rem*¹⁷: si ha il diritto di servitù in quanto si è proprietari del fondo dominante.

Le servitù prediali – così come, più in generale, i diritti reali – erano assai più importanti nel periodo in cui la proprietà fondiaria costituiva il cuore stesso del sistema privatistico e degli scambi.¹⁸ Invero, le radicali trasformazioni politiche, economiche e sociali maturate fra la metà del secolo XIX e gli inizi del XX hanno profondamente modificato – *rectius*, trasfigurato – i tratti del sistema di produzione della ricchezza foggiate dai Quiriti e rimasto sostanzialmente invariato nel corso dei secoli. Nella seconda metà dell’ottocento, infatti, si sono affermati processi economici che hanno eroso la posizione di indiscussa centralità sino ad allora occupata dalla proprietà – e dai diritti reali limitati – nell’ambito del sistema privatistico.

In primo luogo con la Rivoluzione industriale e con la conseguente trasformazione del quadro economico si è verificata una progressiva mobilitazione della ricchezza: con il diffondersi delle attività industriali e dei servizi la proprietà fondiaria divenne meno importante come risorsa produttiva poiché acquistarono preminente rilevanza altri tipi di beni – merci, macchinari, beni strumentali o di consumo e, soprattutto, titoli di credito – riconducibili alla categoria dei beni mobili. Pertanto, stante la *primauté* che assunse nelle dinamiche della società industriale, il diritto di credito divenne – sopravanzando i diritti reali – il principale strumento per l’attuazione dei traffici economici.

In secondo luogo, a partire dalla seconda metà del XIX secolo, si è assistito ad un processo di smaterializzazione della ricchezza. Invero, dipendendo la produzione industriale sempre più dalla conoscenza e dall’uso delle tecnologie o dall’impiego di altre creazioni dell’ingegno umano, si affermava un nuovo, importantissimo, tipo di ricchezza economica, caratterizzata dal non avere ad oggetto beni materiali ma immateriali.¹⁹

Contributo di non secondario momento al superamento dell’originario assetto del sistema economico è da attribuire, infine, alla progressiva separazione della proprietà dal controllo della ricchezza.²⁰ Tale fenomeno si manifesta nelle grandissime società per azioni, “caratterizzate dall’estrema polverizzazione del capitale sociale in un enorme numero di azioni, a loro volta distribuite ad una miriade di piccoli azioni-

¹⁷ In tal senso, R. TRIOLA, *Le servitù. Artt. 1027-1099*, Milano, 2008, p. 9.

¹⁸ Così P. STANZIONE, *op. cit.*, p. 451.

¹⁹ Nel medesimo senso, V. ROPPO, *Diritto privato*, Torino, 2010, p. 193.

²⁰ Tale fenomeno “può essere inteso come la dimostrazione più chiara ed evidente del rapido processo di deterioramento che sta interessando già da alcuni anni il capitalismo moderno, con azionisti che legano la loro posizione di comando non già al capitale investito ma alla loro capacità di sfruttare il più possibile il capitale di altri azionisti, limitando l’impegno finanziario associato al controllo e mantenendo inalterati i benefici privati estraibili dalle società”. Così C. INTRISANO, *Proprietà e controllo: dual class, patti parasociali e gruppi piramidali*, Roma, 2009, p. 11.



sti”²¹: sovente, infatti, questi ultimi si aspettano soltanto di ricavare dividendi e non anche di ingerire nella gestione della società, sicché generalmente disertano le assemblee. Ciò fa sì che per conseguire il controllo della società sia sufficiente un pacchetto azionario di gran lunga inferiore alla maggioranza del capitale sociale.

Processi di così rilevante portata storica hanno ridelineato *ab imis* l’atteggiarsi della struttura del sistema di produzione della ricchezza, trasformando significativamente il ruolo occupato dai diritti reali nell’ambito dello stesso. *Expressis verbis*, i descritti cambiamenti hanno comportato – in particolar modo per quelli più intimamente connessi ad una concezione quasi esclusivamente agricola dell’economia – una significativa perdita di rilevanza dei diritti reali. Orbene, tra gli *iura in re aliena* che hanno maggiormente risentito del radicale mutamento della temperie economico-sociale sono certamente annoverabili le servitù prediali. Tuttavia, benché sia incontrovertibile che a queste sia attribuita un’importanza non più di primissimo piano, non può negarsi che ancora oggi sorgano vibranti dispute ermeneutiche in ordine alla disciplina delle servitù. A tal riguardo, la sentenza in commento costituisce fulgido esempio di come dottrina e giurisprudenza continuino ad interessarsi e ad incidere in maniera significativa sulla normativa del diritto reale di godimento di cui si discorre. Invero, in tale arresto la Cassazione – dopo aver ribadito l’impossibilità di configurare nel nostro ordinamento una servitù di parcheggio, difettando quest’ultima della *realitas*, intesa come inerenza dell’utilità al fondo dominante – ha statuito che il contratto che riconosca o costituisca una servitù di parcheggio di autovetture debba ritenersi nullo per impossibilità dell’oggetto.

²¹ V. ROPPO, *Diritto privato*, cit., p. 194.



3. La controversia ha ad oggetto l'accertamento di una servitù di parcheggio su un terreno di proprietà della società Alfa s.r.l.

Caia, citando in giudizio la predetta società dinanzi al Tribunale di Livorno – Sezione distaccata di Portoferrario –, chiedeva all'Autorità Giudiziaria di accertare l'esistenza sul fondo dell'impresa convenuta di una servitù di parcheggio costituita a beneficio del proprio podere.

L'adito Tribunale accoglieva, con sentenza dell'11 marzo 2005, la domanda dell'attrice.

Avverso siffatto provvedimento la Società Alfa s.r.l. proponeva appello dinanzi alla Corte di Appello di Firenze, la quale, con sentenza pronunciata in data 5 maggio 2008, rigettava il gravame, confermando la pronuncia impugnata.

A fondamento della propria decisione, i giudici di secondo grado osservavano che nel contratto di compravendita – stipulato il 21 agosto 1990 – mediante il quale la Società Alfa s.r.l. aveva acquistato la proprietà dell'appezzamento di terreno sul quale Caia asseriva la sussistenza della servitù di parcheggio fosse espressamente dato atto che sul fondo oggetto del trasferimento gravasse una servitù di parcheggio (l'art. 3 del predetto regolamento contrattuale recitava: *“la presente vendita viene fatta ed accettata avuto riguardo allo stato attuale di fatto e di diritto del terreno con tutti gli annessi e connessi, usi, diritti, azioni, ragioni e servitù, libero e franco da iscrizioni e trascrizioni pregiudizievoli, come lo garantisce la parte venditrice. Si dà atto tra le parti che il terreno, compravenduto è gravato da servitù di parcheggio limitatamente a due auto a favore della proprietà di Caia [...]”*).

Orbene, secondo i giudici di merito le parti avevano inteso stipulare, mediante la predetta menzione nel contratto di compravendita della servitù di parcheggio a favore della proprietà di Caia, un contratto a favore di terzi avente ad oggetto la costituzione della servitù contestata.

Contro la pronuncia della Corte di Appello di Firenze, la Società Alfa s.r.l. ricorreva per Cassazione, articolando tre motivi di gravame: con il primo lamentava che i giudici di merito avessero riconosciuto a favore di Caia una servitù di parcheggio, che, invece, non sarebbe configurabile nell'ordinamento italiano; con il secondo ed il terzo motivo censurava la motivazione addotta dal Giudice di appello per giustificare la statuizione per la quale le parti contrattuali nel citato contratto di compravendita avessero inteso riconoscere una servitù già esistente oppure costituire una servitù a favore di terzo.

La prima doglianza, assorbente rispetto alle ulteriori due, veniva ritenuta fondata dalla Suprema Corte.

Invero, la Cassazione – richiamando un proprio indirizzo consolidato – affermava che il parcheggio di autovetture *“costituisce manifestazione di un possesso a titolo di proprietà del suolo, non anche estrinsecazione di un potere di fatto riconducibile al contenuto di un diritto di servitù, del quale difetta la realitas, intesa come inerenza al fondo dominante dell'utilità, così come al fondo servente del peso, mentre la mera commoditas di parcheggiare l'auto per specifiche persone che accedano al fondo (anche numericamente limitate) non può in alcun modo integrare gli estremi della utilità inerente al fondo stesso, risolvendosi, viceversa, in un vantaggio affatto personale dei proprietari”*.

Dalla predetta statuizione del Supremo Collegio conseguiva che non rilevasse trattare gli ulteriori due motivi di ricorso, poiché – come detto – la prima censura era stata ritenuta assorbente rispetto ad essi. Invero, *“essendo”* – come affermato dalla Cassazione nella pronuncia in commento – *“in entrambi i casi nulla la volontà negoziale per*



impossibilità dell'oggetto”, non occorre accertare se nella motivazione della sentenza con cui decideva la controversia *de qua* la Corte di Appello di Firenze avesse inteso affermare che le parti con il contratto di compravendita concluso in data 21 agosto 1990 avevano dato vita ad un riconoscimento di una servitù già esistente oppure se il Giudice di seconde cure avesse sostenuto che le parti – mediante la stipulazione del suddetto accordo – avevano costituito una servitù a favore di terzo.

In virtù di siffatte argomentazioni, la Suprema Corte riteneva, sostenendo che non fossero necessari ulteriori accertamenti di fatto, di poter decidere la causa nel merito. Pertanto, la Cassazione accoglieva il primo motivo del ricorso proposto dalla società Alfa s.r.l., dichiarava assorbite le altre due censure, cassava la sentenza impugnata senza rinvio e, decidendo nel merito, rigettava la domanda di Caia.

4. Come detto, nella sentenza *de qua* la Suprema Corte – dopo aver ribadito l'impossibilità di configurare nel nostro ordinamento una servitù di parcheggio, difettando quest'ultima della *realitas*, intesa come inerenza dell'utilità al fondo dominante – ha affermato che il contratto che riconosca o costituisca la predetta servitù debba dichiararsi nullo per impossibilità dell'oggetto. Proprio tale ultima statuizione, se sarà confermata da arresti successivi, potrebbe avere effetti dirompenti, poiché nella prassi – nonostante i giudici di nomofilachia ne sostengano la non configurabilità da diversi lustri – molto diffusa è la costituzione di servitù di parcheggio. Segnatamente, un numero significativo di contenziosi condominiali – giudiziali e stragiudiziali – ha ad oggetto questioni relative al parcheggio di autovetture. Infatti, in condominio sovente si sopperisce alla carenza di posti auto mediante la costituzione di servitù di parcheggio. Orbene, in virtù dell'orientamento di cui si discorre, i contratti costitutivi di tale servitù sarebbero ineludibilmente investiti dalla sanzione della nullità.

Preso atto del *dictum* della Corte di legittimità, occorre individuare le *rationes* alla base di siffatta decisione. A tal riguardo, è opportuno premettere che, stante la scarna motivazione addotta dalla seconda Sezione della Cassazione, la predetta opera di individuazione è rimessa al certosino lavoro di ricostruzione dell'interprete.

Prima di intraprendere l'analisi delle ragioni che hanno indotto il Supremo Collegio a giungere all'approdo in commento, si intende sin da subito chiarire che, mentre pare lecito interrogarsi in ordine alla possibilità di riconoscere al diritto di parcheggio la statura di servitù prediale, non si comprende, invece, perché il contratto costitutivo di servitù di parcheggio – anziché considerarsi affetto da nullità – non possa intendersi come valida convenzione produttiva di effetti meramente obbligatori.

Ciò posto, è necessario domandarsi perché la Cassazione ritenga che nel nostro sistema giuridico non sia possibile configurare una servitù di parcheggio. A tal riguardo, deve osservarsi che nella sentenza in commento la Suprema Corte non si sia per la prima volta determinata in ordine alla predetta inconfigurabilità, essendosi limitata a riprendere – senza peraltro svilupparlo ulteriormente – un proprio consolidato indirizzo¹, secondo il quale nel nostro ordinamento non potrebbe ammettersi una servitù

¹ A tal proposito, già nel 2004 la Suprema Corte affermava che « se il parcheggiare l'auto può essere una delle tante manifestazioni di un possesso a titolo di proprietà [...] non può, invece, dirsi che tale potere di fatto fosse inquadrabile nel contenuto di un diritto di servitù, posto che caratteristica tipica di detto diritto è la "realità", e cioè l'inerenza al fondo dominante dell'utilità così come al fondo servente del peso. Nella specie la comodità di parcheggiare l'auto per specifiche persone che accedono al fondo (anche numericamente limitate), non potrebbe certamente valutarsi come una utili-



di parcheggio poiché tale fattispecie difetterebbe della *realitas*, intesa come inerenza dell'utilità al fondo dominante. Nella pronuncia *de qua* il Supremo Collegio ha statuito che “*il parcheggio di autovetture costituisce manifestazione di un possesso a titolo di proprietà del suolo, non anche estrinsecazione di un potere di fatto riconducibile al contenuto di un diritto di servitù, del quale difetta la realitas, intesa come inerenza al fondo dominante dell'utilità, così come al fondo servente del peso, mentre la mera commoditas di parcheggiare l'auto per specifiche persone che accedano al fondo non può in alcun modo integrare gli estremi della utilità inerente al fondo stesso, risolvendosi, viceversa, in un vantaggio affatto personale dei proprietari*”.

Dunque, secondo le argomentazioni elaborate dalla Cassazione, la servitù di parcheggio non sarebbe configurabile poiché difetterebbe di uno dei requisiti essenziali per la valida costituzione di una servitù prediale: l'inerenza dell'utilità al fondo dominante, ossia la *realitas*.

L'utilità, come detto, costituisce elemento fondamentale per individuare l'esistenza stessa e la possibilità di costituzione del diritto reale in esame. Per determinare l'*utilitas* è necessario avere riguardo al suo fondamento oggettivo e reale: essa deve costituire un vantaggio diretto del fondo dominante, uno strumento per migliorare l'utilizzazione di quest'ultimo. L'*utilitas* di cui si discorre, dunque, deve concretarsi in una *qualitas fundi*², ossia essere strumentale ad una migliore e più proficua utilizzazione del fondo. Il vantaggio, pertanto, deve essere caratterizzato dall'inerenza al fondo dominante dell'utilità.

Nell'ipotesi di servitù di parcheggio, invece, la possibilità di posteggiare l'auto per specifiche persone che accedono al fondo non può valutarsi come un'utilità inerente al fondo stesso, trattandosi di un vantaggio del tutto personale dei proprietari, di una mera *commoditas* per gli stessi.

Orbene, si ritiene che siffatto approdo ermeneutico non possa esser confutato – come, invece, da taluni sostenuto – dal disposto dell'art. 1028 c.c., a tenore del quale l'utilità “*può consistere anche nella maggiore comodità o amenità del fondo dominante*”. L'art. 1028 c.c. prevede, dunque, che l'utilità indefettibile per la costituzione di una servitù prediale possa consistere – non soltanto in un vantaggio strumentale ad una migliore e più proficua utilizzazione del fondo, ma anche – in una maggiore comodità o amenità del fondo dominante. La stessa Suprema Corte ha affermato che “*in tema di servitù il concetto di utilitas è tanto ampio da comprendere ogni vantaggio, anche non proprio economico, del fondo dominante, come quello di assicurargli una maggiore amenità*”³. Così, ad esempio, pur se taluno – quand'anche avesse facoltà di arrivare al proprio fondo passando per la pubblica via – trovasse più comodo l'accesso attraverso un podere altrui, in ogni caso, l'amenità dovrebbe essere, come l'utilità, apprezzabile da chiunque sia proprietario del fondo in quella determinata situazione. Invero, la comodità e l'amenità di cui all'art. 1028 c.c. devono pur sempre essere inerenti al fondo dominante e non al tito-

tà inerente al fondo stesso e non, come in effetti è, un vantaggio del tutto personale dei proprietari. » (Cass. civ., Sez. II, 28/04/2004, n. 8137). La Cassazione ha da ultimo ribadito l'orientamento in commento nel 2013, statuendo che « *il diritto di parcheggio di autovetture costituisce espressione di un possesso a titolo di proprietà del suolo e non anche estrinsecazione di un potere di fatto riconducibile al contenuto di un diritto di servitù, difettando la caratteristica tipica di detto diritto, ovvero sia la "realitas", intesa come inerenza al fondo dominante dell'utilità così come al fondo servente del peso.* » (Cass. civ., Sez. II, 07/03/2013, n. 5769).

² A tal riguardo, non può obliterarsi l'attualità della definizione di *iura praediorum* approntata dal giurista romano Celso, contenuta nel Digesto giustiniano: *Quid aliud sunt 'iura praediorum' quam praedia qualiter se habentia: ut bonitas, salubritas, amplitudo?* (D. 50. 16. 86).

³ Cass. civ., 5 febbraio 1980, n. 835.



lare dello stesso e, dunque, è necessario che siano valutate oggettivamente, in relazione ai vantaggi apportati al fondo e non agli interessi particolari del titolare dello stesso. La predetta conclusione si corrobora all'esito di una lettura non superficiale del dettato dell'art. 1028 c.c.: infatti, si coglie con nitore che il legislatore abbia incontrovertibilmente inteso riferire la comodità e l'amenità al fondo dominante e non già al titolare dello stesso. Pertanto, la comodità e l'amenità dovranno essere determinate sulla scorta di criteri sociali e non, invece, di abitudini o gusti personali⁴, onde evitare che le servitù abbiano ad oggetto facoltà che esprimono soltanto "l'interesse o il diletto"⁵ delle persone, non riguardando il alcun modo l'utilizzazione del fondo.

Dunque, la comodità ben potrà esser ricondotta nel perimetro dell'*utilitas* necessaria per la configurabilità delle servitù prediali, purché però essa sia a beneficio del fondo dominante e non dei proprietari dello stesso, poiché il diritto reale limitato in esame risulta connotato dalla *realitas*, ossia dall'inerenza al fondo dominante dell'utilità così come al fondo servente del peso.

Ciò posto, la mera *commoditas* di parcheggiare l'automobile per specifiche persone che accedano al fondo non viene considerata in alcun modo integrare gli estremi dell'utilità riferita al fondo stesso. Tale *commoditas*, infatti, appare risolversi, secondo il consolidato indirizzo della Suprema Corte, in un vantaggio personale del proprietario dell'immobile e, pertanto, non potrebbe esser giammai assimilata alla "maggiore comodità" di cui all'art. 1028 c.c..

A tal proposito, benché l'orientamento da ultimo ribadito dalla Cassazione nella sentenza n. 23708/2014 sia condiviso dalla dottrina maggioritaria, non può omettersi che la perentorietà nel negare la configurabilità della servitù di parcheggio sembri non considerare la possibilità di situazioni concrete (certamente da vagliare attentamente, di volta in volta) in cui la costituzione di tale servitù apporti un'*utilitas* oggettivamente valutabile al fondo dominante. Invero, attenta dottrina⁶ ha rilevato come un'interpretazione eccessivamente rigorosa della disposizione che prevede l'inerenza dell'utilità al fondo renderebbe estremamente circoscritto l'ambito applicativo delle servitù: infatti, ogni qual volta l'utilità sia destinata ai bisogni della vita o alle esigenze degli uomini, la stessa non potrebbe dirsi riferita al fondo, con conseguente impossibilità di costituire una servitù prediale. Secondo quanto sostenuto dalla suddetta dottrina, nella generalità delle fattispecie l'utilità sottesa alle servitù non andrebbe a vantaggio del fondo, bensì della persona, seppure non in quanto tale, ma solo ed esclusivamente in quanto titolare del fondo dominante.⁷ Sul punto, non può tacersi che, a seguito di un'importante pronuncia del 1999 della Corte Costituzionale in merito ad una servitù di passaggio coattivo⁸, taluni autori abbiano superato una concezione ol-

⁴ A. BURDESE, *Le servitù prediali*, Padova, 2007, cit., p. 28.

⁵ L'espressione è di G. BRANCA. L'Autore, riferendosi al diritto che imponga ad un fondo di non costruire case se non in certi determinati stili e forme, rileva come sia necessario evitare di soddisfare soltanto il gusto del beneficiario, come persona. G. BRANCA, *Servitù prediali*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1987, cit., p. 32.

⁶ A. NATUCCI, *Beni, proprietà e diritti reali*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da M. BESSONE, Torino, 2002, p. 91.

⁷ A. NATUCCI, *op. cit.*, p. 92. Nel medesimo senso anche P. VITUCCI, secondo il quale il fondo dominante, di per sé considerato, non è in grado di trarre alcuna utilità dalla servitù, spettando l'esercizio del diritto reale in commento alla persona del titolare. P. VITUCCI, *Servitù prediali*, in *Digesto disc. Priv.*, vol. XVIII, Torino, 1998, pp. 495 e ss.

⁸ Corte Cost. 10 maggio 1999, n. 167, in *Giust. Civ.*, 1999, I, p. 1924. In tale arresto i giudici della Consulta hanno sostenuto che «la predialità non sia certo incompatibile con una nozione di utilitas che abbia ri-



tremodo rigida del requisito della *realitas*, giungendo a riconoscere che il vantaggio in cui l'*utilitas* concretamente si esplica possa essere riferito – come affermato dalla Consulta nella citata sentenza – anche alle “*condizioni di vita dell'uomo in un determinato contesto storico e sociale*”, non potendo più esser collegato alle esclusive esigenze di produttività dell'agricoltura.⁹

Proseguendo lungo siffatto sentiero ermeneutico, diviene logicamente – ancor prima che sul piano strettamente giuridico – ineludibile approdare a criticare la perentorietà con la quale la Suprema Corte ha negato la configurabilità della servitù di parcheggio. Orbene, dovendo l'utilità essere determinata sulla scorta di criteri sociali – e non, invece, di abitudini o gusti personali –, se fino a qualche decennio orsono l'esigenza di parcheggiare la propria autovettura poteva esser considerata come “*l'interesse o il diletto*” di un numero di cittadini non significativo e conseguentemente si riteneva che non si concretasse nell'*utilitas* necessaria per la valida costituzione di una servitù prediale, è incontrovertibile che nella coeva temperie storica l'automobile sia un bene talmente diffuso e la necessità di assicurarsi un luogo dove poterla parcheggiare sia un'esigenza talmente avvertita che – alla stregua di una valutazione sociale condotta alla luce dei bisogni del nostro tempo – la *commoditas* di posteggiare il proprio veicolo sul fondo servente ben potrebbe esser – non già in ogni frangente, ma – in determinate ipotesi ricondotta nel perimetro del concetto di *utilitas* e, dunque, esser requisito idoneo per la costituzione del diritto reale di cui si discorre. Si pensi, ad esempio, all'ipotesi di costituzione di una servitù di parcheggio su un'area specifica e determinata del fondo servente per l'utilizzazione migliore di un fondo dominante con destinazione abitativa: in tal caso, a seguito della costituzione di tale servitù prediale, il fondo dominante subirebbe – secondo la comune valutazione sociale – un incremento del proprio valore d'uso¹⁰, da intendersi come capacità di un bene di soddisfare un dato fabbisogno.

Di là dal rilievo critico dianzi mosso, non può omettersi che la statuizione per la quale nel nostro ordinamento non sarebbe configurabile una servitù di parcheggio, da ultimo ribadita dalla sentenza in commento, dovrebbe essere del tutto destituita di fondamento laddove si aderisse ad un'impostazione ermeneutica prospettata da illustre dottrina. Orbene, il predetto *dictum* della Suprema Corte prende le mosse dal disposto dell'art. 1027 c.c., a tenore del quale “la servitù prediale consiste nel peso imposto sopra un fondo per l'utilità di un altro fondo appartenente a diverso proprietario”: proprio il chiaro riferimento all'inerenza al fondo tanto del peso quanto dell'utilità operato dal legislatore ha indotto dottrina e giurisprudenza maggioritarie a

guardo - specie per gli edifici di civile abitazione - alle condizioni di vita dell'uomo in un determinato contesto storico e sociale, purché detta utilitas sia inerente al bene così da potersi trasmettere ad ogni successivo proprietario del fondo dominante».

⁹ Così E. GUERINONI, *op. cit.*, p. 236.

¹⁰ A tal proposito, è necessario non confondere il predetto elemento – il valore d'uso – con il mero aumento del valore di scambio del fondo. Invero, consistendo l'utilità nella migliore utilizzazione del fondo, è ben possibile che, pur mancando quest'ultima, il prezzo del fondo s'incrementi, ovvero che, pur in presenza di un'utilità oggettivamente valutabile, il prezzo dello stesso non vada incontro a variazioni: *apertis verbis*, non ogni maggiorazione del valore di scambio si traduce *ipso facto* nell'*utilitas* necessaria per la valida costituzione di una servitù prediale. Dovrà, dunque, in materia di servitù, farsi riferimento al valore d'uso, non a quello di scambio. A tal riguardo, G. BRANCA propone quale esempio il caso del diritto di caccia nella foresta attigua al proprio fondo, che può accrescere il prezzo di quest'ultimo pur non concretandosi in un miglior utilizzo e, dunque, in una servitù prediale. G. BRANCA, *op. cit.*, p. 21.



ritenere che l'*utilitas* debba essere – affinché possa costituirsi una servitù – intimamente e direttamente connessa al predio. Tuttavia, taluni Autori, pur non mettendo in discussione la centralità dell'attinenza al *praedium* dell'utilità, hanno tratteggiato una nuova accezione della nozione di “fondo”, sostenendo che quest'ultima, nell'ambito della disciplina delle servitù, “*ha entità ed estensione diversa, e non s'identifica con quella di fondo in tema di proprietà, dove il fondo, pur se variamente inteso, è il suolo o la terra*”¹¹. Invero, secondo l'impostazione in esame, emergerebbe in termini normativamente nitidi la necessità che la servitù venga concepita come un rapporto giuridico¹² “*che ha quali punti di collegamento le situazioni giuridiche soggettive*”¹³ che possono vertere sui fondi, come relazione che comporta un'utilità per una situazione giuridica (dominante) ed un peso per un'altra situazione giuridica (servente). *Apertis verbis*, “*nelle servitù fondo dominante e fondo servente sono non le res, ma le situazioni reali a favore e a carico delle quali s'instaura il rapporto*”¹⁴. Tale conclusione è corroborata dalla possibilità – prevista dalla disciplina codicistica – di costituire una servitù a beneficio di un fondo ed a carico di un altro quand'anche entrambi appartengano al medesimo proprietario, purché uno di essi sia oggetto d'un diritto reale: infatti, il titolare dello *ius in re aliena* non può esercitare sul bene tutti i poteri che la legge riconosce al *dominus* e, dunque, in tali casi la costituzione della servitù non potrà ritenersi inutile¹⁵. Sicché, allorquando il medesimo soggetto sia proprietario di entrambi i fondi finitimi “*la servitù potrà sorgere se uno di essi sia oggetto d'un diritto reale, come enfiteusi o usufrutto, e la servitù per es. sia stata stabilita passivamente dall'enfiteuta o, attivamente, dall'usufruttuario: nel primo caso, infatti, essa insisterà sull'enfiteusi a favore del proprietario; nel secondo, sulla proprietà a favore dell'usufruttuario*”¹⁶. Orbene, qualora la servitù gravasse sulla *res* dovrebbe negarsi che l'usufruttuario – il quale non è proprietario del fondo materialmente inte-

¹¹ P. PERLINGIERI, *Rapporto preliminare e servitù prediali su edificio da costruire*, Napoli, 1966, p. 47.

¹² A tal riguardo, è opportuno osservare come proprio la costituzione di un autonomo rapporto giuridico differenzi il limite – da intendere come strumento col quale l'interesse pubblico o privato circoscrive il diritto, sacrificandone l'estensione e determinandone il contenuto concreto – dalla servitù prediale. Invero, “*a differenza del limite generico, la servitù costituisce un autonomo rapporto: il peso per una situazione è strettamente collegato con il vantaggio, l'utilità per un'altra situazione. Questo collegamento è tanto essenziale che se viene meno il vantaggio o la possibilità del vantaggio, viene meno anche la ragione dell'esistenza del peso*”. P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, III ed., Napoli, 2006, p. 902.

¹³ Si tratta della lucida constatazione di P. PERLINGIERI, *Introduzione alla problematica della “proprietà”*, Napoli, 1971, p. 190, il quale sottolinea come debba essere rivista la vetusta concezione della servitù come rapporto tra fondi materialmente intesi.

¹⁴ Così P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, cit., p. 871. Ampliamente ID., *Rapporto preliminare e servitù prediali su edificio da costruire*, cit., pp. 148 e ss.

¹⁵ In tal senso, B. BIONDI, *Le servitù*, cit., p. 113.

¹⁶ Così G. BRANCA, *Le servitù prediali*, cit., p. 13, il quale rileva come un'esegesi meramente letterale della norma di cui all'art. 1027 cod. civ. potrebbe indurre l'interprete ad optare per l'impossibilità – in ragione dell'impiego da parte del legislatore dell'espressione “*a diverso proprietario*” – di costituire una servitù tra due fondi finitimi appartenenti al medesimo proprietario quando uno di essi sia oggetto d'un diritto reale. Tuttavia, secondo l'A., alla predetta locuzione non deve essere attribuito un valore rigido ed assoluto, poiché essa risulterebbe svuotata di pregnanza dal fatto che la stessa disciplina codicistica preveda che anche l'usufruttuario e l'enfiteuta possano validamente costituire servitù. (art. 1078 cod. civ.). A tal proposito, occorre osservare che, pur se non espressamente previsto dal legislatore, “*si ritiene che la servitù possa essere costituita dal superficiario, quale titolare del diritto di fare e mantenere una costruzione sul suolo altrui, nonché dal titolare del diritto d'uso e d'abitazione*”. S. CERVELLI, *Diritti reali. Manuale e applicazioni pratiche dalle lezioni di Guido Capozzi*, Milano, 2007, p. 234.



so, bensì è titolare di una situazione giuridica che verte sullo stesso – possa dar vita al diritto reale oggetto della presente nota. Pertanto, se l'usufruttuario di un fondo concede ad un terzo il diritto di servitù, “*il rapporto che nasce sarà definito reale non perché strettamente collegato alla res (il fondo), ma perché dipendente e inerente alla situazione soggettiva reale esistente sul fondo*”¹⁷. Ancora, si consideri la peculiare ipotesi del perimento dell'edificio, costruito dal superficiario, sul quale grava una servitù di non sopraelevazione: “se” – come acutamente osservato – “tale servitù a favore dell'edificio vicino gravasse effettivamente sulla *res*, perita questa, si dovrebbe estinguere anche il rapporto di servitù. Invece il codice prevede che il diritto di superficie, nonostante il perimento dell'edificio, si estingue non automaticamente, ma per prescrizione: continua ad esistere il diritto di superficie, salvo che decorsi vent'anni non sia fatta la costruzione. Il rapporto di servitù permane durante il periodo di vent'anni a carico non della *res* che non esiste, ma della situazione reale in base alla quale è stato costituito, cioè il diritto di superficie”¹⁸.

Aderendo a siffatta opzione ermeneutica, risulterà ineludibile per l'interprete giungere a ritenere che il beneficio scaturente dalla possibilità di parcheggiare l'automobile sull'altrui podere integri gli estremi dell'*utilitas* di cui all'art. 1027 c.c. e sia inerente al fondo, da intendersi – in virtù di quanto dianzi prospettato – come situazione giuridica soggettiva che insiste sul *praedium*. Pertanto, muovendo da tale portato, non potrà negarsi la configurabilità della servitù di parcheggio: invero, mentre nell'ipotesi in cui si attribuisca al termine “fondo” l'accezione tradizionale, che si limita a rievocare il suolo o la terra, pare lecito interrogarsi in ordine all'assimilabilità del vantaggio derivante dalla facoltà di parcheggiare l'autovettura sul predio servente all'utilità *ex art. 1027 c.c.*, laddove, invece, si opti – rileggendo il disposto della predetta norma alla luce della citata dottrina – per assegnargli un più moderno significato, che richiami le situazioni giuridiche che vertono sul *praedium* materialmente inteso, il beneficio generato dalla possibilità di posteggiare l'automobile sul podere finitimo non potrà che essere ricondotto entro il perimetro dell'*utilitas* occorrente affinché possa validamente configurarsi un diritto di servitù.

¹⁷ P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, cit., p. 871.

¹⁸ Così P. PERLINGIERI, *op. loc. ult. cit.*



5. Se non pare condivisibile, per le *rationes* poc'anzi addotte, l'opzione ermeneutica per la quale non debba riconoscersi al diritto di parcheggio la natura di servitù prediale, del tutto oscura risulta la conclusione – a cui peraltro la Suprema Corte perviene senza fornire alcuna motivazione – in virtù della quale il negozio costitutivo di una servitù di parcheggio, a favore del contraente o di un terzo, debba ritenersi nullo per impossibilità dell'oggetto.¹

Proprio in tale ultima statuizione è racchiusa tutta la portata innovativa della pronuncia *de qua*: infatti, negli arresti più risalenti in cui la Cassazione aveva negato la configurabilità della servitù di parcheggio – le cui argomentazioni, come detto, sono state richiamate dalla decisione in commento – mai si era paventato che il negozio costitutivo di siffatta servitù dovesse considerarsi nullo per impossibilità dell'oggetto, sostenendosi, invece, che fosse un contratto – non già istitutivo di uno *ius in re aliena*, ma – ad effetti obbligatori, coinvolgente esclusivamente le parti e non i rispettivi fondi. Alla predetta conclusione, peraltro, non si perveniva soltanto nelle ipotesi in cui i privati si accordassero per dar vita ad una servitù di parcheggio: infatti, secondo il consolidato orientamento della giurisprudenza di legittimità, ai contratti costitutivi di qualsivoglia servitù irregolare² – da intendersi come limitazione al diritto di proprietà su una cosa a beneficio di una persona – deve riconoscersi carattere meramente obbligatorio e non efficacia reale. Invero, allorquando il diritto venga attribuito appannaggio della persona o delle persone indicate nel relativo atto costitutivo si versa nell'ipotesi di obbligazione meramente personale.

Ebbene, tutte quelle fattispecie che – sostanziandosi in un vantaggio che non inerisce in alcun modo al fondo, ma riguarda esclusivamente il proprietario dello stesso – non posseggono il carattere della *realitas* richiesto dall'art. 1027 c.c. devono essere ricondotte entro i magmatici confini del concetto di servitù irregolare. A tal riguardo, si rileva come il *nomen iuris* “servitù irregolari” sottenda – neanche troppo velatamente – l'intento della dottrina di rimarcare la profonda differenza sussistente tra le situazioni così contrassegnate ed il diritto reale disciplinato dal titolo VI del libro terzo del codice civile: invero, l'aver optato per aggettivare il sostantivo “servitù” con l'epiteto “irregolare”, evocativo di un contrasto con il paradigma prevalente, lascia trasparire con nitore la contrapposizione tra tale fattispecie e quelle “regolari”³, tipiche, le quali richiedono l'inerenza dell'utilità al fondo, che invece non è necessaria af-

¹ In tal senso anche A. PLAIA, *Il contratto costitutivo di una “servitù irregolare” di parcheggio è nullo per impossibilità dell'oggetto: considerazioni a margine di una decisione oscura*, in *Dir. civ. cont.*, 10 novembre 2014.

² A tal riguardo, è opportuno rilevare che nelle ipotesi in cui il diritto attribuito si traduca in un vantaggio per la persona o per le persone indicate nel relativo atto costitutivo, senza essere in alcun modo riferibile al fondo, si è soliti discutere di “servitù irregolare” o “personale”. Ha, ad esempio, carattere di servitù irregolare quella che attribuisce ad un individuo il diritto di passare sul fondo altrui – non già per consentirgli un migliore accesso al fondo dominante, ma – affinché possa esercitarvi la pesca. Per un'analitica ricostruzione del concetto di servitù irregolare si rinvia a R. TRIOLA, *Le servitù*, artt. 1027-1099 c.c., in *Il codice civile. Commentario*, fondato da P. Schlesinger, a cura di F.D. Busnelli, Milano, 2008.

³ Come opportunamente sostenuto dalla Suprema Corte, “*la servitù prediale [...] si distingue dalla obbligazione meramente personale, essendo requisito essenziale della servitù la imposizione di un peso su di un fondo (servente) per l'utilità ovvero la maggiore comodità o amenità di un altro (dominante) in una relazione di asservimento del primo al secondo che si configura come una qualitas inseparabile di entrambi, mentre si versa nell'ipotesi di semplice obbligo personale quando il diritto attribuito sia stato previsto esclusivamente per un vantaggio della persona o delle persone indicate nel relativo atto costitutivo e senza alcuna funzione di utilità fondiaria*”. Così Cass. civ., Sez. II, 29 agosto 1991, n. 9232.



finché sia configurabile una servitù irregolare.⁴ Proprio in ragione di tale diversa maniera di atteggiarsi, dottrina e giurisprudenza dominanti ritengono che i contratti costitutivi di servitù irregolari non possano – in base al principio della tipicità di diritti reali – produrre i medesimi effetti scaturenti dai negozi costitutivi di una servitù prediale “tipica”.⁵ Orbene, benché l’art. 1063 c.c. disponga che l’estensione e l’esercizio delle servitù debbano essere regolati dal titolo e, in mancanza, dagli artt. 1064 c.c. e ss., conferendo in tal modo alle parti ampia autonomia in ordine alla determinazione del contenuto dello *ius in re aliena* oggetto della presente nota, occorre in ogni caso, affinché possa discorrersi di servitù prediale, che siano ravvisabili tutti i requisiti⁶ enumerati dall’art. 1027 cod. civ.⁷. Muovendo dal suddetto assunto, i giudici della seconda Sezione civile sono giunti a statuire che la convenzione mediante la quale privati danno vita ad una servitù irregolare “o è costitutiva di un diritto d’uso oppure rientra nello schema della locazione o dei contratti affini, quali l’affitto o il comodato. In entrambi i casi il diritto trasferito è di natura personale, il suo contenuto ha carattere obbligatorio”⁸. Pertanto, secondo la Cassazione, le fattispecie derivanti da accordi costitutivi di servitù irregolari vanno inquadrate, laddove abbiano valenza reale, nell’ambito del diritto di uso disciplinato dagli artt. 1021 c.c. e ss., mentre nell’ipotesi – statisticamente più frequente – in cui abbiano carattere obbligatorio devono ricondursi allo schema del contratto di locazione o di contratti affini, quali l’affitto o il comodato. Dunque, la Suprema Corte considera siffatte convenzioni non già affette da nullità né tantomeno costitutive di una servitù prediale, bensì produttive – nel caso maggiormente ricorrente in cui non siano costitutive di un diritto d’uso – di effetti obbligatori. Sicché, non è revocabile in dubbio che i contratti mediante i quali i privati disponevano limitazioni al diritto di proprietà su una cosa a beneficio di una persona, pur non configurando il diritto reale su cosa altrui di cui agli artt. 1027 c.c. e ss., dovessero ritenersi – almeno sino all’intervento della pronuncia in commento – idonei a produrre effetti giuridici.

A tal riguardo, non può omettersi che la giurisprudenza della Corte di nomofilachia sostenga *ab immemorabili* che, ai sensi del principio di autonomia contrattuale di cui all’art. 1322 c.c., la volontà delle parti possa dar luogo – sottraendosi alla regola della tipicità dei diritti reali su cosa altrui – a rapporti meramente obbligatori. Dunque, ai privati è da decenni riconosciuta la possibilità di prevedere «invece che [...] un peso su di un fondo (servente) per l’utilità di un altro fondo (dominante) in una relazione di asservi-

⁴ In tal senso anche L. BALESTRA, *Proprietà e diritti reali*, Vol. III, Milanofiori Assago (MI), 2012, pp. 177 e ss.; G. MUSOLINO, *Le servitù irregolari (l’autonomia negoziale e la questione della tipicità dei diritti reali)*, in *Riv. notariato*, fasc. 6, 2010, pag. 1517.

⁵ *Ex multis*, Cass. civ., sez. III, 20 novembre 2002, n. 16342.

⁶ L. BALESTRA, *op. cit.*, p. 178.

⁷ *Apertis verbis*, la disciplina codicistica consente sì di creare servitù di contenuto atipico, purché connotate dai requisiti enumerati dall’art. 1027 c.c., ma non prevede la facoltà per i privati di costituire servitù meramente personali, intese come limitazioni del diritto di proprietà gravanti su di un fondo a vantaggio non del fondo finitimo bensì del proprietario di quest’ultimo e, dunque, non contrassegnate dall’indefettibile carattere della realtà.

⁸ *Ex multis*, Cass. civ., 1 gennaio 1999, n. 190. In tale caso, la S.C. cassava la decisione con cui il giudice di merito aveva qualificato come costitutiva di una duplice servitù – di passaggio e di parcheggio – una convenzione tra privati con la quale il venditore di un appartamento aveva altresì concesso all’acquirente, in sede di stipula dell’atto pubblico di alienazione, il diritto d’uso di uno scantinato al fine di parcheggiarvi un’autovettura - nonché il diritto di passaggio sull’area che ne consentiva l’accesso -, diritto non riconosciuto, in seguito, dagli eredi dello stesso venditore. Nel medesimo senso si veda anche Cass. civ., sez. III, 20 novembre 2002, n. 16342.



mento del primo al secondo che si configura come una “qualitas” inseparabile di entrambi, la pattuizione di un semplice obbligo personale quando il diritto attribuito sia stato previsto esclusivamente per un vantaggio di un determinato soggetto senza alcuna funzione di utilità fondiaria⁹. In altri termini, in forza del predetto indirizzo del Supremo Collegio, nulla preclude al proprietario di un fondo – pur essendo, come in precedenza osservato, la categoria delle servitù tipica – di obbligarsi a concedere ad un altro soggetto la facoltà di parcheggiare una o più autovetture sul *praedium* di cui è titolare: in siffatta ipotesi il contratto non sarà istitutivo di un diritto reale, ma darà luogo ad un rapporto obbligatorio. Tale convenzione, pertanto, sarà senz’altro valida, ma ad essa non potrà essere attribuita l’efficacia *erga omnes* che caratterizza i diritti reali¹⁰ e, quindi, il diritto – essendo di natura personale – da essa scaturente non sarà opponibile ai successivi titolari del fondo servente¹¹.

Alla luce delle argomentazioni sino ad ora sviluppate, non si comprende perché la Corte di Cassazione nella sentenza oggetto della presente nota, una volta ribadito che il requisito della *realitas* non fosse ravvisabile nella fattispecie esaminata, non abbia concluso – piuttosto che percorrere l’impervio sentiero della nullità per impossibilità dell’oggetto – per una sua qualificazione in termini di servitù irregolare e, conseguentemente, per il riconoscimento di un’efficacia meramente obbligatoria al contratto costitutivo della stessa, ovvero per la costituzione di un diritto d’uso.

A nulla vale obiettare che nel caso deciso dalla pronuncia *de qua* le parti abbiano fatto, nel contratto con il quale la società R.H. s.r.l. acquistava il fondo, espresso riferimento alla “servitù di parcheggio”. Invero, secondo quanto sostenuto da dottrina e giurisprudenza largamente maggioritarie, nel procedimento di qualificazione del contratto, il giudice non è vincolato – pur dovendo tener conto anche di questo – dal *nomen iuris* che ad esso hanno attribuito le parti, ma deve ricercare ed interpretare la concreta volontà dei contraenti stessi, avuto riguardo all’effettivo contenuto del rapporto e facendo applicazione dei canoni ermeneutici sanciti dagli artt. 1362 e seguenti cod. civ..¹²

La decisione in commento risulta poco convincente, oltre che per i rilievi effettuati poc’anzi, perché si ritiene che non ricorressero i presupposti per dichiarare la nullità della convenzione per impossibilità dell’oggetto.

⁹ Cass. civ., sez. II, 4 febbraio 2010, n. 2651. Nel medesimo senso anche Cass. civ., 29 agosto 1991, n. 9232; Cass. civ., 29 agosto 1998, n. 8611; Cass. civ., 27 ottobre 2006, n. 23145.

¹⁰ Il diritto di servitù è, come noto, opponibile ai terzi acquirenti, nonché ai successori a titolo particolare o universale del proprietario del fondo gravato dalla servitù. Per un approfondimento della tematica si veda, *ex multis*, P. PERLINGIERI, *Profili istituzionali del diritto civile*, Napoli, 1979, p. 251.

¹¹ Invero, siffatto diritto, essendo di natura personale, “si estingue col venir meno dei soggetti, salvo che non si preveda, con una specifica clausola, il mantenimento in vita”. Così P. PERLINGIERI, *Profili del diritto civile*, Napoli, 1994, p. 181.

¹² *Ex pluribus*, Cass. civ., sez. III, 20 novembre 2002, n. 16342. Nel caso di specie, la Suprema Corte ha ritenuto congrua la motivazione dei giudici di merito i quali, a fronte di un contratto denominato dalle parti come volto alla costituzione di diritti temporanei di superficie e di servitù di passaggio, hanno opinato nel senso di qualificarlo come contratto costitutivo di un diritto personale di godimento, sulla base sia della durata temporanea del rapporto sia della rilevanza dell’attività commerciale che il concessionario avrebbe dovuto svolgere sul fondo, la cui mancanza in base al contratto avrebbe comportato la risoluzione del rapporto.



Come è noto, l'oggetto¹³, ai sensi dell'art. 1325 c.c., è uno degli elementi essenziali del contratto, di talché, se esso manca o è privo di uno dei requisiti previsti dalla legge, ne deriva la nullità dell'accordo, in base al combinato disposto degli artt. 1418 e 1346 cod. civ..¹⁴ In virtù del dettato di quest'ultima norma, occorre che l'oggetto sia "possibile, lecito, determinato o determinabile". Tradizionalmente si distingue tra possibilità fisica e giuridica: l'oggetto del contratto è materialmente impossibile quando ciò che le parti hanno stabilito o programmato non è astrattamente suscettibile di attuazione¹⁵; è giuridicamente impossibile¹⁶ "allorché un bene non può essere oggetto di contrattazione per un divieto giuridico che tuttavia non trova la sua ratio nella riprovevolezza da parte dell'ordinamento giuridico dell'assetto di interessi, ma nell'inidoneità di quest'ultimo a realizzare gli scopi previsti dal legislatore"¹⁷. A tal riguardo, deve rilevarsi come il giudizio sulla possibilità dell'oggetto attenga non già alla concreta attitudine delle parti ad assolverlo, ma alla sua astratta realizzabilità. Orbene, nel caso *de quo* non si comprende quale causa fisica o giuridica renderebbe impossibile la prestazione del titolare del fondo servente, il quale si impegna a concedere ad un terzo il diritto di parcheggiare sul proprio *praedium*.

Per ragioni di completezza, si osserva che la Suprema Corte potrebbe essersi determinata a pronunciare la – controversa – decisione in commento in ragione dell'interpretazione della volontà manifestata dalle parti nel regolamento contrattuale. E' possibile, cioè, che la Corte di legittimità abbia ritenuto che la volontà dei contraenti fosse incontrovertibilmente rivolta a riconoscere o costituire una servitù prediale e, conseguentemente, abbia – una volta accertato che non vi fosse spazio per la riqualificazione della domanda – optato per dichiarare la nullità per impossibilità dell'oggetto.¹⁸

Si rende opportuno, ancora, rilevare come non si ritenga condivisibile la posizione di taluna dottrina¹⁹, secondo la quale la Cassazione avrebbe dovuto – anche solo per escluderla – interrogarsi in ordine alla questione della conversione del contratto

¹³ La nozione di oggetto è stata – ed è tutt'ora – al centro di numerose dispute dogmatiche e definitorie. Secondo quanto sostenuto da accreditata dottrina, "nel suo primario significato l'oggetto è appunto il contenuto sostanziale del contratto, indicando ciò che le parti hanno stabilito o programmato". Così C.M. BIANCA, *Diritto civile 3 il contratto*, Milano, 2000, p. 320.

¹⁴ Per un'eshaustiva trattazione del tema, sia consentito rinviare a P. STANZIONE, *Manuale di diritto privato*, cit., pp. 230 e ss..

¹⁵ In materia di contratto costitutivo di servitù di passaggio, la Cassazione ha stabilito che l'impossibilità dell'oggetto *ex art.* 1346 cod. civ. ricorre solamente nell'ipotesi in cui non sia possibile il passaggio sul fondo servente e non nell'ipotesi di mera difficoltà nell'attraversamento dello stesso. Così Cass. civ., sez. II, 17 luglio 2002, n. 10341. In questa pronuncia la Cassazione ha statuito che, in materia di contratto costitutivo di servitù, l'impossibilità dell'oggetto "sussisterebbe soltanto nell'ipotesi che non sia possibile il passaggio sul fondo servente. Come poi il titolare della servitù possa giungere al fondo servente (se per tolleranza dei proprietari di fondi intermedi o per legittimo acquisto del diritto) per esercitare il diritto convenzionalmente acquisito è questione che non deve interessare il proprietario del fondo servente; tale situazione potrebbe al più tradursi nel mancato esercizio del diritto da parte dell'odierno controricorrente, ma non potrebbe in nessun caso privare l'oggetto del contratto del requisito prescritto dall'invocato art. 1346 c.c."

¹⁶ Ad esempio, la vendita di beni cc.dd. *extra commercium* integrerebbe un'ipotesi non di illiceità, bensì di impossibilità giuridica, perché l'ordinamento non reputa riprovevoli gli interessi dei contraenti, ma considera prevalenti le esigenze della collettività al godimento di quei beni.

¹⁷ Così P. STANZIONE, *op. cit.*, p. 234.

¹⁸ In tal senso anche A. PLAIA, *Il contratto costitutivo di una "servitù irregolare" di parcheggio è nullo per impossibilità dell'oggetto: considerazioni a margine di una decisione oscura*, in *Dir. civ. cont.*, 10 novembre 2014.

¹⁹ Il riferimento è a A. PLAIA, *op. loc. ult. cit.*



costitutivo del diritto reale, giudicato affetto da nullità, in contratto costitutivo di servitù irregolare. Ebbene, se è innegabile che gli stessi giudici di nomofilachia abbiano più volte affermato²⁰ che il *pactum* dichiarato nullo per mancanza di uno degli elementi necessari per la costituzione di una servitù prediale possa essere convertito in una diversa fattispecie, purché ne contenga, come prescritto dall'art. 1424 c.c., i requisiti di sostanza e di forma, anche con specifico riferimento alla volontà ipotetica delle parti di conversione dell'accordo²¹, è altrettanto incontrovertibile che, secondo un consolidato orientamento della Cassazione, in caso di nullità dell'accordo, la conversione in un diverso contratto necessita di una specifica domanda della parte interessata in tal senso.²² Inoltre, implicando la ricostruzione dell'intento negoziale perseguito dai contraenti, siffatto accertamento “*dà luogo ad una questione di fatto, che, oltre a non essere rilevabile d'ufficio, è riservata al giudice di merito, e non può dunque essere sollevata per la prima volta in sede di legittimità*”.²³ Pertanto, la Suprema Corte, non essendo stata investita dalle parti della questione, non avrebbe in ogni caso potuto pronunciarsi in ordine alla conversione del contratto dichiarato nullo.

Alla luce delle ultime considerazioni, potrebbe sostenersi che i giudici di legittimità, non avendo potuto trattare la questione della conversione del contratto – poiché, come evidenziato, non sollecitati dalla relativa istanza di parte – ed avendo ritenuto, muovendo dall'interpretazione della volontà manifestata dalle parti nel regolamento contrattuale, la domanda non riqualificabile, non abbiano inteso escludere in astratto la validità di ogni contratto costitutivo di servitù di parcheggio, ma soltanto quella del regolamento contrattuale oggetto della controversia decisa con la sentenza *de qua*. Tale supposta ricostruzione dell'itinerario ermeneutico percorso dalla Suprema Corte permetterebbe di riconciliare la pronuncia in commento con i precedenti arresti della Cassazione, nei quali mai è stata negata la validità dei contratti costitutivi di servitù irregolari.²⁴

In conclusione, sia consentita un'ultima considerazione. Nel dichiarare la nullità per impossibilità dell'oggetto del contratto costitutivo di servitù di parcheggio, i giudici di nomofilachia, probabilmente sottovalutando le ripercussioni potenzialmente dirompenti che siffatta statuizione avrebbe potuto generare nel nostro ordinamento, hanno optato – con *insostenibile leggerezza* – per non addurre alcuna motivazione, finendo per ammantare d'una imperscrutabile nebulosità la decisione in commento e per rendere indispensabile l'intervento dell'interprete, chiamato ad un'ardua opera di raccordo della controversa pronuncia *de qua* con i precedenti della giurisprudenza di legittimità.

²⁰ Tra le altre, si veda Cass. civ., sez. II, 4 febbraio 2010, n. 2651. Nel caso *de quo* la S.C. ha confermato la sentenza di merito che aveva ritenuto provato un accordo verbale tra le parti relativo al passaggio, sul fondo di una di esse, della rete fognante proveniente dal fondo dell'altra, accordo che, pur inidoneo a configurare un valido contratto costitutivo di una servitù di scarico, per difetto della forma scritta richiesta *ad substantiam*, era tuttavia idoneo a costituire una servitù irregolare, a carattere non reale ma obbligatorio, sussistendo i requisiti necessari per la conversione del contratto nullo ai sensi dell'art. 1424 cod. civ..

²¹ L. BALESTRA, *op. cit.*, p. 179.

²² Cass. civ., sez. II, 30 aprile 2012, n. 6633; Cass. civ., sez. II, 5 marzo 2008, n. 6004; Cass. civ., sez. II, 11 ottobre 1980, n. 5451.

²³ Cass. civ., sez. I, 19 novembre 2014, n. 24651.

²⁴ Nel medesimo senso anche A. PLAIA, *op. loc. ult. cit.*



NOTE E RECENSIONI

IL PATTO DI FAMIGLIA. UNO STUDIO DI DIRITTO INTERNO E COMPARATO DI PIERLUIGI MATERA

ANGELA MENDOLA

Il diritto successorio e, in parte, quello societario si arricchiscono di un nuovo, specialistico, studio. Si tratta de *Il patto di famiglia. Uno studio di diritto interno e comparato*, di Pierluigi Matera. L'opera è pubblicata nel 2012, per la casa editrice Giappichelli, all'interno della collana *Comparazione e diritto civile*, diretta dal prof. Pasquale Stanzone e dalla prof.ssa Gabriella Autorino.

Il volume, suddiviso in nove capitoli, porta alla luce le problematiche di maggior interesse, afferenti all'istituto del patto di famiglia e propone soluzioni innovative, in una prospettiva di diritto interno e comparato. Si tratta di una completa e puntuale disamina della disciplina di cui agli artt. 768 *bis* e ss. c.c., introdotta dalla legge n. 55/06, percorrendo l'intero *iter* gestazionale dell'istituto, che riporta alla memoria la *divisio inter liberos* di diritto romano. L'approccio all'insidioso tema del patto di famiglia si realizza evidenziando come il legislatore abbia fatto gravitare la relazione tra lo stesso ed il diritto delle successioni - attraverso la novellazione dell'art. 458 c.c. - attorno all'inconfutabile rapporto regola-eccezione. Interessante, l'intuizione dell'Autore, per cui, per quanto si argomenti sulla capacità di affrancamento dell'istituto dalla regola successoria, tuttavia, si afferma l'assoluta impraticabilità di ogni operazione di estensione assiologica. Fin dal principio, la posizione appare critica nei confronti dell'intervento legislativo del 2006. "Il momento definitorio è il punto di partenza di un sentiero metodologicamente corretto", afferma il Matera e, "mutuando una celebre endiadi della poesia ermetica", la definizione di patto di famiglia, offerta dal codice civile, appare "scarna ed essenziale, più di ogni altra cosa infelice ed incompleta", al punto che non consente di per sé una visione a tutto tondo dell'istituto ed invita l'interprete nella prosecuzione della lettura fino all'ultima previsione; "ciò nonostante una volta giunti al termine del capo l'idea rimane opaca". E, a dispetto di quella che, per l'Autore, è una carente ed ambigua novella legislativa, brillante ed originale, si presenta, invece, l'elaborazione dello stesso, laddove, nel cercare di definire di che tipo di contratto si discorra, pone l'accento sull'*incipit* dell'art. 768 *bis* c.c. (contratto con cui), sottolineando il carattere autonomo ed unitario dell'istituto, nonché quello forzato di ogni assimilazione del patto a modelli predisciplinati. Ed allora, onde evitare che "la soluzione sembri un comodo *refugium* alle problematiche



classificatorie, e, per vincere sterili forme di *path dependance*, la conclusione cui approda l'Autore è che si argomenta di un nuovo contratto tipico, con causa propria, che si richiama a funzioni più che altro anticipatorie di successione e che gli effetti traslativi immediati (si pensi all'indicativo presente "trasferisce") segnino la necessaria sussunzione della fattispecie nella categoria dei negozi tra vivi.

Dal problema definitorio, l'indagine trapassa, gradualmente, alla questione della natura dell'istituto. Anche qui, critica è la posizione del Matera, laddove, avvertendo il pericolo che il patto di famiglia rimanga un mero esperimento legislativo, ed un pregevole strumento per l'esercizio dialettico, l'Autore addebita alla colpevole genericità e polivocità del testo normativo la divergenza degli schemi prospettati, al punto che arriva a sostenere che solo l'analisi assiologica possa conferire un contributo a fronte di un dato letterale tanto controverso. Si arricchisce ancor di più l'analisi dell'istituto, allorché vengono indicate le linee direttrici che reggono la novellazione in commento: l'interesse generale alla promozione dell'attività di impresa e quello privato di ciascun imprenditore all'autoregolamentazione del proprio assetto patrimoniale, mediante l'anticipata realizzazione di diritti potenzialmente successori.

Il percorso seguito dall'opera, peraltro, appare perfettamente coerente con la topografia del codice civile; infatti, da una prima lettura, in termini di classificazione, natura e *ratio* del patto di famiglia, la disamina trasmigra verso l'ambito soggettivo ed oggettivo dello stesso, completando, così, la parafrasi dell'art. 768 *bis* c.c. L'analisi, quanto alla struttura, si sposta dai già molto discussi temi della plurilateralità, bilateralità, o possibile, ma non necessaria, plurilateralità del patto, alle questioni, ben più intricate, della perdita della qualità di legittimario e dei diritti dei legittimari sopravvenuti. Non si possono sottacere, inoltre, le conclusioni cui perviene l'Autore, in merito all'ambito soggettivo del patto: la prima, relativa all'inessenzialità della qualità di imprenditore in capo al disponente, per non correre il rischio di escludere dal patto, in una lettura restrittiva, il titolare di azienda concessa in affitto o in comodato. Da qui, la soluzione del Matera, per cui sarebbe preferibile ricercarsi sul piano oggettivo una "destinazione ad attività di impresa". La seconda, invece, consiste nell'individuare la *ratio* dell'esclusione del coniuge, degli ascendenti o degli altri legittimari dal novero dei possibili beneficiari, nella volontà di collegare il *favor* all'effettivo passaggio generazionale nella gestione dell'impresa. Quanto all'oggetto del patto, si sottolinea che la mancanza di criteri discretivi certi per individuare le partecipazioni che determinino effettivo potere gestorio e l'inopportunità di inferire la divisata qualifica imprenditoriale ai fini del patto secondo modalità dubbie dovrebbero condurre ad escludere che lo strumento sia applicabile solo con riguardo a ciò che è impresa in senso tecnico, o partecipazioni di controllo. Anche in merito all'oggetto, l'Autore, a seguito della sua precisa e dettagliata indagine, approda a conclusioni a dir poco innovative e chiarificatorie per il lettore. Quanto al rapporto con la disciplina dell'impresa familiare, afferma, infatti, che la compatibilità non deve essere delle norme in materia di impresa familiare con la disciplina del patto di famiglia, ma all'inverso, del patto con i diritti che l'art. 230 *bis* c.c. riconosce in capo ai familiari che all'azienda collaborano, atteso che il legislatore ritiene prevalente l'interesse di questi ultimi rispetto a quello dei partecipanti al patto di famiglia. Quanto alla liquidazione dei legittimari non assegnatari: l'obbligo grava sull'assegnatario. Per l'Autore, infatti, non sembra corretto discorrere di ritorno più o meno trionfale, di "resurrezione" della divisione d'ascendente con il patto di famiglia.



Da quanto già evidenziato emerge, quindi, che lo studio in oggetto non trascuri alcun aspetto della disciplina offerta dal legislatore. Dovuta attenzione, infatti, è posta anche a quelli che, per il Matera, sono i profili meno problematici, almeno *prima facie*, ovvero gli aspetti formali o, a quelli, del tutto approblematici, della pubblicità. Punto controverso, invece, sarebbe quello della necessità o meno dei testi in atto. Quanto all'analisi degli artt. 768 *quinquies* e 768 *sexies* c.c., ovvero alle questioni dello scioglimento, modifica ed impugnazione del patto, lo scrittore pone l'accento su due aspetti: l'interesse ermeneutico del secondo comma dell'art. 768 *quinquies*, che riduce il termine di prescrizione per l'azione di annullamento ad un anno, ed il carattere dirompente del secondo comma dell'art. 768 *sexies*, che estende ad un terzo la legittimazione all'annullamento del contratto, per di più per l'inosservanza di un obbligo e non già per un vizio del consenso, comportando evidenti disarmonie nel sistema dei rimedi negoziali e sacrificando, così, l'art. 1455 c.c., che presidia l'ordinaria tutela del mancato adempimento.

A proseguire nella lettura del testo, emerge come un intero capitolo sia dedicato al tentativo obbligatorio di conciliazione, così come previsto dal d.lgs. 28/2010. Per il Matera, la valutazione legislativa sottesa alla disposizione è pienamente condivisibile: il portato degli interessi economici legati alla successione ed alla sua anticipazione, caricato altresì di conflitti più o meno latenti, sviluppati in seno alla famiglia, rischiano di registrare un grado di litigiosità assai elevato ed un pericolo d'inasprimento dei toni nel giudizio, che spesso le tecniche di ADR appaiono in grado di evitare. Dalla lettura emerge una puntuale analisi dei meriti di queste ultime, della problematica della costituzionalità o meno, rispetto all'art. 24 Cost., del d.lgs. 28/2010, dei punti salienti del decreto e della procedura di mediazione.

L'opera prevede, inoltre, un cenno anche ai profili fiscali del patto di famiglia. Per l'Autore, questi ultimi sono da approfondire con cautela, avendo, da un lato, il legislatore fiscale dettato una disciplina specifica sol per taluni effetti del patto, ai fini dell'imposizione indiretta, ed altresì dovendosi, dall'altro, considerare la variegata articolazione e qualificazione delle movimentazioni di ricchezza ingenerabili da tali patti, con il pericolo di porre in essere una tassazione non programmata. Si apprezza la soluzione prospettata dal Matera, laddove afferma che le lacune del legislatore, non intervenute direttamente a fissare una normativa tributaria specifica per il patto di famiglia, richiedono, al fine di essere colmate, l'espletamento di un'attività ermeneutica e di ricerca nell'alveo della legislazione comune in materia di imposte dirette ed indirette.

In conclusione dell'opera, le considerazioni su quella che l'Autore definisce la "mancata riforma": il riferimento è al decreto legge n. 70 del 13 maggio 2011 (decreto sviluppo), convertito con modificazioni nella legge n. 106 del 12 luglio 2011, che si proponeva di riformare l'art. 768 *bis* c.c., con l'aggiunta di 5 commi. Per il Matera, la sommaria lettura della proposta di riforma denuncia contraddizioni e perplessità che non possono tacersi, proponendo tutte soluzioni macchinose, di problematica applicazione e dotate di scarsa sistematicità. Segnatamente, l'Autore si compiace del mancato varo della riforma, auspicando ad un cambiamento di rotta, che guardi a correttivi mirati, ad un intervento che sia funzionale alla netta riduzione delle occasioni di conflittualità interna alle famiglie, nonché all'individuazione ed adozione conseguente di soluzioni assiologicamente equilibrate.



Infine, non per questione d'importanza, va ricordato che l'intera analisi dell'istituto viene abilmente realizzata in una prospettiva, non solo di diritto interno, ma anche comparato. In particolare, per l'ordinamento giuridico tedesco, si rinvia all'*antizipierte o vorweggenommene Erbfolge* (§ 2274-2302 BGB). L'Autore rileva come l'*Erbvertrag* tedesco si presti a paralleli più calzanti con il testamento, essendo un atto di attribuzione patrimoniale *mortis causa*, benché tale natura non impedisca il collegamento con disposizioni *inter vivos*. Ancora, il richiamo va al sistema del *Pflichtteilsrecht*, accolto sin dall'epoca della codificazione in Austria ed in Germania, come diritto del legittimario *sub specie* di diritto di credito ad un valore, monetizzato in termini di *Geldanspruch*. Per l'ordinamento francese, invece, si menziona *la reduction en valeur* delle liberalità ricevute dagli eredi.

Da quanto rilevato, l'indagine condotta ha avuto ad oggetto una complessa operazione contrattuale di riorganizzazione del patrimonio d'impresa, involgente una fitta rete di interessi e di rapporti giuridici destinati a protrarsi nel tempo. E' proprio il sostrato "fisiologico" del patto di famiglia, l'*humus* ambientale, terreno fertile di esponenziali scontri endofamiliari, a rendere indispensabile l'intervento di operatori del diritto specializzati, quali, revisori contabili, avvocati, ricercatori, notai. Gli attori sociali, infatti, sono molteplici e con essi ha a che fare, prima di ogni altro, il notaio, soggetto "qualificato" e demandato dall'ordinamento a garantire la tutela dei diritti dei legittimari, (con la verifica della loro necessaria partecipazione all'atto) e l'assoluta conformità del *pactum* al diritto, nonché alla volontà del capofamiglia. Il volume *Il patto di famiglia. Uno studio di diritto interno e comparato* si è inserito in un solco di produzione scientifica che, sia per la difficoltà del tema, che per l'insidiosità degli interessi posti a fondamento della relativa disciplina, ha esitato a dare risposte certe ad interrogativi che trovano la loro genesi già tempo addietro rispetto alla legge del 2006. Il coraggio dell'Autore nel proporre soluzioni innovative e nello stigmatizzare alcune scelte legislative fa sì che l'opera diventi uno strumento concreto di cui possano fruire tutti i soggetti interessati, protagonisti attivi o terzi estranei, rispetto al patto di famiglia.



GIURISPRUDENZA

OBBLIGAZIONI E CONTRATTI – PROCEDIMENTO CIVILE

CASS. CIV. SEZ. UNITE, SENT., 6 MARZO 2015, N. 4628

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
SEZIONI UNITE CIVILI

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

Dott. ROVELLI Luigi Antonio - Primo Presidente f.f. -
Dott. LUCCIOLI Maria Gabriella - Presidente Sezione -
Dott. RORDORF Renato - Presidente Sezione -
Dott. RAGONESI Vittorio - Consigliere -
Dott. CAPPABIANCA Aurelio - Consigliere -
Dott. NOBILE Vittorio - Consigliere -
Dott. SPIRITO Angelo - Consigliere -
Dott. TRAVAGLINO Giacomo - Consigliere -
Dott. D'ASCOLA Pasquale - rel. Consigliere -
ha pronunciato la seguente:

sentenza

sul ricorso 18978/2008 proposto da:

M.F., S.M., elettivamente domiciliati in ROMA, VIA BUCCARI 3, presso lo studio dell'avvocato AGONE MARIA TERESA, rappresentati e difesi dall'avvocato AGONE MODESTINO, per delega a margine del ricorso;

- ricorrenti -

contro

F.M., elettivamente domiciliata in ROMA, VIA ORTI DELLA FARNESINA 126, presso lo studio dell'avvocato GIORGIO STELLA RICHTER, rappresentata e difesa dall'avvocato GRELLA GIANFRANCO, per procura speciale del notaio Pellegri-
no D'Amore, rep. 218742 del 20/01/2014, in atti;

- controricorrente -

e contro

FR.GI.;

- intimato -

avverso la sentenza n. 1696/2007 della CORTE D'APPELLO di NAPOLI, depositata il 25/05/2007;

udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza del 07/10/2014 dal Consigliere Dott. PASQUALE D'ASCOLA;

uditi gli avvocati Modestino AGONE, Gianfranco GRELLA, Giorgio STELLA RICHTER;

udito il P.M. in persona dell'Avvocato Generale Dott. APICE Umberto, che ha concluso per il rigetto del ricorso.



Svolgimento del processo

1) Gli odierni ricorrenti agirono nel novembre 1996 proclamandosi promittenti venditori di una porzione di fabbricato sita in Avellino.

Chiesero l'esecuzione in forma specifica dell'accordo preliminare concluso il 9 luglio 1996 con i promissari acquirenti, i coniugi Fr.Gi. e F.M..

I convenuti resistettero sostenendo che la scrittura privata del 9 luglio costituiva una semplice puntuazione, priva di efficacia obbligatoria, insuscettibile di esecuzione ex art. 2932 c.c..

Il tribunale di Avellino rilevò che il contratto conteneva l'impegno a stipulare il contratto preliminare di compravendita, allorché il Banco di Napoli avesse dato assenso all'esclusione della porzione venduta dall'ipoteca gravante sul fabbricato.

Il tribunale ritenne che il contratto stipulato fosse da qualificare come "preliminare di preliminare" e che fosse nullo per difetto originario di causa.

Pertanto respinse la domanda.

Anche la Corte di appello di Napoli ha ritenuto che al contratto preliminare può riconoscersi funzione giuridicamente apprezzabile solo se è idoneo a produrre effetti diversi da quelli del contratto preparatorio; che nella specie il secondo preliminare previsto dalle parti avrebbe prodotto gli stessi effetti di impegnarsi a stipulare alle medesime condizioni e sul medesimo bene; che pertanto l'accordo del 1996 era nullo, per difetto di causa autonoma rispetto al contratto preliminare da stipulare.

Ha rigettato quindi la domanda di risoluzione e risarcimento danni, introdotta nel corso del giudizio di primo grado ex art. 1453 c.c., comma 2.

Avverso questa sentenza, i promittenti venditori signori M. - S. hanno proposto ricorso per cassazione con unico motivo.

Gli intimati inizialmente non hanno svolto attività difensiva.

In vista della pubblica udienza, F.M. si è costituita con "memoria difensiva" del difensore nominato con procura speciale notarile.

Con ordinanza interlocutoria 5779/14 del 12 marzo 2014 della seconda sezione civile, la causa è stata rimessa al primo Presidente, il quale la ha assegnata alle Sezioni Unite della Corte. Le parti costituite hanno depositato memorie.

Motivi della decisione

2) Preliminarmente, con riferimento alla costituzione tardiva della intimata, va rilevato che la parte contro la quale il ricorso è diretto, se intende contraddirvi, deve farlo mediante controricorso contenente, ai sensi dell'art. 366 c.p.c., (richiamato dall'art. 370 c.p.c., comma 2), l'esposizione delle ragioni atte a dimostrare l'infondatezza delle censure mosse alla sentenza impugnata dal ricorrente. In mancanza di tale atto, essa non può presentare memoria, ma solamente partecipare alla discussione orale (Cass. 6222/12; 1737/05).

3) Con unico complesso motivo di ricorso i promittenti venditori denunciano violazione e falsa applicazione degli artt. 1321, 1322, 1324, 1351, 1362 ss., 1374, 2697 e 2932 c.c..

Invocano le opinioni dottrinali e giurisprudenziali che, contrapponendosi alla corrente di pensiero accolta dai giudici di merito, ha riconosciuto "del tutto ammissibile e lecita la figura del preliminare di preliminare".

Sostengono che non può essere negato che sussista un interesse delle parti a creare un "impegno provvisorio", scindendo la contrattazione preparatoria del contratto definitivo di vendita dell'immobile in due fasi.



Affermano che la Corte di appello si è erroneamente allineata alle tesi che ritengono nullo per mancanza di causa il c.d. preliminare di preliminare, le quali ignorano il concreto svolgersi delle negoziazioni immobiliari e le esigenze della pratica.

Ricordano che il contratto per cui è causa, intitolato "dichiarazione preliminare d'obbligo" conteneva gli elementi essenziali del negozio e prevedeva la stipula di un "regolare preliminare di vendita", qualora il Banco di Napoli avesse dato assenso alla liberazione dall'ipoteca.

Parte ricorrente deduce che per "regolare preliminare" doveva intendersi "formale preliminare", espressione che assume oggi maggior significato in relazione alla possibilità di trascrivere i preliminari redatti "in base alla L. 28 febbraio 1997, n. 30".

Evidenzia la apprezzabilità dell'interesse che le parti avevano a conoscere, nel percorso negoziale di progressivo avvicinamento, le decisioni dell'istituto bancario che vantava l'ipoteca.

Il ricorso, che è concluso da congruo e concreto quesito, redatto ex art. 366 bis c.p.c., e completato da altra censura per contraddittorietà della motivazione, è fondato.

3) La Seconda Sezione ha ritenuto opportuno interpellare le Sezioni Unite, svolgendo le seguenti considerazioni:

"Il collegio non ignora che questa S.C. ha già avuto occasione di affermare che il contratto in virtù del quale le parti si obbligano a stipulare un successivo contratto ad effetti obbligatori (ovvero un contratto preliminare di preliminare) è nullo per difetto di causa, non essendo meritevole di tutela l'interesse di obbligarsi ad obbligarsi, in quanto produttivo di una inutile complicazione (sent.

2 aprile 2009 n. 8038, seguita, senza ulteriori approfondimenti da Cass. 10 settembre 2009) (n. 19557).

Ritiene, tuttavia, che tale orientamento, nella sua absolutezza, potrebbe essere meritevole di precisazioni, con riferimento alle ipotesi che in concreto possono presentarsi.

In primo luogo, potrebbe dubitarsi della nullità del contratto preliminare il quale si limitasse a prevedere un obbligo di riproduzione del suo contenuto al verificarsi di determinate circostanze, come nel caso di specie, in cui la stipulazione di un "regolare contratto preliminare" era subordinata al consenso del Banco di Napoli alla cancellazione dell'ipoteca gravante (anche) sulla porzione immobiliare promessa in vendita.

Ma quello che più conta è che il contratto preliminare di contratto preliminare non esaurisce il suo contenuto precettivo nell'obbligarsi ad obbligarsi, ma contiene - come nel caso di specie - anche l'obbligo ad addivenire alla conclusione del contratto definitivo.

Ora, appare difficile, in considerazione del principio generale di cui all'art. 1419 c.c., comma 1, ritenere che la nullità dell'obbligo di concludere un contratto preliminare riproduttivo di un contratto preliminare già perfetto possa travolgere anche l'obbligo, che si potrebbe definire finale, di concludere il contratto definitivo".

3.1) La sentenza 8038/09, alla quale l'ordinanza di rimessione fa riferimento, aveva così argomentato: "L'art. 2932 c.c., instaura un diretto e necessario collegamento strumentale tra il contratto preliminare e quello definitivo, destinato a realizzare effettivamente il risultato finale perseguito dalle parti.

Riconoscere come possibile funzione del primo anche quella di obbligarsi... ad obbligarsi a ottenere quell'effetto, darebbe luogo a una inconcludente superfetazione, non sorretta da alcun effettivo interesse meritevole di tutela secondo l'ordinamento giuridico, ben potendo l'impegno essere assunto immediatamente: non ha senso pratico il promettere ora di ancora promettere in seguito qualcosa, anziché prometterlo subito.

Nè sono pertinenti i contrari argomenti esposti dai ricorrenti: in parte non attengono



al reciproco rapporto tra le parti del futuro contratto definitivo, ma a quelli tra ognuna di loro e l'intermediario che le ha messe in relazione, sicchè non riguardano il tema in discussione; per il resto prospettano l'ipotesi di un preliminare già riferentesi al definitivo e da rinnovare poi con un altro analogo negozio formale, il che rappresenta una fattispecie diversa da quella del prepreliminare, di cui si è ritenuta in sede di merito l'avvenuta realizzazione nella specie. Correttamente, quindi, nella sentenza impugnata, esclusa la validità dell'accordo raggiunto dalle parti, ha ritenuto che esse si trovassero, in relazione al futuro contratto preliminare, nella fase delle trattative, sia pure nello stato avanzato della puntuazione, destinata a fissare, ma senza alcun effetto vincolante, il contenuto del successivo negozio".

3.2) Il confronto tra i provvedimenti soprariportati costituisce già eloquente documentazione delle incertezze che da qualche decennio agitano la dottrina e la giurisprudenza in ordine all'ammissibilità del c.d. contratto preliminare di preliminare.

Si contrappongono infatti un orientamento che si può definire tradizionale, rispecchiato da Cass. 8038/09, che diffida (di "una certa diffidenza" discute per prima Pret. Bologna 9 aprile 1996, Giur. it., 1997, I, 2, 539) della configurabilità di un momento contrattuale anteriore al preliminare e un orientamento più possibilista, che considera benevolmente le ipotesi di c.d.

"preliminare aperto" e ritiene possibile una tripartizione delle fasi che conducono alla stipula del definitivo.

Un'analisi più approfondita della esperienza giurisprudenziale e dell'evolversi del dibattito dottrinale può consentire di svelare contrasti solo apparenti, di riavvicinare le posizioni e di delineare senza schematismi i limiti in cui può espandersi l'autonomia privata.

3.3) In giurisprudenza viene affermato che:

"In tema di minuta o di puntuazione del contratto, qualora l'intesa raggiunta dalle parti abbia ad oggetto un vero e proprio regolamento definitivo del rapporto non è configurabile un impegno con funzione meramente preparatoria di un futuro negozio, dovendo ritenersi formata la volontà attuale di un accordo contrattuale; per tale valutazione, ben può il giudice far ricorso ai criteri interpretativi dettati dall'art. 1362 c.c. e segg., i quali mirano a consentire la ricostruzione della volontà delle parti, operazione che non assume carattere diverso quando sia questione, invece che di stabilirne il contenuto, di verificare anzitutto se le parti abbiano inteso esprimere un assetto d'interessi giuridicamente vincolante, dovendo il giudice accertare, al di là del nomen iuris e della lettera dell'atto, la volontà negoziale con riferimento sia al comportamento, anche successivo, comune delle parti, sia alla disciplina complessiva dettata dalle stesse, interpretando le clausole le une per mezzo delle altre". (Cass. 2720/09).

Stabilire se la formazione di un accordo che riguardi solo i punti essenziali del contratto di compravendita (Cass. 23949/08; 2473/13; 8810/03; 3856/83) sia sufficiente a costituire un contratto preliminare suscettibile di esecuzione coattiva ex art. 2932 c.c., è questione di fatto che può risultare di difficile discernimento.

Si rinvencono infatti non poche massime secondo le quali 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 ancorchè riportati in apposito documento, risulti rimessa ad un tempo successivo la determinazione degli elementi accessori. (Cass. 14267/06; 11371/10).

Questo secondo filone giunge ad affermare che anche in presenza del completo ordi-



namento 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 (910/05; 20701/07).

4) La questione rimessa oggi alla Corte non riguarda il rilievo della volontà nella conclusione del contratto e se essa sia la sola via per stabilire quando il preliminare venga definitivamente formato: è chiesto invece di indagare sulla dinamica degli accordi contrattuali in tema di compravendita immobiliare. E' infatti evidente già da questa prima ricognizione quale sia l'incertezza del confine tra atto preparatorio e contratto preliminare, incertezza alimentata da una accentuata polarizzazione tra contratto preliminare (vincolante) da un lato e diniego di rilevanza negoziale, per difetto della causa, di accordi prodromici al preliminare, i quali al più vengono qualificati semplice "puntuazione". Occorre pertanto stabilire se e in quali limiti sia riconosciuto nell'ordinamento un accordo negoziale che rimandi o obblighi i contraenti a un contratto preliminare propriamente detto.

4.1) La problematica risulta affrontata più volte nella giurisprudenza di merito. Trib. Salerno 23 luglio 1948 (Dir. Giur., 1949, 101) ebbe ad affermare che la legge, nel fissare i due tipi fondamentali di contratti (preliminare e definitivo), esclude l'esistenza di un contratto preliminare relativo ad altro preliminare, il quale dovrebbe comunque rispettare il requisito di forma di cui all'art. 1351 c.c. Il tribunale di Napoli (23.11.1982 in Giustciv. 1983, 1, 283; 21.2.1985 n. 1480 Dir Giur. 1985, 725) ha aggiunto che il contratto con cui le parti si impegnano a stipulare un futuro contratto preliminare di analogo contenuto è nullo per mancanza di causa, "difettando di ogni funzione economica meritevole di tutela". La trattatistica censisce vari altri casi (tra i quali:

App Genova 21.2.2006, Obbl e contr., 2006, 648; App. Napoli 1.10.2003, Giur. mer. 2004, 63) che riecheggiano queste convinzioni.

4.1.1) Altre volte la giurisprudenza partenopea si è orientata in senso opposto.

App. Napoli 11 ottobre 1967, (Dir. Giur. 1968, 550) ha ritenuto che "in virtù del principio dell'autonomia negoziale" sia ammissibile un regolamento contrattuale che preveda, dopo la prima intesa scritta, un'ulteriore scansione temporale, con la stipulazione del contratto preliminare, legata al versamento di una caparra. Trib. Napoli 28 febbraio 1995 (Dir. Giur. 1995, 163) muovendo dallo stesso presupposto ha considerato meritevole di tutela "il contratto preliminare del preliminare qualora lo stesso costituisca un momento ben caratterizzato dell'iter progressivo per il raggiungimento del compiuto regolamento di interessi".

In altri casi i giudici di merito hanno espressamente ritenuto di non avventurarsi nella analisi, poichè hanno ravvisato già nel primo contratto gli elementi sufficienti a qualificare come preliminare ex art. 1351 c.c., l'accordo documentato (Pret. Firenze 19. 12. 1989 Giur. merito, 1990, 466) ovvero, all'opposto, la configurabilità di una condizione sospensiva, il cui mancato avveramento impedisce il perfezionamento della fattispecie negoziale (Trib. Firenze 10 luglio 1999, Nuovo dir., 2000, 487).

4.2) Queste oscillazioni mettono capo, come la giurisprudenza citata sub 3.3, al tema dell'identificazione del contratto preliminare e preannunciano il diffondersi di problematiche relative alla contrattazione in materia di vendita immobiliare, settore che ha segnato la fortuna del contratto preliminare nel nostro ordinamento.

Prima di esaminare le valutazioni dottrinali in questa materia è quindi opportuno stabilire che solo questo è il campo di indagine, restando esclusi - e da salvaguardare - altri istituti di confine.



Intorno al 1970, nel fissare le fondamenta concettuali del contratto preliminare, la dottrina ha avuto cura di distinguerli e di segnalare che il contratto preliminare non è "un recipiente di comodo" in cui inserire gli istituti dagli incerti confini.

Va pertanto esemplificativamente ricordato che: la figura dell'opzione di contratto preliminare, di origine dottrinale (ma v.

Cass. 1071/67), è un'ipotesi di "possibile allargamento della sfera di applicazione del patto di opzione" (per la distinzione, cfr Cass. 8564/12).

Il patto di prelazione ha lo scopo essenziale di impedire che il promittente concluda un contratto con un terzo anzichè con il beneficiario del patto: non sembra quindi una figura diretta alla conclusione del contratto, come il preliminare, ma alla scelta del contraente, ancorchè in giurisprudenza venga qualificato come preliminare unilaterale (Cass. 3127/12).

Anche il patto di contrarre con il terzo non può essere confuso con le ipotesi che ci occupano di pattuizione anteriore al preliminare, categoria al quale è estraneo, per il motivo determinante che non vi è ancora - con questo patto - una manifestazione di consenso intorno a un regolamento di interessi, ma una volontà manifestata a un soggetto diverso dal terzo con cui si dovrà in futuro contrarre.

4.3) Il vero insorgere della problematica è stato determinato dall'evoluzione della contrattazione immobiliare e dell'attività di mediazione professionalmente gestita.

La complessità dei contatti, delle verifiche da effettuare, da un lato per saggiare la serietà dei proponenti, dall'altro per accertarsi della consistenza del bene e dell'affidabilità dei contraenti, hanno di fatto portato a una frequente tripartizione delle fasi contrattuali.

Una prima fase in cui, a volte con la formula, almeno dichiarata, della proposta irrevocabile, l'aspirante acquirente offre un certo corrispettivo per l'acquisto del bene, atto che viene riscontrato dalla accettazione o dal rifiuto del proprietario.

Una seconda, espressamente prevista, di stipula del contratto preliminare propriamente detto. La terza, costituita dall'indispensabile rogito notarile con il saldo del prezzo.

La pratica degli affari ci consegna una incalcolabile serie di varianti: inseguirle, è stato spiegato, sarebbe ozioso impegno di un giurista da tavolino.

Alla variabilità della modulistica dei mediatori si aggiunge infatti la inesauribile creatività dei contraenti, assistiti o meno da consulenti legali.

Il quesito che occorre risolvere concerne la configurabilità di due fasi anteriori al rogito o comunque all'atto traslativo, giustificabili l'una rispetto all'altra allo stesso modo in cui venne a suo tempo giustificata la "scissione" del contratto preliminare rispetto al definitivo.

Si vuoi dire che la "scissione", in alcuni casi, dimostra che le parti sono incerte e intendono meglio orientarsi, cosicchè essa risponde all'esigenza di "fermare l'affare", ossia di dare vincoli giuridici all'operazione economica condivisa negli elementi essenziali, restando però, per una delle parti (di regola il compratore) l'esigenza di verificare con certezza la praticabilità dell'operazione, prima ancora che di definirla in termini più precisi e articolati.

Ciò può avvenire sovente sui seguenti punti: a) assumere elementi di conoscenza sulla persona della controparte (es., se è imprenditore o comunque persona solvibile; escludere vicinanze "mafiose", etc.). Si tratta di elementi che non potrebbero, ove conosciuti come negativi, essere adottati a motivo di risoluzione di un contratto già concluso o forse neppure essere portati a conoscenza della controparte stessa, ragione per cui è necessario non dare carattere di absolutezza al vincolo.



b) verificare con precisione lo stato della cosa;
c) verificare la situazione urbanistica e svolgere le altre visure e ricerche necessarie.
5) Il ragionamento al quale si è rifatta Cass. 8038/09, e che nega la validità di un accordo ripetitivo, ha pregio se si ipotizza (come sembra sia stato comunque fatto anche in quel caso) che tra il primo e il secondo preliminare vi sia identità (bis in idem). In tal caso, mancando un contenuto nuovo in grado di dar conto dell'interesse delle parti e dell'utilità del contratto, si è parlato di mancanza di causa. La parte di dottrina che è tendenzialmente contraria ad ammettere queste pattuizioni riconosce che nelle trattative complesse il contratto si può formare progressivamente, ma nega che si possa parlare di obbligo a contrarre, preferendo l'aspetto descrittivo dell'obbligazione di contrattare. Nega anche rilievo alla differenziazione basata sulla ricorribilità al rimedio di cui all'art. 2932 c.c., solo in relazione al secondo contratto. Si pretende infatti che il rapporto tra i preliminari venga "valutato in termini di contenuto dispositivo e non già di sanzioni".

E' già questa una significativa apertura, ancorchè sia stata limitata a quelle fattispecie in cui le parti, impegnatesi in sede di primo accordo sui punti essenziali della futura compravendita, abbiano solo voluto rinviare la definizione di punti secondari.

5.1 Le Sezioni Unite della Corte intendono cogliere gli aspetti costruttivi di quel moderno orientamento che vuole riconoscere la libertà delle parti di determinarsi e di fissare un nucleo di interessi da trasfondere nei vari passaggi contrattuali.

Viene in primo luogo in risalto, come evidenziato dal più recente dibattito dottrinale, la tematica della causa concreta.

Una definizione di questa Corte (Cass. 10490/06) la qualifica come "scopo pratico del negozio...sintesi degli interessi che lo stesso è concretamente diretto a realizzare quale funzione individuale della singola e specifica negoziazione, al di là del modello astratto utilizzato".

Sono molti i casi in cui la Corte, dichiaratamente o meno, ha lasciato da parte la teorica della funzione economico sociale del contratto e si è impegnata nell'analisi dell'interesse concretamente perseguito dalle parti nel caso di specie, cioè della ragione pratica dell'affare.

L'indagine relativa alla causa concreta, - è stato evidenziato - giova sia come criterio d'interpretazione del contratto sia come criterio di qualificazione dello stesso: "La rispondenza del contratto ad un determinato tipo legale o sociale richiede infatti di accertare quale sia l'interesse che il contratto è volto a realizzare".

Questa chiave di lettura conduce a riconsiderare gli approdi schematici ai quali sono pervenute in passato dottrina e giurisprudenza.

E' singolare, ma non casuale, che il profilo causale del contratto sia stato inteso in dottrina e giurisprudenza come ricerca della utilità del contratto, cioè della sua "complessiva razionalità" ed idoneità ad espletare una funzione commisurata sugli interessi concretamente perseguiti dalle parti attraverso quel rapporto contrattuale.

E' questo in fondo che la stessa Cass. 8038/09 richiede allorquando rileva che, in caso contrario, l'obbligo di obbligarsi ad ottenere un certo effetto è "una inconcludente superfetazione" priva di "senso pratico".

5.2 Le opinioni, pur partendo da prospettive diverse, coincidono dunque nel definire nulla l'intesa che si risolve in un mero obbligo di obbligarsi a produrre un vincolo che non abbia nè possa avere contenuto ulteriore o differenziato. Un secondo punto di convergenza si rinviene allorquando l'analisi del primo accordo conduce a ravvisare in esso i tratti del contratto preliminare, in quanto contenente gli elementi necessari per configurare tale contratto, quali, si osserva, l'indicazione delle parti, del bene



promesso in vendita, del prezzo. La presenza della previsione di una ulteriore attività contrattuale può rimanere irrilevante, ma va esaminata alla luce delle pattuizioni e dei concreti interessi che sorreggono questa seconda fase negoziale.

Giovano alcune esemplificazioni: a) Può darsi il caso che nell'accordo raggiunto sia stata semplicemente esclusa l'applicabilità dell'art. 2932 c.c.: si tratta, è stato osservato, di una esclusione convenzionalmente ammessa. La conseguenza sarà che, pur ravvisandosi un contratto "preliminare" in questa scrittura che ipotizzava un successivo accordo, si potrà far luogo, in caso di inadempimento, solo al risarcimento del danno.

b) Può presentarsi l'ipotesi in cui la pattuizione della doppia fase risponda all'esigenza di una delle parti di godere del diritto di recesso, facoltà che può essere convenzionalmente prevista nel contratto preliminare e che può anche accompagnarsi alla prevista perdita di una modesta caparra penitenziale versata dal proponente l'acquisto; si tratta è stato detto, del costo del recesso da un contratto preliminare già concluso.

c) E' ipotizzabile, ed è quanto andrà vagliato con particolare attenzione dai giudici di merito nel giudizio odierno, che le parti abbiano raggiunto un'intesa completa, subordinandola però a una condizione.

Tutte queste ipotesi, e le altre che sono immaginabili, sono apparentate da una conclusione che può regolare buona parte della casistica: va escluso che sia nullo il contratto che contenga la previsione della successiva stipula di un contratto preliminare, allorquando il primo accordo già contenga gli estremi del preliminare. L'assenza di causa che è stata rilevata quando si è discusso di "preliminare di preliminare" potrebbe in tali casi riguardare tutt'al più il secondo, ma non certo il primo contratto.

6) Dietro la stipulazione contenente la denominazione di "preliminare del preliminare" (nel senso che la conclusione dell'accordo precede la stipula del contratto preliminare) si possono dare situazioni fra loro differenti, che delineano sia figure contrattuali atipiche (quali quelle prima indicate), ma alle quali corrisponde una "causa concreta" meritevole di tutela; sia stadi prenegoziali molto avanzati, cui corrisponde un vincolo obbligatorio di carattere ancora prenegoziale (almeno fra le parti del contratto in relazione al quale si assuma un impegno volto alla successiva stipula di un contratto preliminare) che vede intensificato e meglio praticato l'obbligo di buona fede di cui all'art. 1337 c.c..

Certo è però, che, in linea di massima, la previsione di dover dar vita, in futuro, all'assunzione dell'obbligo contrattuale nascente dal contratto preliminare, può essere sintomatica del fatto che le parti hanno consapevolezza che la situazione non è matura per l'assunzione del vincolo contrattuale vero e proprio. Ciò può dipendere segnatamente in relazione al grado di conoscenza di tutti gli elementi di fatto che occorre aver presenti per manifestare la volontà il cui incontro da vita all'accordo vincolante consacrato nel contratto preliminare.

Posto, come si è detto prima, che non si può assegnare utilità al "bis in idem" in quanto volto alla mera ripetizione del primo contratto ad identici contenuti, se e quando le parti sono disposte al mutamento del contenuto del contratto, al cambiamento di esso, l'obbligazione assunta sembra avere per oggetto non il contrarre, ma il contrattare.

6.1) Anche la dottrina più rigorosa riconosce che da gran tempo è stata discussa la formazione progressiva del contratto e sembra ammettere che essa potrebbe atteggiarsi configurando una tripartizione del procedimento di compravendita immobiliare.

Secondo le Sezioni Unite si deve immaginare la pattuizione di un vincolo contrattuale che sia finalizzato ad ulteriori accordi e che il rifiuto di contrattare opposto nella se-



conda fase, se immotivato e contrario a buona fede, possa dar luogo a responsabilità contrattuale da inadempimento di un'obbligazione specifica sorta nel corso della formazione del contratto e non propriamente ex contractu.

E' stato però osservato che si tratterebbe di ipotesi diversa da quella del preliminare di preliminare, che dovrebbe riguardare l'obbligo, assunto nella prima fase, di contrarre e non di contrattare, come invece avverrebbe quando siano state scandite solo tappe di una trattativa complessa.

Si è quindi manifestata contrarietà all'ipotesi di un "preliminare aperto" - sottoscritto per lo più da parti che ancora non si conoscono o hanno deliberatamente lasciato alla seconda fase la regolazione di alcuni profili contrattuali - seguito da un preliminare chiuso.

Questa ritrosia può essere giustificata in alcuni casi, ma non in tutti.

E' stato in precedenza sottolineato che va dato peso alla difficoltà di configurare come preliminare propriamente detto un rapporto obbligatorio in cui le parti non si conoscano e non siano in grado quindi di valutare le qualità soggettive dell'altro contraente.

Rispetto a questa frequente ipotesi, non sembra corrispondere alle reali esigenze del traffico giuridico qualificare la prima intesa, che pur contenga gli altri elementi essenziali, come contratto preliminare.

Vi sono esigenze, in una società complessa, interessata da pervasivi fenomeni criminali, da sospette manipolazioni nel tessuto economico, da un fiorire incontrollabile di nullità contrattuali "minori", ma non per questo meno incisive negozialmente, di riservare il consenso vincolante, sottomesso all'esecuzione coattiva, a verifiche che sono da valutare soggettivamente.

In altri casi il contraente resta libero da vincoli stringenti e assoggettato solo alle conseguenze risarcitorie che ha deliberatamente assunto e contrattualmente delimitato, concordando espressamente la necessità di un vero e proprio preliminare e l'esclusione del disposto di cui all'art. 2932 c.c..

Una più esauriente determinazione del contenuto contrattuale può essere prevista per meglio realizzare l'interesse delle parti. Se si dovesse invece ricorrere sempre all'opzione preliminare/definitivo si dovrebbero riempire i contenuti rimasti in sospeso con il meccanismo di cui all'art. 1374, integratore rispetto al primo accordo incompleto.

6.2) E' stato autorevolmente sostenuto che se mancano violazioni di una legge imperativa, non v'è motivo per giudicare inammissibili procedimenti contrattuali gradualmente, la cui utilità sia riscontrata dalle parti con pattuizioni che lasciano trasparire l'interesse perseguito, in sé meritevole di tutela, a una negoziazione consapevole e informata.

Le posizioni di coloro che pongono l'alternativa "preliminare o definitivo" amputano le forme dell'autonomia privata, sia quando vogliono rintracciare ad ogni costo il contratto preliminare in qualunque accordo iniziale, sia quando ravvisano nel c.d. preliminare chiuso il contratto definitivo, passibile soltanto di riproduzione notarile.

La procedimentalizzazione della fasi contrattuali non può di per sé essere connotata da disvalore, se corrisponde a "un complesso di interessi che stanno realmente alla base dell'operazione negoziale".

E' vero che occorre guardarsi da un uso "poco sorvegliato" dell'espressione "preliminare di preliminare", perchè l'argomento nominalistico non è neutro. Tuttavia, se ci si libera dell'ipotesi in cui appare che il primo contratto è già il contratto preliminare e che il secondo è, al più, solo la sua formalizzazione per la trascrizione, restano due "sequenze" variabili che si avvicinano:



A) quella delle mere punteggiature in cui le parti hanno solo iniziato a discutere di un possibile affare e senza alcun vincolo fissano una possibile traccia di trattative. In questa ipotesi, quanto maggiore e specifico è il contenuto, tanto più ci si avvicina al preliminare.

B) Quella in cui il contratto non è ancora un vero preliminare, ma una punteggiatura vincolante sui profili in ordine ai quali l'accordo è irrevocabilmente raggiunto, restando da concordare secondo buona fede ulteriori punti.

Si tratta di un iniziale accordo che non può configurarsi ancora come preliminare perché mancano elementi essenziali, ma che esclude che di quelli fissati si torni a discutere. In questa ipotesi man mano che si impoverisce il contenuto determinato ci si allontana dal preliminare propriamente detto.

b1) Occorre qui ulteriormente ricordare la distinzione con l'ipotesi in cui la previsione del secondo preliminare esprime soltanto che la situazione conoscitiva delle parti non è tale da far maturare l'accordo consapevole, ma si vuole tuttavia "bloccare l'affare", anche a rischio del risarcimento del danno negativo in caso di sopravvenuto disaccordo.

Ciò che conta chiarire è che, all'interno di una gamma di situazioni che ricevono risposte diverse, quelle contrassegnate sotto la lettera b sono riconducibili a una fase sostanzialmente precontrattuale, in cui la formazione del vincolo è limitata a una parte del regolamento. La violazione di queste intese, perpetrata in una fase successiva rimettendo in discussione questi obblighi in itinere che erano già determinati, dà luogo a responsabilità contrattuale da inadempimento di un'obbligazione specifica sorta nel corso della formazione del contratto, riconducibile alla terza delle categorie considerate nell'art. 1173 c.c., cioè alle obbligazioni derivanti da ogni fatto o atto idoneo a produrle in conformità dell'ordinamento giuridico.

6.2.1) E' evidente come questa linea interpretativa imponga di vagliare caso per caso l'emergere dell'interesse delle parti, di questa loro volontà di rinviare il momento in cui operano sia l'integrazione suppletiva ex art. 1374 c.c. sia la cogenza del meccanismo proprio del preliminare ex art. 1351 e 2932 c.c..

Nella compravendita immobiliare l'ausilio giunge dal formalismo che contraddistingue la materia, sì da potersi di volta in volta cogliere i profili oggettivi non solo di una trattativa e della successiva stipula di un preliminare, ma di una sequenza di atti caratterizzati da un contenuto differenziato e aventi portata contrattuale con le connesse conseguenze.

7) Alla luce di questi principi il ricorso è da accogliere.

I giudici di merito hanno infatti in primo luogo ommesso di valutare se il contratto in esame, sebbene prevedesse la stipula di un successivo contratto preliminare, avesse già le caratteristiche di un contratto preliminare completo, soltanto subordinato ad una condizione, cioè al consenso del Banco di Napoli alla cancellazione parziale dell'ipoteca, ipotesi da loro stessi contemplata (pag. 7 sentenza) ma scartata a causa della previsione dell'impegno a sottoscrivere un futuro preliminare.

Hanno poi ommesso di interrogarsi sulla validità del primo contratto, in ipotesi munito di tutti gli elementi essenziali del preliminare, e sulla possibile invalidità, in questo contesto, del secondo accordo, se meramente riproduttivo del primo. In quest'ottica hanno rovesciato la prospettiva che le Sezioni unite ritengono giuridicamente corretta.

Hanno infine aderito all'orientamento che sanziona come nullo per difetto di causa un contratto che sia propedeutico al "successivo stipulando preliminare" senza verificare la sussistenza di una causa concreta dell'accordo dichiarato nullo tale da renderlo



meritevole di tutela da parte dell'ordinamento, in quanto inserito in una sequenza procedimentale differenziata, secondo un programma di interessi realizzato gradualmente.

Discende da quanto posto l'accoglimento del ricorso.

La sentenza impugnata va cassata e la cognizione rimessa ad altra sezione della Corte di appello di Napoli per nuovo esame dell'appello e la liquidazione delle spese di questo giudizio.

Il giudice di rinvio si atterrà al seguente principio di diritto:

In presenza di contrattazione preliminare relativa a compravendita immobiliare che sia scandita in due fasi, con la previsione di stipula di un contratto preliminare successiva alla conclusione di un primo accordo, il giudice di merito deve preliminarmente verificare se tale accordo costituisca già esso stesso contratto preliminare valido e suscettibile di conseguire effetti ex art. 1351 e 2932 c.c., ovvero anche soltanto effetti obbligatori ma con esclusione dell'esecuzione in forma specifica in caso di inadempimento.

Riterrà produttivo di effetti l'accordo denominato come preliminare con il quale i contraenti si obbligano alla successiva stipula di un altro contratto preliminare, soltanto qualora emerga la configurabilità dell'interesse delle parti a una formazione progressiva del contratto basata sulla differenziazione dei contenuti negoziali e sia identificabile la più ristretta area del regolamento di interessi coperta dal vincolo negoziale originato dal primo preliminare.

La violazione di tale accordo, in quanto contraria a buona fede, potrà dar luogo a responsabilità per la mancata conclusione del contratto stipulando, da qualificarsi di natura contrattuale per la rottura del rapporto obbligatorio assunto nella fase precontrattuale.

P.Q.M.

La Corte accoglie il ricorso, cassa la sentenza impugnata e rinvia ad altra sezione della Corte di appello di Napoli, che provvederà anche sulla liquidazione delle spese del giudizio di legittimità.

Così deciso in Roma, nella Camera di Consiglio delle Sezioni Unite Civili, il 7 ottobre 2014.

Depositato in Cancelleria il 6 marzo 2015.



ASTENSIONE, RICUSAZIONE, RESPONSABILITÀ DEI GIUDICI – DIRITTI CIVILI E POLITICI – procedimento civile

Cass. civ. Sez. III, Sent., 5 marzo 2015, n. 4446

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
SEZIONE TERZA CIVILE

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:
Dott. PETTI Giovanni B. - Presidente -
Dott. D'AMICO Paolo - Consigliere -
Dott. CIRILLO Francesco M. - rel. Consigliere -
Dott. VINCENTI Enzo - Consigliere -
Dott. PELLECCIA Antonella - Consigliere -

ha pronunciato la seguente:

sentenza

sul ricorso 11736-2014 proposto da:

S.S., elettivamente domiciliato in ROMA, C/O OMNIA SERVICE 2P VIA DUILIO 22, presso il suo studio, rappresentato e difeso da se medesimo;

- ricorrente -

contro

STATO ITALIANO;

- intimato -

avverso il decreto della CORTE D'APPELLO di PERUGIA, depositato il 13/03/2014 R.G.N. 3269/13;

udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza del 01/12/2014 dal Consigliere Dott. FRANCESCO MARIA CIRILLO;

udito l'Avvocato S.S.;

udito il P.M. in persona del Sostituto Procuratore Generale Dott. CORASANITI Giuseppe che ha concluso per l'inammissibilità o rigetto del ricorso.

Svolgimento del processo

1. Con citazione del 19 gennaio 2009 l'avv. S.S. convenne in giudizio lo Stato italiano, davanti al Tribunale di Perugia, per chiedere il risarcimento dei danni, ai sensi della L. 13 aprile 1988, n. 117, art. 2, conseguenti all'adozione di vari provvedimenti giudiziari, assunti dalla Procura della Repubblica, dal Tribunale e dalla Corte d'appello di Roma, nonché dalla Corte di cassazione, asseritamente rientranti in fattispecie di responsabilità civile dei magistrati. Tali provvedimenti erano relativi ad un processo penale che vedeva l'avv. S. imputato del reato di cui all'art. 342 c.p..

Si costituì in giudizio l'Avvocatura dello Stato, chiedendo il rigetto della domanda.

Il Tribunale dichiarò inammissibile la domanda, compensando le spese di giudizio.

2. Avverso tale provvedimento l'avv. S. ha proposto reclamo, ai sensi della L. n. 117 del 1988, art. 5, comma 4, e la Corte d'appello di Perugia, con decreto del 13 marzo 2014, ha rigettato il gravame, confermando l'impugnato provvedimento e condannando il reclamante al pagamento delle spese del grado.

Ha osservato la Corte territoriale, richiamando la sentenza 5 maggio 2011, n. 9910, di questa Corte di legittimità, che doveva essere condiviso l'assunto del Tribunale circa



l'avvenuto decorso del termine di decadenza biennale di cui alla L. n. 117 del 1988, art. 4, comma 2. Tale termine, infatti, decorre dal momento in cui siano stati esperiti gli ordinari mezzi di impugnazione, se l'azione risarcitoria si fonda su di un provvedimento per il quale è previsto uno specifico rimedio; mentre decorre dall'esaurimento del grado del procedimento nel cui ambito si è verificato il fatto dannoso quando nei confronti del provvedimento non siano previsti rimedi di sorta.

Quanto al merito, la Corte d'appello ha rilevato che la questione posta dal reclamante aveva ad oggetto "esclusivamente la mancata applicazione di norme di diritto interno e la loro interpretazione";

nè, del resto, poteva essere accolta la tesi secondo cui i provvedimenti contestati erano frutto di violazione di legge inescusabile, anche perchè quelli emessi in primo grado erano stati confermati dalla Corte di cassazione. D'altra parte, l'azione di responsabilità civile del magistrato non può costituire uno strumento per riaprire il dibattito sulla correttezza o meno dell'interpretazione adottata dai giudici nei provvedimenti della cui legittimità si discorre; nè poteva ravvisarsi, ad avviso della Corte perugina, la violazione dei principi contenuti nella sentenza 24 novembre 2011 della Corte di giustizia dell'Unione Europea, poichè essa si riferisce soltanto alla necessaria responsabilità dello Stato per l'omessa applicazione, da parte dei magistrati, della normativa comunitaria.

3. Contro il decreto della Corte d'appello di Perugia propone ricorso l'avv. S.S., con atto affidato a sei motivi.

Resiste il Presidente del Consiglio dei ministri, a mezzo dell'Avvocatura distrettuale dello Stato, con controricorso.

Il ricorrente ha presentato memoria.

Nell'udienza pubblica del 1 dicembre 2014 il ricorrente, terminata la discussione, ha depositato osservazioni scritte, ai sensi dell'art. 379 cod. proc. civ., in riferimento alle conclusioni rassegnate dal Pubblico Ministero.

Motivi della decisione

Occorre preliminarmente rilevare che è infondata l'eccezione di improcedibilità del ricorso, formulata dall'Avvocatura dello Stato nelle proprie difese, per omesso deposito nel termine di dieci giorni dalla notifica. Il ricorso, infatti, che la stessa Avvocatura dello Stato dichiara essere stato notificato il 16 aprile 2014, risulta depositato nella cancelleria della Corte d'appello di Perugia - come prescrive la L. n. 117 del 1988, art. 5, comma 4, - in data 24 aprile 2014, per cui è certamente tempestivo.

1. Con il primo motivo di ricorso si lamenta, in riferimento all'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 3), violazione e falsa applicazione della L. n. 117 del 1988, art. 4, comma 2, sul rilievo che la sentenza n. 9910 del 2011 di questa Corte sia errata e, come tale, da disattendere.

Rileva il ricorrente che quella pronuncia non costituisce un precedente attendibile e che la previsione di legge circa la decorrenza del termine biennale dal momento dell'esaurimento del grado del procedimento nel quale si è verificato il fatto determinativo del danno si riferirebbe soltanto ai provvedimenti cautelari e sommari e non ai provvedimenti di impulso privi di autonomia processuale. Tale interpretazione risponderebbe anche ad una finalità di economia processuale.

2. Con il secondo motivo di ricorso si lamenta, in riferimento all'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 4), violazione e falsa applicazione dell'art. 112 c.p.c., e art. 132 c.p.c., n. 4), nonché dell'art. 111 Cost., comma 6.

Rileva il ricorrente di aver fatto presenti alla Corte d'appello, nell'atto di reclamo, le



ragioni per le quali non concordava con la decisione del Tribunale circa l'intervenuta decadenza per decorso del termine biennale; sicchè la decisione impugnata sarebbe evidentemente errata.

3. I due motivi ora in esame, da trattare congiuntamente perchè pongono, in sostanza, il medesimo problema, sono privi di fondamento.

Il ricorrente rileva, a sostegno delle proprie doglianze, l'erroneità della sentenza n. 9910 del 2011 di questa Corte, la quale non costituirebbe un precedente utilmente richiamabile ai fini della decisione.

Il Collegio ritiene opportuno, per chiarezza di esposizione, richiamare il testo della L. n. 117 del 1988, art. 4, comma 2:

"L'azione di risarcimento del danno contro lo Stato può essere esercitata soltanto quando siano stati esperiti i mezzi ordinari di impugnazione o gli altri rimedi previsti avverso i provvedimenti cautelari e sommari, e comunque quando non siano più possibili la modifica o la revoca del provvedimento ovvero, se tali rimedi non sono previsti, quando sia esaurito il grado del procedimento nell'ambito del quale si è verificato il fatto che ha cagionato il danno. La domanda deve essere proposta a pena di decadenza entro due anni che decorrono dal momento in cui l'azione è esperibile".

La sentenza n. 9910 del 2011 di questa Corte - che il giudice d'appello ha richiamato a sostegno della propria decisione - ha interpretato detta norma nel senso che nel giudizio per l'affermazione della responsabilità civile dei magistrati, fatto costitutivo è il singolo comportamento, atto o provvedimento (o diniego di giustizia) posto in essere dal magistrato, con dolo o colpa grave, nell'esercizio delle sue funzioni. Pertanto, quando l'azione risarcitoria sia fondata su di un provvedimento per il quale è previsto uno specifico rimedio, il termine biennale di decadenza di cui alla L. n. 117 del 1988, art. 4, comma 2, decorre dal momento in cui siano stati esperiti i mezzi ordinari di impugnazione o gli altri rimedi previsti, mentre il medesimo termine decorre dall'esaurimento del grado del procedimento nel cui ambito si è verificato il fatto dannoso solo quando nei confronti del provvedimento in questione non siano previsti rimedi di sorta.

Tale pronuncia - che il Collegio condivide ed alla quale intende dare oggi continuità - è del tutto conforme al dettato ed alla logica ispiratrice della norma, che è concepita tenendo presente che la responsabilità civile dei magistrati può sorgere anche dal compimento di un singolo atto (sentenza 25 febbraio 2005, n. 4084);

atto che può essere conclusivo del procedimento davanti al giudice che lo emette (caso classico, la sentenza definitiva), ma può anche avere una valenza solo endoprocedimentale, ossia finalizzata al progredire del giudizio verso la sua naturale conclusione. Ciò è confermato, ad esempio, da ulteriori pronunce emesse da questa Corte - fra le quali giova richiamare le sentenze 4 gennaio 2001, n. 76, e 24 dicembre 2002, n. 18329 - nelle quali il provvedimento asseritamente fonte di responsabilità civile riguardava la libertà personale.

A fronte di tale orientamento giurisprudenziale, condiviso dalla Corte di merito, il ricorrente - citando l'espressione della legge che si richiama all'esperimento dei mezzi ordinari di impugnazione o degli altri rimedi avverso i provvedimenti cautelari e sommari - osserva che tale calcolo della decorrenza non dovrebbe valere per i "provvedimenti di impulso/avanzamento processuale privi di autonomia processuale quali sono la richiesta o il decreto di rinvio a giudizio, funzionali direttamente all'iter del processo".

Ora, a prescindere dal fatto che la richiesta di citazione e il decreto di rinvio a giudizio, non essendo atti autonomamente impugnabili, rientrano nella seconda delle ipo-



tesi previste dall'art. 4, comma 2, cit. - sicchè il termine biennale di proponibilità dell'azione decorre dall'esaurimento del grado del procedimento nel cui ambito sono stati assunti - il Collegio rileva che le censure proposte nei motivi in esame sono formulate in modo tale da non permettere un'adeguata valutazione della loro rilevanza ai fini della decisione. Il ricorso, infatti, avrebbe dovuto specificare, in relazione a ciascun singolo provvedimento asseritamente lesivo, in che modo un diverso sistema di calcolo del termine biennale avrebbe consentito, anzi imposto, una decisione diversa, ossia una decisione che non fosse di intervenuta decadenza; precisazione che era evidentemente necessaria anche ai fini del rispetto del requisito di cui all'art. 366 c.p.c., comma 1, n. 6).

Il ricorso, invece, non contiene alcuna specifica osservazione sul punto, limitandosi ad una generica critica della sentenza sopra richiamata, che di per sè non è sufficiente a scardinare la motivazione del provvedimento impugnato (si veda, in proposito, la sentenza 5 febbraio 2013, n. 2637, di questa Corte, emessa in un giudizio analogo, nel quale il ricorso presentava il medesimo difetto).

Il primo ed il secondo motivo, dunque, sono rigettati.

4. Con il terzo motivo di ricorso si lamenta, in riferimento all'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 3), violazione e falsa applicazione della L. n. 117 del 1988, art. 2, commi 2 e 3, nonchè dei principi di cui alla sentenza 24 novembre 2011 della Corte di giustizia dell'Unione Europea (nella causa C-379/10).

Rileva il ricorrente che le violazioni asseritamente commesse dai magistrati coinvolti nella vicenda, tutte indicate ai giudici di merito, non erano limitate a presunte violazioni del diritto comunitario; e comunque, alla luce della sentenza Europea sopra richiamata, dovrebbe affermarsi che non è più necessario che il magistrato abbia agito con dolo o colpa grave, essendo sufficiente la manifesta violazione del diritto vigente. Tale conclusione vale anche per i magistrati della Corte di cassazione, il cui operato era oggetto di censura come quello dei giudici di merito, con prove che dimostravano evidentemente il dolo dei loro comportamenti.

5. Con il quinto motivo di ricorso, che per ragioni di economia processuale è da trattare unitamente al terzo, si lamenta, in riferimento all'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 3), violazione e falsa applicazione del Trattato dell'Unione Europea nonchè dei principi di cui alla sentenza della Corte di giustizia dell'Unione Europea sopra richiamata.

Si rileva, in proposito, che la citata sentenza della Corte UE, riconoscendo la violazione del diritto dell'Unione, da parte dello Stato italiano, in relazione alla disciplina della responsabilità civile dei magistrati, impone al giudice nazionale, in virtù del principio di prevalenza del diritto comunitario, la disapplicazione della L. n. 117 del 1988. Dalla sentenza della Corte Europea, infatti, discende il principio che anche l'attività di interpretazione può comportare responsabilità per danni e che la colpa grave sussiste anche per la manifesta violazione del diritto vigente nello Stato.

6. I motivi terzo e quinto del ricorso non sono fondati.

6.1. Alla base delle censure in essi formulate sta la convinzione che la sentenza della Corte di giustizia dell'Unione Europea 24 novembre 2011 sopra richiamata avrebbe operato una vera e propria rivoluzione dell'intero sistema della responsabilità civile dei magistrati. Dal contenuto di quella pronuncia deriverebbero infatti, secondo il ricorrente, alcune profonde modifiche, così riassumibili: l'azione di responsabilità sarebbe svincolata dai presupposti del dolo e della colpa grave, essendo sufficiente la manifesta violazione del diritto vigente; tale azione dovrebbe essere proponibile anche in relazione all'attività di interpretazione della legge; l'intero sistema della L. n. 117 del 1988, siccome ormai in contrasto con l'ordinamento dell'Unione Europea,



dovrebbe essere disapplicato, in ossequio al principio della prevalenza del diritto comunitario su quello interno.

6.2. Osserva il Collegio che la sentenza Europea appena indicata - come questa Corte ha già incidentalmente osservato nelle sentenze 22 febbraio 2012, n. 2560, e 3 gennaio 2014, n. 41 - ha inciso nel nostro ordinamento nei ristretti limiti ivi indicati. Dalla motivazione e dal dispositivo della pronuncia, infatti, emerge che la Corte Europea ha dichiarato che la Repubblica italiana -escludendo ogni responsabilità dello Stato per i danni arrecati ai singoli a seguito di una violazione del diritto dell'Unione imputabile a un organo giurisdizionale di ultimo grado, qualora tale violazione risulti da interpretazione di norme di diritto o di valutazione di fatti e prove effettuate dall'organo giurisdizionale medesimo - è venuta meno agli obblighi ad essa incombenti in forza del principio generale di responsabilità degli Stati in tale ambito. La pronuncia perviene a siffatta conclusione senza addentrarsi, peraltro, sul delicato profilo della distinzione tra la nozione di colpa grave contenuta nella L. n. 117 del 1988 e quella di violazione manifesta del diritto vigente individuata dalla giurisprudenza della Corte Europea; punto sul quale la sentenza si limita ad evidenziare che la difesa dell'Italia non aveva fornito adeguata dimostrazione della conformità della giurisprudenza nazionale rispetto agli orientamenti della Corte lussemburghese (punto 45).

A parere di questo Collegio, l'approdo interpretativo al quale è giunta la Corte di giustizia dell'Unione Europea era già insito in una lettura globale del sistema delineato dalla L. n. 117, essendo pacifico che la responsabilità civile dello Stato sussiste per le violazioni del diritto dell'Unione imputabili ad un organo giurisdizionale di ultimo grado. Ciò che, invece, è del tutto arbitrario è affermare - come vorrebbe l'odierno ricorrente - che la precisazione contenuta nella sentenza Europea possa avere stravolto l'intero sistema della legislazione nazionale; il che non trova in quella pronuncia alcun utile appiglio.

Ed infatti - a prescindere dal rilievo per cui la responsabilità dello Stato risulta ancorata alle violazioni del diritto dell'Unione provenienti da un organo giurisdizionale di ultimo grado, mentre l'azione risarcitoria promossa dall'avv. S. nel presente giudizio ha ad oggetto in prevalenza l'attività di giudici di merito va ribadito nella sede odierna che l'attività di interpretazione della legge resta estranea al territorio della responsabilità civile dei magistrati, per chiara ed inoppugnabile previsione della L. n. 117 del 1988, art. 2, comma 2; nè la sentenza Europea sposta in alcun modo i termini del problema (v. punto 33 della sentenza in esame). Come pure è evidente che la necessaria sussistenza del requisito soggettivo del dolo o della colpa grave, indicato dall'art. 2, comma 1, cit., non è stato in alcun modo modificato dalla sentenza della Corte lussemburghese, che non lo ha affrontato per nulla.

Ne deriva anche, come ovvio corollario della precedente ricostruzione, che la struttura complessiva delineata dalla L. n. 117 del 1988 è rimasta inalterata nelle sue linee fondamentali anche dopo la sentenza della Corte di giustizia Europea; sicchè è fuor di luogo censurare la pronuncia della Corte d'appello di Perugia ipotizzando che dalla sentenza Europea derivi, addirittura, un obbligo generalizzato di disapplicazione della normativa interna in nome del principio di prevalenza del diritto comunitario. Il che vale sia per la normativa nazionale nel suo complesso che, più direttamente, per la permanenza della cd. fase di filtro costituita dal giudizio di ammissibilità del quale si discute nel ricorso odierno.

Nel caso in esame, tra l'altro, le presunte gravi ed inescusabili violazioni di legge che il ricorrente ha ipotizzato a carico di numerosi magistrati non coinvolgevano, per quanto è dato comprendere dal ricorso, alcun problema di interpretazione del diritto



dell'Unione Europea, per cui la sentenza della Corte di giustizia non può spostare i termini del giudizio.

6.3. E' appena il caso di rammentare che l'odierno ricorrente sollecita anche, a conclusione del proprio ricorso (p. 16) ma senza formulare un ulteriore motivo, la rimessione alla Corte di giustizia o alla Corte costituzionale sui problemi proposti.

Osserva la Corte che - a prescindere dalla genericità con cui la richiesta di rimessione è posta, la quale di per sè ne dovrebbe determinare l'inammissibilità - tutti i dubbi circa la conformità a Costituzione del sistema contenuto nella L. n. 117 del 1988, anche in relazione all'esistenza di una fase di ammissibilità della domanda risarcitoria, sono stati già dissolti dalla menzionata sentenza n. 41 del 2014 di questa Corte, nel quale il problema è stato dibattuto con ampi riferimenti alla giurisprudenza costituzionale, pervenendosi a risultati che l'odierno Collegio condivide integralmente.

Ne consegue che anche il terzo ed il quinto motivo sono infondati.

7. Con il quarto motivo di ricorso si lamenta, in riferimento all'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 4), violazione e falsa applicazione dell'art. 112 c.p.c., e art. 132 c.p.c., n. 4).

Il ricorrente trascrive nel ricorso davanti a questa Corte (pp. 8-13) un'ampia parte dell'atto di reclamo avanzato davanti alla Corte d'appello, nonchè una parte della motivazione del Tribunale oggetto di censura in appello. La trascrizione è finalizzata a dimostrare che il Tribunale prima, e la Corte d'appello poi, avrebbero erroneamente considerato attività interpretativa della legge - con conseguente esclusione della responsabilità civile dei magistrati, ai sensi della L. n. 117 del 1988, art. 2, comma 2 - una serie di macroscopiche violazioni di legge, frutto di ignoranza inescusabile e di dolo, assunte senza tenere in considerazione il contenuto degli scritti difensivi depositati dal medesimo avv. S..

A fronte di specifiche e documentate censure, la Corte d'appello non avrebbe "speso una sola parola", con ciò integrando gli estremi dell'omessa pronuncia.

7.1. Il motivo, quando non inammissibile, non è comunque fondato.

Il Collegio osserva, innanzitutto, che non sussiste la lamentata omissione di pronuncia di cui all'art. 112 cod. proc. civ., perchè la Corte d'appello, sia pure con motivazione stringata ed in parte per relationem, ha specificato che il rigetto del reclamo derivava dalla condivisione della decisione del Tribunale secondo cui i fatti contestati dallo S. ai singoli magistrati si risolvevano, in realtà, in un'attività di interpretazione delle norme di diritto interno, di per sè esclusa dall'ambito di applicazione della responsabilità civile dei magistrati. La censura, del resto, non contiene alcun profilo di vizio di motivazione.

7.2. Ciò premesso, e dando per assodato che la Corte di merito ha risposto alle domande formulate dall'avv. S., occorre stabilire se tale risposta sia soddisfacente e se resista o meno alle censure di cui al motivo in esame.

Rileva la Corte, dando continuità alla citata sentenza n. 2637 del 2013, che "l'azione di responsabilità del magistrato non può costituire strumento per rimettere in questione le soluzioni giuridiche accolte dal provvedimento posto a base della domanda respinta dal magistrato messo sotto accusa, riproponendo così in sede di azione di responsabilità le ragioni per cui la parte interessata non condivide quelle soluzioni e riaprendo il dibattito sulla correttezza o meno dell'interpretazione adottata". La responsabilità civile, come ha osservato quella sentenza, "ricorre solo allorchè la violazione di legge sia ascrivibile a negligenza inescusabile (Cass. civ. Sez. 1, 26 luglio 1994 n. 6950; Cass. civ. Sez. 3, 14 febbraio 2012 n. 2107); cioè quando vengano disattese soluzioni normative chiare, certe e indiscutibili, o siano violati principi elementari di diritto, che il magistrato non può giustificatamente ignorare (casi di colpa grave); oppure quando



ricorrono particolari circostanze - che debbono essere specificamente dedotte in giudizio e dimostrate - tali da evidenziare che, nel singolo caso controverso, l'adozione di una certa soluzione non possa che ascrivere al dolo del giudicante".

Come nel caso oggetto di quella pronuncia, anche il ricorso odierno non va oltre la soglia di un'assoluta genericità, inidonea a superare la ratio decidendi del provvedimento impugnato. Ed infatti il motivo in esame, che si sviluppa dalla p. 7 alla p. 14 del ricorso, è occupato nella sua maggior parte (pp. 8-13) dalla trascrizione dei motivi di appello, sui quali la Corte perugina non si sarebbe, nell'assunto del ricorrente, pronunciata. Scorrendo però le doglianze ivi contenute - e, in particolare, i punti dalla a) alla g) di cui alle pp. 10-12 del ricorso - si vede con chiarezza che le presunte censure all'operato dei magistrati, che avrebbero integrato gli estremi di errori inescusabili e di abnormità giuridiche, costituiscono censure relative a tipiche attività di applicazione e di interpretazione della legge.

Senza necessità di ripercorrere analiticamente tutti i motivi di appello trascritti dall'avv. S. nel motivo di ricorso in esame, il Collegio osserva, ad esempio, che le censure riguardano: il P.M. avrebbe "formulato un'imputazione falsa in fatto" sotto vari profili;

il G.I.P. non si sarebbe pronunciato sull'applicabilità di una scriminante; il Collegio giudicante del processo di appello non avrebbe consentito all'imputato di compiere spontanee dichiarazioni;

il Collegio della Corte di cassazione penale avrebbe negato all'imputato la difesa personale ed avrebbe "annullato senza rinvio, per intervenuta prescrizione, la pronuncia della Corte d'appello", anziché assolvere l'imputato ai sensi dell'art. 129 cod. proc. pen., e cioè "ignorando le difese" dell'avv. S.. L'elenco delle doglianze ora sommariamente riportate dimostra che esse si risolvevano nell'evidente dissenso dell'avv. S. rispetto alle decisioni assunte dai magistrati nel giudizio che lo aveva interessato; dissenso che trova legittimo sbocco nell'espletamento di tutti i mezzi di impugnazione che l'ordinamento consente, ma senza oltrepassare tali limiti.

D'altra parte il ricorso, come si è detto, trascrive i motivi di appello senza indicare alcun elemento dal quale possa farsi derivare, anche solo in via dubitativa, l'esistenza degli estremi per l'azione di responsabilità civile nei confronti dei magistrati che hanno emesso i provvedimenti in oggetto.

Da tanto consegue che, ferma restando la correttezza della decisione qui impugnata circa il riconoscimento che le attività contestate erano attività di interpretazione delle norme, è altrettanto evidente che il motivo in esame si risolve nel tentativo di rimettere in discussione, in sede di legittimità, quanto già dibattuto in sede di merito, cercando di ottenere da questa Corte un nuovo e non consentito esame dei fatti.

8. Con il sesto motivo di ricorso si lamenta, in riferimento all'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 3), violazione e falsa applicazione degli artt. 91 c.p.c. e ss..

Rileva il ricorrente che la Corte d'appello avrebbe dovuto dichiarare inammissibile il reclamo, anziché rigettarlo, e che, essendo state compensate le spese nel primo grado di giudizio, a maggior ragione si doveva procedere alla compensazione anche in grado di appello.

8.1. Il motivo, che non è propriamente neppure tale, in quanto non dotato di autonoma valenza, non è fondato.

Esso è costruito, infatti, sulla convinzione che la Corte d'appello avrebbe dovuto dichiarare il reclamo inammissibile, anziché rigettarlo, mantenendo ferma la compensazione già disposta dal giudice di primo grado.

E' evidente, invece, che la Corte territoriale ha fatto doverosa applicazione del princi-



pio di soccombenza che, tra l'altro, sarebbe stata configurabile anche se la decisione fosse stata nel senso auspicato dell'inammissibilità - per cui non è ben chiaro di cosa possa oggi dolersi il ricorrente.

9. In conclusione, il ricorso è rigettato.

A tale pronuncia segue la condanna del ricorrente al pagamento delle spese del giudizio di cassazione, liquidate in conformità ai parametri introdotti dal D.M. 10 marzo 2014, n. 55.

Non sussistono le condizioni per il pagamento dell'ulteriore contributo unificato di cui al D.P.R. 30 maggio 2002, n. 115, art. 13, comma 1-quater, trattandosi di processo esente, a norma della L. n. 117 del 1988, art. 15.

P.Q.M.

La Corte rigetta il ricorso e condanna il ricorrente al pagamento delle spese del giudizio di cassazione, liquidate in complessivi Euro 5.200, di cui Euro 200 per spese, oltre spese generali ed accessori di legge.

Così deciso in Roma, nella Camera di consiglio della Terza Sezione Civile, il 1 dicembre 2014.

Depositato in Cancelleria il 5 marzo 2015.

TRIBUTI LOCALI

CASS. CIV. SEZ. V, SENT., 4 MARZO 2015, N. 4323

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
SEZIONE TRIBUTARIA
Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:
Dott. MERONE Antonio - Presidente -
Dott. CHINDEMI Domenico - Consigliere -
Dott. SAMBITO Maria Giovanna - rel. Consigliere -
Dott. NAPOLITANO Lucio - Consigliere -
Dott. BRUSCHETTA Ernestino - Consigliere -
ha pronunciato la seguente:
sentenza



sul ricorso 5600-2010 proposto da:

N.R., elettivamente domiciliato in ROMA VIA DELLA CAMILLUCCIA 19, presso lo studio dell'avvocato CLAUDIO MARCONI, rappresentato e difeso dall'avvocato MARROCCO FRANCESCO BENEDETTO giusta delega in calce;

- ricorrente -

contro

REGIONE CAMPANIA in persona del Presidente della Giunta Regionale, elettivamente domiciliato in ROMA UFF.REP.REG.CAMPANIA VIA POLI 29, presso lo studio dell'avvocato CONSOLAZIO MARIA LAURA, che lo rappresenta e difende giusta delega a margine;

- controricorrente -

avverso la sentenza n. 2/2009 della COMM.TRIB.REG. di NAPOLI, depositata il 12/01/2009;

udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza del 21/01/2015 dal Consigliere Dott. MARIA GIOVANNA C. SAMBITO;

udito per il ricorrente l'Avvocato MARROCCO che ha chiesto l'accoglimento;

udito il P.M. in persona del Sostituto Procuratore Generale Dott. GIACALONE Giovanni che ha concluso per l'accoglimento per quanto di ragione del ricorso.

Svolgimento del processo

N.R. impugnò gli avvisi d'accertamento ed irrogazione sanzione relativi a tassa automobilistica per gli anni 2001 e 2002, dopo aver chiesto, invano, l'annullamento in autotutela degli atti, in ragione del fatto di aver perduto il possesso dell'autovettura, che era stata venduta. La CTP di Napoli accolse il ricorso e compensò le spese. Su appello del contribuente, la decisione fu riformata dalla CTR della Campania, con la sentenza indicata in epigrafe, che condannò la Regione Campania al pagamento delle spese di primo grado e compensò quelle d'appello, data la contumacia dell'appellata. Per la cassazione di tale sentenza, il contribuente ha proposto ricorso sorretto da tre motivi, illustrati da memoria. La Regione ha resistito con controricorso.

Motivi della decisione

1. Col primo motivo, il ricorrente lamenta la violazione dell'art. 91 c.p.c., e del principio di causalità che vige in tema di spese di lite, per avere la CTR compensato le spese del grado, nonostante, in accoglimento dell'appello, avesse condannato parte avversa al pagamento di quelle di primo grado.
2. Col secondo motivo, si deduce la violazione dell'art. 92 c.p.c., non avendo la CTR esplicitato le ragioni gravi ed eccezionali idonee a giustificare la compensazione delle spese di lite.
3. Col terzo mezzo, si deduce che nello statuire "nulla per le spese del presente grado di giudizio, non essendosi costituito l'appellato" la CTR è incorsa in vizio di motivazione.
4. I motivi, da valutarsi congiuntamente, vanno accolti.
5. Va premesso che il ricorrente omette di precisare la data di proposizione del ricorso, in ragione della quale va determinata la pendenza del procedimento, riportando, solo, quella del suo deposito (6.3.2006). Il ricorso non è pertanto autosufficiente in relazione all'invocata applicabilità dell'art. 92 c.p.c., nel testo introdotto dalla L. n. 263 del 2005, che vale, soltanto, per le controversie instaurate dal 1.3.2006.
6. In relazione al regime pregresso, che va, dunque, applicato, le SU di questa Corte con la sentenza n. 20598 del 2008 hanno chiarito che "il provvedimento di compen-



sazione parziale o totale delle spese "per giusti motivi" deve trovare un adeguato supporto motivazionale, anche se, a tal fine, non è necessaria l'adozione di motivazioni specificamente riferite a detto provvedimento purchè, tuttavia, le ragioni giustificatrici dello stesso siano chiaramente e inequivocamente desumibili dal complesso della motivazione adottata a sostegno della statuizione di merito (o di rito)". E' stato, inoltre, precisato che l'obbligo di motivazione deve ritenersi assolto "allorchè le argomentazioni svolte per la statuizione di merito (o di rito) contengano in sè considerazioni giuridiche o di fatto idonee a giustificare la regolazione delle spese adottata".

7. A tale obbligo si è sottratta la CTR, che nell'accogliere l'appello avente ad oggetto proprio la statuizione di compensazione delle spese di lite, effettuata dalla CTP - ritenuta ingiustificata, data "la palese infondatezza della pretesa della Regione Campania" - ha, poi, statuito: "Nulla per le spese per il presente grado di giudizio, non essendosi l'appellato costituito", locuzione che non chiarisce in alcun modo le ragioni della disposta compensazione, ed, anzi, evoca quasi una situazione di soccombenza rovesciata.

8. La sentenza va, in conseguenza, cassata con rinvio alla CTR della Campania, in altra composizione, che provvederà, anche, a regolare le spese del presente giudizio di legittimità.

P.Q.M.

La Corte accoglie il ricorso, cassa e rinvia, anche per le spese alla CTR della Campania, in altra composizione.

Così deciso in Roma, il 21 gennaio 2015.

Depositato in Cancelleria il 4 marzo 2015.



PERSONE FISICHE E GIURIDICHE
CASS. CIV. SEZ. III, SENT., 3 MARZO 2015, N. 4231

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
SEZIONE TERZA CIVILE

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:
Dott. BERRUTI Giuseppe Maria - Presidente -
Dott. PETTI Giovanni Battista - Consigliere -
Dott. LANZILLO Raffaella - Consigliere -
Dott. D'AMICO Paolo - rel. Consigliere -
Dott. SCRIMA Antonietta - Consigliere -
ha pronunciato la seguente:

sentenza

sul ricorso 20902/2011 proposto da:

S.P. (OMISSIS), elettivamente domiciliato in ROMA, VIA DELLA BALDUINA 7
INT 15, presso lo studio dell'avvocato CALONZI FRANCESCA, da cui è rappre-
sentato e difeso giusta procura speciale in calce al ricorso;
- ricorrente -

contro

M.D., considerato domiciliato ex lege in ROMA, presso la CANCELLERIA DELLA
CORTE DI CASSAZIONE, rappresentato e difeso dall'avvocato DI BLASIO AN-
TONIO con studio in PESCARA, VIA RIGOPIANO 17, giusta procura speciale a
margine del controricorso;

- controricorrente -

avverso la sentenza n. 887/2011 del TRIBUNALE di PESCARA, depositata il
23/06/2011, R.G.N. 3217/10;

udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza del 25/11/2014 dal Consi-
gliere Dott. PAOLO D'AMICO;

udito l'Avvocato ANTONINO LO DUCA;

udito il P.M. in persona del Sostituto Procuratore Generale Dott. PATRONE Igna-
zio, che ha concluso per il rigetto del ricorso.

Svolgimento del processo

Con ricorso del 18 giugno 2010 S.P. convenne dinanzi al Tribunale di Pescara M.D. chiedendo, in relazione alla missiva inviata da quest'ultimo il 13 novembre 2009, dichiararsi l'illiceità della divulgazione dei dati personali dell'istante all'Isvap ed alla Duomo Uni One, con condanna del resistente al risarcimento del danno non patrimoniale, in favore del medesimo istante, nella misura di Euro 25.000,00.

M. chiese dichiararsi l'improcedibilità del ricorso, l'incompetenza territoriale del giudice adito e comunque l'infondatezza del ricorso stesso.

Il Tribunale di Pescara, in composizione monocratica, ha rigettato la domanda e dichiarato compensate le spese del giudizio nella misura del 20%, con condanna dello S. al rimborso in favore di M.D. delle restanti spese.

Propone ricorso per cassazione S.P. con cinque motivi. Lo stesso presenta memoria di costituzione di nuovi difensori.

Resiste con controricorso M.D.



Motivi della decisione

Con il primo motivo si denuncia "violazione e falsa applicazione dell'art. 360 c.p.c., n. 3 (violazione o falsa applicazione di norme di diritto) in relazione all'art. 100 c.p.c., e al D.Lgs. n. 196 del 2003, art. 4, lett. F, (codice protezione dei dati personali)".

Con il secondo motivo si denuncia "violazione o falsa applicazione dell'art. 360, n. 3 (violazione di norma di diritto) in relazione al D.Lgs. 30 giugno 2003, n. 196, art. 11 lett. d)".

Con il terzo motivo si denuncia "violazione e falsa applicazione dell'art. 360 c.p.c., n. 3 (violazione di norme di diritto) in relazione al D.Lgs. 30 giugno 2003, n. 196, art. 24".

Con il quarto motivo si denuncia "violazione e falsa applicazione dell'art. 360 c.p.c., n. 4, in relazione all'art. 112 c.p.c.".

Con il quinto motivo si denuncia "violazione e falsa applicazione dell'art. 360 c.p.c., n. 4, in relazione all'art. 112 c.p.c.".

Con i cinque motivi, che per la loro stretta connessione devono essere congiuntamente esaminati, il ricorrente contesta sia la legittimazione di M.D. a interloquire in relazione al sinistro stradale che coinvolse la moglie, sia l'uso di dati personali, come gestore non autorizzato. Egli lamenta inoltre che M.D., con le raccomandate del 13 novembre 2009, inviate all'ISVAP e alla società Domo Uni One, avesse diffuso i suoi dati strettamente personali, utilizzando termini dispregiativi quali "arr." e "prep." che esulavano del tutto dal sinistro e non avevano alcuna inerenza con esso. Tali espressioni, in particolare, secondo il ricorrente, violano palesemente i principi di proporzionalità, di pertinenza e di non eccedenza rispetto agli scopi per i quali le suddette lettere erano state scritte.

In sintesi parte ricorrente lamenta una illegittima gestione di dati.

I motivi sono infondati.

Il danno non patrimoniale, risarcibile ai sensi del D.Lgs. 30 giugno 2003, n. 196, art. 15, (cosiddetto codice della privacy), pur determinato da una lesione del diritto fondamentale alla protezione dei dati personali tutelato dagli artt. 2 e 21 Cost., e dall'art. 8 della CEDU, non si sottrae alla verifica della "gravità della lesione" e della "serietà del danno" (quale perdita di natura personale effettivamente patita dall'interessato), in quanto anche per tale diritto opera il bilanciamento con il principio di solidarietà ex art. 2 Cost., di cui il principio di tolleranza della lesione minima è intrinseco precipitato, sicchè determina una lesione ingiustificabile del diritto, non la mera violazione delle prescrizioni poste dall'art. 11 del codice della privacy ma solo quella che ne offenda in modo sensibile la sua portata effettiva (Cass., 15 luglio 2014, n. 16133).

Correttamente l'impugnata sentenza ha ritenuto che il M. doveva considerarsi interessato ai risvolti patrimoniali ed assicurativi dell'incidente stradale verificatosi fra la moglie e lo S., in quanto, per un verso, era marito in regime di comunione dei beni e, per altro verso, era titolare della polizza assicurativa.

In conseguenza dell'attribuzione di responsabilità dell'incidente in capo alla moglie il M. vedeva peggiorare il bonus-malus ed aumentare il premio assicurativo. Di qui la sua legittimazione a interloquire con le compagnie assicuratrici del sinistro in questione.

Quanto al problema del trattamento dei dati si deve poi rilevare che, ai sensi della L. n. 990 del 1969, sull'assicurazione obbligatoria, il proprietario di un veicolo è tenuto ad esporre sul mezzo il contrassegno contenente tutti gli estremi assicurativi del veicolo stesso, del titolare del contratto e della società assicuratrice.



Pertanto, ai sensi della L. n. 169 del 2003, art. 24, lett. c), è lecito effettuare il trattamento, senza il consenso dell'interessato, di dati personali provenienti da pubblici registri, elenchi, atti o documenti conoscibili da chiunque.

Da tanto deriva, nella fattispecie in esame, l'inesistenza di un illecito trattamento di dati personali ed anche l'assenza di una più generale violazione del principio costituzionale del riservatezza.

In altri termini, non vi è stato trattamento di dati personali, ma semplice comunicazione di dati che sono serviti soltanto alla legittima identificazione della controparte.

Diverso problema, non rilevante in questa sede, è quello del dedotto, eventuale, contenuto diffamatorio della lettera e della sussistenza dei presupposti per la configurazione del reato di diffamazione.

In conclusione, il ricorso deve essere rigettato con condanna di parte ricorrente alle spese del giudizio di cassazione che si liquidano come in dispositivo.

P.Q.M.

La Corte rigetta il ricorso e condanna di parte ricorrente alle spese del giudizio di cassazione che si liquidano in Euro 4.200,00, di cui Euro 200,00 per esborsi, oltre spese generali e accessori di legge.

Così deciso in Roma, il 25 novembre 2014.

Depositato in Cancelleria il 3 marzo 2015.



DANNI - Valutazione e Liquidazione – in genere
CASS. CIV. SEZ. LAVORO, SENT., 2 MARZO 2015, N. 4170

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
SEZIONE LAVORO

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

Dott. STILE Paolo - Presidente -

Dott. VENUTI Pietro - Consigliere -

Dott. MAISANO Giulio - Consigliere -

Dott. BERRINO Umberto - rel. Consigliere -

Dott. LORITO Matilde - Consigliere -

ha pronunciato la seguente:

sentenza

sul ricorso 1141/2013 proposto da:

M.R. C.F. (OMISSIS), elettivamente domiciliato in ROMA, VIA DELLA CONCILIAZIONE 44 C/O il Dott. CIRO CAFIERO (studio Martone), rappresentato e difeso dall'avvocato MASCOLO Salvatore, giusta delega in atti;

- ricorrente -

contro

COMUNE DI NAPOLI c.f. (OMISSIS), in persona del Sindaco pro tempore, elettivamente domiciliato in ROMA, VIA FRANCESCO DENZA 50/A, presso lo studio dell'avvocato NICOLA LAURENTI, rappresentato e difeso dall'avvocato FERRARI

Fabio Maria, giusta delega in atti;

- controricorrente -

avverso la sentenza n. 1808/2012 della CORTE D'APPELLO di NAPOLI, depositata il 13/07/2012 R.G.N. 11461/2008;

udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza del 08/10/2014 dal Consigliere Dott. UMBERTO BERRINO;

udito l'Avvocato MASCOLO SALVATORE;

udito l'Avvocato LAURENTI NICOLA per delega FERRARI FABIO MARIA;

udito il P.M., in persona del Sostituto Procuratore Generale Dott. CELENTANO Carmelo, che ha concluso per il rigetto del ricorso.

Svolgimento del processo

Si controverte del diritto di M.R., dirigente del Comune di Napoli, ad ottenere il risarcimento del danno per perdita di "chances" (possibilità) in conseguenza della sentenza n. 5216/03 del Tribunale di Napoli che aveva dichiarato il suo diritto a partecipare alla prova selettiva indetta il 20/2/2001 dal comune partenopeo per la copertura di 136 posti di istruttore direttivo tecnico, prova, questa, dalla quale era stato illegittimamente escluso.

Con sentenza del 27/3 - 13/7/2012, la Corte d'appello di Napoli, nell'accogliere l'impugnazione del Comune di Napoli, che era stato condannato in primo grado a risarcire al M. la somma di Euro 86.235,00, ha riformato la gravata sentenza ed ha rigettato la domanda del lavoratore dopo aver rilevato che la sentenza posta a base della pretesa risarcitoria aveva solo accertato il diritto del predetto dipendente a partecipare alla prova selettiva, ma che questi non aveva allegato e provato il danno patito, non aven-



do dimostrato alcunchè in ordine alla concreta possibilità di superare la predetta selezione.

Per la cassazione della sentenza ricorre il M. con tre motivi.

Resiste con controricorso il Comune di Napoli.

Motivi della decisione

1. Col primo motivo il ricorrente deduce la violazione dell'art. 329 c.p.c. e l'insufficiente motivazione dell'impugnata sentenza sostenendo che erroneamente la Corte territoriale gli avrebbe respinto l'eccezione d'inammissibilità del gravame sollevata in quel grado di giudizio per l'intervenuta acquiescenza della controparte.

Al riguardo il ricorrente spiega che la ragione della eccepita acquiescenza era da ricercare nel fatto che l'amministrazione comunale, spontaneamente e prima di interporre appello, aveva provveduto a pagargli, senza formulare riserva di ripetizione, la somma di Euro 88.262,00, al cui versamento era stata condannata dal giudice di prime cure a titolo di risarcimento del danno.

Il motivo è infondato.

Invero, per consolidato orientamento di questa Corte "l'acquiescenza ad una sentenza di condanna con conseguenti effetti preclusivi della sua impugnazione, si verifica solo quando l'interessato abbia posto in essere atti dai quali sia possibile desumere, in maniera precisa ed univoca, il suo proposito di non voler contrastare gli effetti giuridici della pronuncia ovvero atti assolutamente incompatibili con la volontà di avvalersi del diritto all'impugnazione. L'acquiescenza tacita non è, perciò, ravvisabile quando il soccombente abbia provveduto all'integrale pagamento delle somme dovute in forza della sentenza esecutiva, ancorchè sia mancata un'espressa riserva d'impugnazione ovvero l'intimazione di un precetto di pagamento su iniziativa della parte vittoriosa, poichè l'avvenuto pagamento potrebbe pur sempre giustificarsi col mero proposito di evitare l'esecuzione forzata" (Cass. Sez. 2, n. 15185 del 29/11/2001; in senso conf. v. anche Cass. sez. 2 n. 9075 del 18/4/2014, Cass. Sez. 3, n. 18187 del 28/8/2007 e n. 17480 del 9/8/2007).

Oltretutto, nel caso di specie la Corte territoriale, nell'escludere la sussistenza dell'eccepita acquiescenza, ha adeguatamente posto in rilievo che successivamente alla notifica della sentenza, avvenuta in data 3.12.2008, il Comune di Napoli aveva proposto tempestivo appello in data 31.12.2008.

2. Col secondo motivo il M. si duole della violazione dell'art. 434 c.p.c. e dell'omessa ed insufficiente motivazione in relazione al mancato accoglimento dell'eccezione di inammissibilità del gravame per la mancata specificazione dei motivi d'appello.

Anche la denuncia di tali vizi è infondata, posto che l'odierna censura, attraverso la quale si sostiene che la difesa dell'ente si sarebbe limitata a riproporre in appello le deduzioni svolte in prime cure, si rivela generica ed inidonea a scalfire la decisione impugnata che, con argomentazione immune da rilievi di tipo logico-giuridico, ha ritenuto ammissibile l'appello ed ha giudicato come infondata l'eccezione vertente sulla genericità dei motivi del gravame.

3. Attraverso il terzo motivo, proposto per violazione degli artt. 2909, 2697, 1226 e 2043 c.c., oltre che per motivazione carente ed insufficiente, il ricorrente contesta l'impugnata sentenza per il rigetto della domanda risarcitoria che gli era stata accolta in primo grado.

Sostiene il ricorrente che la Corte di merito sarebbe incorsa in errore nell'affermare che la sentenza n. 5216/03 del Tribunale di Napoli non conteneva alcun riconoscimento del diritto al risarcimento del danno, traendo tale convincimento da una lettu-



ra del dispositivo sganciata dal contestuale esame della motivazione e dalla considerazione che il successivo giudizio era servito per l'accertamento del diritto al risarcimento del danno, mentre in realtà quel procedimento era finalizzato solo alla quantificazione del danno.

Il ricorrente censura la decisione anche per il fatto che la Corte d'appello ha ritenuto che nel successivo giudizio, di cui alla pronuncia n. 26556/08 dello stesso Tribunale, non era stata allegata la prova del pregiudizio legittimante la richiesta risarcitoria. A riprova di tale censura il M. adduce che in entrambi i gradi del giudizio la difesa del Comune di Napoli non aveva contestato le circostanze rappresentate dalla maggiore anzianità di servizio, dall'esperienza nel settore e dal superamento della procedura selettiva da parte di dipendenti con anzianità inferiore alla sua ed aggiunge che la controparte non aveva allegato elementi dai quali potersi desumere che in caso di ammissione alla prova selettiva egli avrebbe avuto scarse possibilità di risultare vincitore.

Il motivo è infondato.

Anzitutto, non ha pregio il rilievo in base al quale la Corte di merito non avrebbe fatto buon governo degli oneri probatori nel pretendere dal lavoratore la dimostrazione del lamentato danno da perdita di chances, dal momento che, contrariamente a quanto asserito dal ricorrente, la Corte d'appello ha esattamente rilevato che incombeva su quest'ultimo l'onere di provare i fatti costitutivi a sostegno della domanda risarcitoria. Orbene, proprio in tema di danni per perdita di chances questa Corte ha avuto occasione di precisare (Cass. sez. 3 n. 1752 del 28/1/2005) che "in tema di risarcimento del danno, il creditore che voglia ottenere, oltre il rimborso delle spese sostenute, anche i danni derivanti dalla perdita di "chance" - che, come concreta ed effettiva occasione favorevole di conseguire un determinato bene, non è una mera aspettativa di fatto ma un'entità patrimoniale a sè stante, giuridicamente ed economicamente suscettibile di autonoma valutazione - ha l'onere di provare, pur se solo in modo presuntivo o secondo un calcolo di probabilità, la realizzazione in concreto di alcuni dei presupposti per il raggiungimento del risultato sperato e impedito dalla condotta illecita della quale il danno risarcibile dev'essere conseguenza immediata e diretta" (conf. a Cass. sez. n. 3 n. 18945 dell'11.12.2003) Nè ha fondamento la doglianza relativa ad una supposta mancanza di lettura contestuale della motivazione e del dispositivo della sentenza posta a base della domanda risarcitoria: - Invero, la Corte d'appello ha chiaramente spiegato, con argomentazione logica, di non poter condividere la motivazione adottata dal Tribunale, che ha basato il diritto del M. ai risarcimento del danno da perdita di chances sull'illegittima esclusione dalla procedura selettiva, in quanto una tale decisione era fondata solo su un passo della motivazione della precedente sentenza n. 5216/03 dello stesso Tribunale di Napoli emessa all'esito di un giudizio che aveva, però, ad oggetto esclusivamente la richiesta di declaratoria dell'illegittimità dell'esclusione dalla predetta selezione ai fini dell'affermazione del diritto a parteciparvi, tanto che nel relativo dispositivo l'accoglimento della domanda era enunciato esattamente nei termini coi quali la stessa era stata proposta, il tutto riscontrato dal fatto che il dipendente si era visto costretto ad azionare un ulteriore giudizio per l'accertamento del preteso danno.

Per il resto il motivo di censura denota evidenti profili di inammissibilità, in quanto attraverso lo stesso il ricorrente tenta di operare una rivisitazione, non consentita nel presente giudizio di legittimità, del merito istruttorio già adeguatamente vagliato dai giudici d'appello con argomentazione congruamente motivata ed esente da rilievi di carattere logico-giuridico, senza nemmeno dimostrare la decisività degli elementi che a suo giudizio sarebbero stati trascurati in seconde cure.



La Corte d'appello ha, infatti, evidenziato che nel ricorso di primo grado il dipendente aveva prospettato un danno per il solo fatto di non essere stato ammesso alla procedura selettiva, senza allegare e senza dimostrare alcunchè in ordine alla concreta, e non solo ipotetica, possibilità di superarla.

Invero, secondo gli stessi giudici d'appello, il M. non aveva specificato che sussisteva un'apprezzabile probabilità di ottenere una positiva valutazione in ragione della particolare competenza posseduta, nè aveva tantomeno indicato il numero dei candidati ammessi alla procedura selettiva.

In definitiva, il ricorso va rigettato.

Le spese del presente giudizio seguono la soccombenza del ricorrente e vanno liquidate come da dispositivo.

P.Q.M.

La Corte rigetta il ricorso. Condanna il ricorrente alle spese del presente giudizio nella misura di Euro 3500,00 per compensi professionali e di Euro 100,00 per esborsi, oltre accessori di legge.

Così deciso in Roma, il 8 ottobre 2014.

Depositato in Cancelleria il 2 marzo 2015.



TRUST, ATTI DI DESTINAZIONE E CONTRATTI FIDUCIARI – TRUST – IN GENERE

Cass. civ. Sez. I, Sent., 20 febbraio 2015, n. 3456

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
SEZIONE PRIMA CIVILE

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:
Dott. CECCHERINI Aldo - Presidente -
Dott. RAGONESI Vittorio - Consigliere -
Dott. GENOVESE Antonio - rel. Consigliere -
Dott. MERCOLINO Guido - Consigliere -
Dott. NAZZICONE Loredana - Consigliere -

ha pronunciato la seguente:

sentenza

sul ricorso 10228/2007 proposto da:

L.A., nella qualità di titolare della Ditta BALOS, elettivamente domiciliato in ROMA,
VIA DEL BOSCHETTO 68, presso l'avvocato PIRRONGELLI ROSA, che lo rap-
presenta e difende unitamente all'avvocato SCODELLARI FRANCESCO, giusta
procura a margine del ricorso;

- ricorrente -

contro

LUMLEY ENTERPRISES L.L.C., in persona del legale rappresentante pro tempore,
elettivamente domiciliata in ROMA, VIA SESTIO CALVINO 60, presso l'avvocato
SALVITTI SERGIO, che la rappresenta e difende unitamente all'avvocato VITO
ALESSANDRO BONINO, giusta procura a margine del controricorso;

- controricorrente -

avverso la sentenza n. 532/2006 della CORTE D'APPELLO di VENEZIA, deposi-
tata il 20/03/2006;

udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza del 08/01/2015 dal Consi-
gliere Dott. FRANCESCO ANTONIO GENOVESE;

udito, per la controricorrente, l'Avvocato SALVITTI SERGIO che ha chiesto il riget-
to del ricorso;

udito il P.M., in persona del Sostituto Procuratore Generale Dott. SALVATO Luigi,
che ha concluso per l'accoglimento del primo e secondo motivo, rigetto dei motivi
terzo e quarto.

Svolgimento del processo

1. All'esito del giudizio di opposizione al decreto ingiuntivo rilasciato in favore della società americana Lumley Enterprises Llc, a titolo di penale per l'inadempimento, da parte del sig. L. A. titolare della ditta Balos, di un contratto di consulenza artistica, precedentemente in essere con la società irlandese Dalemborg Ld'T, che aveva ceduto il proprio marchio (Watt Management), ed i connessi contratti, alla società americana, il Tribunale di Verona, respinta l'eccezione d'incompetenza sollevata dal debitore e quella relativa alla validità della procura conferita al difensore, ha respinto l'opposizione proposta e ritenuta fondata la domanda di pagamento della penale per inadempimento dell'opponente.



2. L'appello proposto dal L., è stato respinto dalla Corte d'appello di Venezia che ha condannato l'appellante al pagamento delle spese processuali.

2.1. Secondo il giudice di appello, per quello che ancora rileva in questa sede, l'eccezione di nullità della procura alle liti, rilasciata dalla creditrice al proprio difensore, era infondata, in quanto, il suo rilascio, avvenuto mediante atto pubblico notarile, garantirebbe sia l'autenticità della sottoscrizione del rilasciante sia l'anteriorità della data rispetto al deposito dell'atto.

Inoltre, essa avrebbe natura di procura generale (nonostante il nomen iuris attribuito), e perciò non soggetta alla disciplina dettata dall'art. 83 c.p.c., comma 3, che richiede la graffatura o spillatura della sola procura speciale, e - nonostante il termine finale di efficacia riportato - soggetto, per il principio di ultrattività, ad avere valore fino alla conclusione del giudizio instaurato dal difensore incaricato, salva revoca espressa da parte del conferente.

2.2. Quanto al contratto di cessione del marchio, dalla sua formulazione letterale si ricaverebbe che la stessa sarebbe avvenuta "unitamente a tutte le attività" esercitate con quello: unitamente al marchio di servizio, sarebbero passate al cessionario anche i contratti, tra cui quello di consulenza, indipendentemente dal trasferimento dell'azienda, che non ci sarebbe stata (anche perchè una vera e propria azienda, nella specie, sarebbe stata mancante).

3. Avverso tale decisione il sig. L. ha proposto ricorso per cassazione, affidato a quattro motivi di censura, contro cui resiste la Lumley Entexpris&s Llc, con controricorso.

Motivi della decisione

1.1. Con il primo motivo di ricorso (violazione e falsa applicazione degli artt. 1362 e 1363, ex art. 360, n. 3; in via subordinata omessa o insufficiente motivazione su un punto decisivo della controversia, ex art. 360 n. 5; violazione e falsa applicazione degli artt. 1418 e 1421, ex art. 360, n. 3; in via subordinata omessa o insufficiente motivazione su un punto decisivo della controversia, ex art. 360, n. 5) la ricorrente ha formulato due quesiti di diritto: a) Può dirsi che la sentenza impugnata sia viziata per violazione e/o falsa applicazione degli artt. 1362 e 1363 c.c., in considerazione del fatto che la sentenza afferma procura ad litem è generale, posto che la procura letteralmente indica di essere conferita ai difensori "nella presente procedura e giudizio"? b) Può dirsi che la sentenza impugnata sia viziata per violazione e/o falsa applicazione degli artt. 1418 e 1421 c.c., per il fatto di non aver rilevato d'ufficio la nullità della procura ad litem a causa dell'indeterminatezza e comunque della indeterminabilità dell'oggetto della medesima? Secondo la ricorrente, posto che la menzionata procura si riferiva alla "presente procedura e giudizio", sarebbe errata l'interpretazione data dal giudice distrettuale il quale l'avrebbe riferita ad "una difesa omnibus riguardante tutte le cause del cliente". Ciò che integrerebbe oltre al vizio di violazione di legge anche una insufficiente motivazione, non avendo specificato le ragioni di tale conclusione.

Inoltre, ci sarebbe violazione anche degli artt. 1418 e 1421 c.c., perchè, essendo speciale, risulterebbe priva dell'indicazione del giudizio al quale si riferisce (riferimento a Cass. n. 12486 del 2000) e perciò risulterebbe indeterminata o indeterminabile.

Inoltre, mancherebbe una adeguata motivazione in ordine alle specifiche e determinanti eccezioni relative alla indeterminatezza della procura.

Le ipotesi di nullità non sarebbero sanate da nessuna delle considerazioni svolte dalla sentenza impugnata (atto pubblico, identificazione nell'epigrafe, spillatura).



1.2. Con il secondo motivo di ricorso (violazione e/o falsa applicazione dell'art. 156 c.p.c.) la ricorrente in relazione alla violazione di legge, ha formulato il seguente quesito di diritto:

Può dirsi che la sentenza impugnata sia viziata per violazione e/o falsa applicazione dell'art. 156 c.p.c., nella parte in cui afferma che la nullità della procura ad litem sarebbe sanata dal difetto di tempestiva contestazione? La ricorrente ha altresì contestato che la tardiva contestazione della nullità della procura (avvenuta alla prima udienza) possa aver sanato i menzionati vizi, trattandosi di vizi non sanabili.

1.3. Con il terzo motivo di ricorso (violazione e falsa applicazione degli artt. 1418 e 1421, ex art. 360, n. 3, per mancata rilevazione della nullità della procura ad litem a causa della contrarietà della stessa alla L. notarile n. 89 del 1913, art. 72, norma imperativa ed inderogabile) la ricorrente ha formulato il seguente quesito di diritto:

Può dirsi che la sentenza impugnata sia viziata per violazione e/o falsa applicazione degli artt. 1418 e 1421 c.c., per mancata rilevazione della nullità della procura ad litem a causa della contrarietà della stessa alla L. notarile n. 89 del 1913, art. 12, norma imperativa ed inderogabile che prescrive al notaio di menzionare che la sottoscrizione da lui autenticata è stata apposta in sua presenza?

Assume la ricorrente che la Corte territoriale avrebbe errato nella sua decisione in quanto anche l'autentica della sottoscrizione fatta dal notaio londinese Robinson sarebbe nulla per due motivi: a) perchè mancherebbe la menzione dell'apposizione della firma in presenza del notaio; b) perchè l'autentica sarebbe successiva di quindici giorni alla sottoscrizione (riferimento alla sentenza n. 12821 del 2004).

1.4. Con il quarto motivo di ricorso (violazione e falsa applicazione degli artt. 1362 e 1363, nonché dell'art. 2573 c.c., e art. 15, L. Marchi, nell'interpretazione del contratto, ex art. 360, n. 3; in via subordinata omessa o insufficiente motivazione su un punto decisivo della controversia, relativo all'interpretazione medesima, ex art. 360, n. 5) la ricorrente, in relazione alla presunta violazione di legge, ha formulato il seguente quesito di diritto: Può dirsi che la disciplina del marchio confermi che, nel caso di specie, in aggiunta al contratto di vendita del marchio Watt Management dalla Dalenberg alla Lumley pure vi sia stata la cessione alla Lumley, ex art. 1406 c.c., del contratto di consulenza artistica già sottoscritto dalla Dalenberg e dal L.? Per la restante parte, il detto motivo espone una copiosa serie di doglianze consistenti in vizi motivazionali (esattamente in numero di nove).

2. Deve essere anzitutto esaminata la doppia eccezione preliminare di inammissibilità del ricorso sollevata dalla società controricorrente.

2.1. Secondo la detta società, alla luce dei documenti depositati con il controricorso, il ricorrente risulterebbe in pessime condizioni di salute e perciò ricoverato, presso un centro di recupero per tossicodipendenti, in stato d'isolamento: di qui l'incapacità, sopravvenuta in una data anteriore alla sottoscrizione della procura rilasciata a margine del ricorso per cassazione, onde la medesima sarebbe tamquam non esset e renderebbe inefficace l'attività svolta dai suoi procuratori.

2.2. Inoltre, dai documenti allegati, risulta che la ditta Balos sarebbe stata costituita in un trust e che il trustee sarebbe divenuta la signora L.E., onde il ricorrente non avrebbe avuto più la qualità di titolare e rappresentante della Ditta Balos, ancor prima del conferimento della procura alle liti. Perciò il difetto di legittimazione a ricorrere, con conseguente inammissibilità del ricorso.

3. Le due eccezioni non sono fondate.

3.1. Non lo è la prima nonostante si debba convenire con il principio di diritto secondo cui lo stato di tossicodipendenza può produrre l'incapacità di intendere e di



volere, costituente causa di annullamento del negozio (nella specie, la procura alle liti), anche senza che vi sia una totale privazione delle facoltà intellettive e volitive, essendo sufficiente la menomazione di esse, tale comunque da impedire la formazione di una volontà cosciente, facendo così venire meno la capacità di autodeterminazione del soggetto e la consapevolezza in ordine all'atto che sta per compiere, deve dichiararsene inessenziale l'accertamento, almeno in questa sede (ove pure in astratto è possibile, trattandosi di un vizio del processo, sopravvenuto al giudizio di appello).

3.1.1. Un tale accertamento, infatti, tenderebbe a far dichiarare l'annullabilità dell'atto su istanza di persona non interessata alla protezione del presunto incapace. In questo novero (che è delimitato dal primo comma dell'art. 428 c.c.) non può certo essere inclusa la società controricorrente che mira a far prevalere le proprie ragioni su quelle del presunto incapace naturale mentre colui che è legittimato ad agire per far valere il vizio della procura per l'incapacità naturale del suo autore deve dimostrare che dall'atto deriva un grave pregiudizio proprio a questo (art. 428 c.c.) (si veda Cass. Sez. 1, Sentenza n. 4694 del 1992).

3.2. Non lo è la seconda, in ossequio al principio di diritto di recente posto da questa stessa sezione (Sez. 1, Sentenza n. 10105 del 2014) secondo cui il trust non è un ente dotato di personalità giuridica, ma un insieme di beni e rapporti destinati ad un fine determinato e formalmente intestati al trustee, che è l'unico soggetto di riferimento nei rapporti con i terzi non quale legale rappresentante, ma come colui che dispone del diritto. Ne consegue che esso non è litisconsorte necessario, ad esempio, nel procedimento per la dichiarazione di fallimento della società che vi ha conferito l'intera sua azienda, comprensiva di crediti e di debiti, in quanto l'effetto proprio del trust non è quello di dare vita ad un nuovo soggetto di diritto, ma quello di istituire un patrimonio destinato ad un fine prestabilito.

4. I primi tre motivi di ricorso, miranti a far dichiarare la invalidità della procura alle liti, sono: a) inammissibili per la mancata allegazione specifica delle parti del documento la cui interpretazione si è inteso contestare, non essendo sufficiente averne riportato una trascrizione integrale nel corpo delle premesse al ricorso); b) improcedibili per il mancato deposito, anche in copia, del documento a cui si riferiscono tutte le censure interpretative e che permettono di effettuare le dovute e necessarie verifiche.

4.1. In disparte la mescolanza tra critiche motivazionali e denunce di violazioni di legge, anche con riferimento ai profili anzidetti la ricorrente non era dispensata dall'allegazione dell'atto (nella specie: la procura speciale) con il ricorso, come prescritto dall'art. 366 c.p.c., n. 6, a pena d'inammissibilità di tutti i motivi che l'esame di quel documento suppongono (cfr. Sez. U, Sentenza n. 16887 del 2013: In tema di ricorso per cassazione, la verifica dell'osservanza di quanto prescritto dall'art. 366 c.p.c., comma 1, n. 6), deve compiersi con riguardo ad ogni singolo motivo di impugnazione e la mancata specifica indicazione - ed allegazione - dei documenti sui quali ciascuno di essi, eventualmente, si fonda può comportarne la declaratoria di inammissibilità solo quando si tratti di censure rispetto alle quali uno o più specifici atti o documenti fungano da fondamento, e cioè quando, senza l'esame di quell'atto o di quel documento, la comprensione del motivo di doglianza e degli indispensabili presupposti fattuali sui quali esso si basa, nonché la valutazione della sua decisività, risulterebbero impossibili).

Nella specie, la ricorrente non allega nè produce l'atto ma si limita a riportarne una trascrizione informale nel proprio ricorso (cfr. Sez. 3, Sentenza n. 3689 del 2011: A norma dell'art. 369 c.p.c., commi 1 e 2, n. 4), la parte che propone ricorso per cassazione tenuta, a pena di improcedibilità, a depositare gli atti e i documenti sui quali il



medesimo si fonda; ne consegue che, qualora venga invocato, a sostegno del ricorso, un determinato atto del processo, il ricorso deve essere dichiarato improcedibile ove la parte non abbia provveduto al deposito di tale atto, e ciò anche se il ricorrente abbia depositato l'istanza di trasmissione del fascicolo d'ufficio del giudizio "a quo", a norma del medesimo art. 369, comma 3).

Insomma: la ricorrente non allega nè produce l'atto, ma si limita a trascriverlo informalmente nel ricorso, senza depositarne copia e così permettere alla Corte di verificare il suo contenuto. Attività che non può essere condotta su quella trascrizione ma che impone di verificare il documento nella sua materialità con le forme della sua compilazione.

5. Infine, anche il quarto motivo è inammissibile, per una pluralità di ragioni.

5.1. Infatti con esso, anzitutto, si compie una non corretta mescolanza tra critiche motivazionali e presunte violazioni di diritto. A tale ultimo proposito, questa stessa sezione, con la sentenza n. 19443 del 2011, ha statuito che nel ricorso per cassazione "è inammissibile la mescolanza e la sovrapposizione di mezzi d'impugnazione eterogenei, facenti riferimento alle diverse ipotesi contemplate dall'art. 360 c.p.c., comma 1, nn. 3 e 5, non essendo consentita la prospettazione di una medesima questione sotto profili incompatibili, quali quello della violazione di norme di diritto, che suppone accertati gli elementi del fatto in relazione al quale si deve decidere della violazione o falsa applicazione della norma, e del vizio di motivazione, che quegli elementi di fatto intende precisamente rimettere in discussione; o quale l'omessa motivazione, che richiede l'assenza di motivazione su un punto decisivo della causa rilevabile d'ufficio, e l'insufficienza della motivazione, che richiede la puntuale e analitica indicazione della sede processuale nella quale il giudice d'appello sarebbe stato sollecitato a pronunciarsi, e la contraddittorietà della motivazione, che richiede la precisa identificazione delle affermazioni, contenute nella sentenza impugnata, che si porrebbero in contraddizione tra loro. Infatti, l'esposizione diretta e cumulativa delle questioni concernenti l'apprezzamento delle risultanze acquisite al processo e il merito della causa mira a rimettere al giudice di legittimità il compito di isolare le singole censure teoricamente proponibili, onde ricondurle ad uno dei mezzi d'impugnazione enunciati dall'art. 360 c.p.c., per poi ricercare quale o quali disposizioni sarebbero utilizzabili allo scopo, così attribuendo, inammissibilmente, al giudice di legittimità il compito di dare forma e contenuto giuridici alle lagnanze del ricorrente, al fine di decidere successivamente su di esse".

5.2. In secondo luogo, il motivo, assai articolato e contenente una pluralità assai ampia di doglianze manca della necessaria sintesi finale non avendo il ricorrente, ai sensi dell'art. 366 bis c.p.c., per le cause (come questa) ancora soggette alla sua applicazione, provveduto a formulare il c.d. quesito di fatto. In sostanza, tale motivo manca della conclusione con un apposito momento di sintesi, anche quando l'indicazione del fatto decisivo controverso sia rilevabile dal complesso della censura. Infatti, a corredo del motivo recante censure motivazionali, il ricorrente deve formulare il necessario momento di riepilogo, che deve consistere in uno specifico e separato passaggio espositivo del ricorso ove, in modo sintetico, evidente ed autonomo (rispetto al tenore testuale del motivo), sia chiaramente esposto il fatto controverso in riferimento al quale la motivazione si assume omessa o contraddittoria, come pure - se non soprattutto - le ragioni per le quali la dedotta insufficienza della motivazione la rende idonea a giustificare la decisione.

5.3. Infine, il motivo espone una serie di vizi di motivazione che sono in realtà critiche alla decisione adottata, sprovviste dei requisiti dell'art. 360 c.p.c., n. 5, ed in parti-



colare privi di qualsiasi accenno alla decisività di ciascuna di esse.
In conclusione, il ricorso deve essere respinto e la ricorrente condannata al pagamento delle relative spese, liquidate come da dispositivo.

P.Q.M.

Respinge il ricorso e condanna la ricorrente al pagamento delle spese processuali sostenute dalla resistente e che si liquidano nella misura di Euro 5.200,00, di cui Euro 200,00 per esborsi, oltre spese forfettarie e accessori di legge.

Così deciso in Roma, nella Camera di Consiglio della Sezione Prima Civile della Corte di Cassazione, il 8 gennaio 2015.

Depositato in Cancelleria il 20 febbraio 2015.



STRANIERI

Cass. civ. Sez. VI - 1, Sent., 12 febbraio 2015, n. 2829

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
SEZIONE SESTA CIVILE
SOTTOSEZIONE 1

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:
Dott. DI PALMA Salvatore - Presidente -
Dott. BERNABAI Renato - Consigliere -
Dott. RAGONESI Vittorio - rel. Consigliere -
Dott. CRISTIANO Magda - Consigliere -
Dott. SCALDAFERRI Andrea - Consigliere -
ha pronunciato la seguente:

sentenza

sul ricorso 5574/2014 proposto da:

MINISTERO DELL'INTERNO, in persona del Ministro pro tempore, elettivamente domiciliato in ROMA, VIA DEI PORTOGHESI 12, presso l'AVVOCATURA GENERALE DELLO STATO, che lo rappresenta e difende ope legis;

- ricorrente -

contro

A.J.A.;

- intimato -

avverso il decreto della CORTE D'APPELLO di PERUGIA, R.g. 7663/13 V.G.,
Cron. 2928/13, depositato il 10/07/2013;

udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza del 16/12/2014 dal Consigliere Dott. VITTORIO RAGONESI.

Svolgimento del processo

A.J.A., cittadino della Repubblica Dominicana, assumeva di aver contratto matrimonio in data (OMISSIS) con la cittadina italiana U.F.. Il matrimonio, celebrato in (OMISSIS), risultava regolarmente trascritto. Dopo il matrimonio, l' A. faceva ingresso in Italia in data 23.06.2009 con visto di ingresso n. 112476766 (con validità dal 06.05.2009 al 05.05.2010), rilasciato dal Governo di provenienza per motivi familiari. In data 02.07.2009, l'odierno ricorrente presentava alla Questura di Perugia istanza di rilascio della Carta di soggiorno per familiari di cittadini dell'Unione Europea. La domanda veniva rigettata con provvedimento del 19.08.2010, notificato al ricorrente in data 14.06.2011, avendo la Questura rilevato che "non sussiste alcuna unità familiare da tutelare e che, visto l'immediato abbandono del tetto coniugale da parte dell' A. si possa ipotizzare che il matrimonio abbia avuto il solo fine allo straniero di soggiornare nel territorio dello Stato".

A seguito di reclamo dell'interessato avverso il denegato rilascio della carta di soggiorno, il Tribunale di Perugia, in data 12.7.12, accoglieva l'impugnazione.

Il successivo reclamo proposto avverso quest'ultimo provvedimento da parte dell'Amministrazione veniva rigettato dalla Corte di appello di Perugia con decisione depositata il 10.7.13 avverso la quale ricorre ora per cassazione il Ministero dell'Interno sulla base di un unico motivo cui non resiste l' A.



Motivi della decisione

Con l'unico motivo di ricorso il Ministero dell'interno censura la sentenza impugnata lamentando la violazione del D.Lgs. n. 30 del 2007, art. 10, poichè sostiene che avendo l' A. richiesto il rilascio della Carta di soggiorno quale familiare di un cittadino residente nell'Unione prima dello scadere dei tre mesi dal suo ingresso in Italia, allo stesso dovevano applicarsi le norme del D.Lgs. n. 286 del 1998, in base alle quali allo straniero richiedente il permesso di soggiorno per coesione familiare doveva applicarsi il requisito della convivenza, nel caso di specie venuto meno subito dopo l'ingresso del richiedente in Italia.

Il motivo è infondato.

Invero la circostanza che la domanda per la carta di soggiorno sia stata presentata prima della scadenza di tre mesi non può certo comportare che detta domanda debba interpretarsi proposta per una diversa ipotesi normativa rispetto a quella prospettata dal richiedente. Dunque non può sostenersi che la domanda dell' A. fosse per la concessione di un permesso di soggiorno per coesione familiare quando la stessa era stata invece proposta per il rilascio della Carta di soggiorno.

Nè dalla anticipata presentazione della domanda rispetto al termine iniziale possono farsi discendere conseguenze di rigetto o inammissibilità della stessa essendo sufficiente che il termine sia maturato al momento in cui la stessa viene decisa dall'Autorità amministrativa.

Nel caso di specie dunque la normativa applicabile era quella del D.Lgs. n. 30 del 2007, il cui art. 2, definisce familiari del cittadino dell'Unione: 1) il coniuge; 2) il partner che abbia contratto con il cittadino dell'Unione un'unione registrata sulla base della legislazione di uno Stato membro, qualora la legislazione dello Stato membro ospitante equipari l'unione registrata al matrimonio e nel rispetto delle condizioni previste dalla pertinente legislazione dello Stato membro ospitante; 3) i discendenti diretti di età inferiore a 21 anni o a carico e quelli del coniuge o partner; 4) gli ascendenti diretti a carico e quelli del coniuge o partner. A sua volta l'art. 10, del medesimo decreto legislativo prevede che i familiari del cittadino dell'Unione non aventi la cittadinanza di uno Stato membro, trascorsi tre mesi dall'ingresso nel territorio nazionale, possono richiedere alla questura competente per territorio di residenza la "Carta di soggiorno di familiare di un cittadino dell'Unione", redatta su modello conforme a quello stabilito con decreto del Ministro dell'interno. Detta Carta ha una validità di cinque anni dalla data del rilascio e mantiene la propria validità anche in caso di assenze temporanee del titolare non superiori a sei mesi l'anno, nonchè di assenze di durata superiore per l'assolvimento di obblighi militari ovvero di assenze fino a dodici mesi consecutivi per rilevanti motivi, quali la gravidanza e la maternità, malattia grave, studi o formazione professionale o distacco per motivi di lavoro in un altro Stato.

Come risulta evidente dall'esame delle disposizioni sopraindicate, il requisito dell'effettiva convivenza è del tutto estranea alla disciplina normativa del D.Lgs. n. 30 del 2007, mentre permane vigente, anche perchè espressamente previsto dall'art. 35, della Direttiva 2004/38/CE, il divieto di abuso del diritto e di frode, realizzabile mediante matrimoni fittizi contratti all'esclusivo fine di aggirare la normativa pubblicistica in tema d'immigrazione. (Cass. 17346/10; Cass. 12745/13).

Nel caso di specie, è ben vero che il provvedimento del Questore ipotizzava che l'immediato abbandono del tetto coniugale da parte dell' A. potesse fare ipotizzare che il matrimonio avesse avuto il solo fine di consentire allo straniero di soggiornare nel territorio dello Stato, ma tale circostanza non è stato oggetto di specifica dedu-



zione in primo grado nè di impugnazione in appello da parte del Ministero e neppure con il presente ricorso è stata prospettata questa fattispecie onde la stessa non è suscettibile di valutazione da parte di questa Corte.

Dunque, non sussistendo la necessità della convivenza con il coniuge cittadino italiano e non essendo stato oggetto di accertamento in giudizio la natura fraudolenta della celebrazione del matrimonio, il ricorso va rigettato.

Nulla per le spese.

P.Q.M.

Rigetta il ricorso.

Così deciso in Roma, il 16 dicembre 2014.

Depositato in Cancelleria il 12 febbraio 2015.



FIDEIUSSIONE – POLIZZE FIDEIUSSORIE
CASS. CIV. SEZ. III, SENT., 12 FEBBRAIO 2015, N. 2762

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
SEZIONE TERZA CIVILE

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:
Dott. RUSSO Libertino Alberto - Presidente -
Dott. CARLEO Giovanni - rel. Consigliere -
Dott. TRAVAGLINO Giacomo - Consigliere -
Dott. STALLA Giacomo Maria - Consigliere -
Dott. CIRILLO Francesco Maria - Consigliere -
ha pronunciato la seguente:

sentenza

sul ricorso 5110/2012 proposto da:

UNICREDIT LEASING SPA (già LOCAT SPA) (OMISSIS), in persona del procuratore Dott. ST.AL., elettivamente domiciliata in ROMA, VIA POMPEO MAGNO 1, presso lo studio dell'avvocato ZINCONI ANDREA, che la rappresenta e difende unitamente all'avvocato RICCARDO BUIZZA giusta procura speciale in calce al ricorso;

- ricorrente -

contro

T.D., S.A. (OMISSIS), C. V., elettivamente domiciliati in ROMA, VIA MARIANNA DIONIGI 17, presso lo studio dell'avvocato SANTUCCI ROBERTO, che li rappresenta e difende unitamente all'avvocato TEO TIRELLI giusta procura speciale a margine del controricorso;

- controricorrenti -

avverso la sentenza n. 1960/2011 della CORTE D'APPELLO di MILANO, depositata il 29/06/2011, R.G.N. 1589/2007;

udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza del 18/11/2014 dal Consigliere Dott. GIOVANNI CARLEO;

udito l'Avvocato ANDREA ZINCONI;

udito l'Avvocato LORENZA ROSSO per delega;

udito il P.M. in persona del Sostituto Procuratore Generale Dott. VELARDI Maurizio, che ha concluso per l'accoglimento del primo motivo di ricorso assorbito il secondo.

Svolgimento del processo

Con atto di citazione del 27/8/2001, notificato in data 28/09/2001, la Locat S.p.A. conveniva in giudizio davanti il Tribunale di Milano la Sig.ra T.D., il Sig. S.A. e il Sig. C.V. chiedendone la condanna, in solido tra loro, al pagamento della somma di Euro 417.707,00 (allora L. 808.794.178) dovuta in forza dei patti di riacquisto prestati a garanzia delle obbligazioni assunte dalla società Di.Seal. S.r.l., poi fallita, a favore della concedente con il contratto di leasing stipulato in data 19/3/1997 avente ad oggetto la locazione finanziaria di un capannone industriale sito nel Comune di (OMISSIS). Si costituivano i convenuti eccependo preliminarmente l'incompetenza del Tribunale adito e la carenza di legittimazione attiva della Locat S.p.a., avendo sottoscritto i patti



di riacquisto de quibus non con quest'ultima, ma con altro soggetto giuridico, la Credit Leasing Società per il Leasing Finanziario S.p.a.; deducendo nel merito l'infondatezza della domanda attorea chiedendone il rigetto, domandando in via riconvenzionale dichiararsi l'inesistenza e/o la nullità dei patti di riacquisto per indeterminazione dell'oggetto negoziale e comunque l'inefficacia e/o invalidità dei medesimi e delle clausole vessatorie negli stessi contenute nonché l'estinzione dell'obbligo di riacquisto e la risoluzione del rapporto contrattuale per inadempimento della concedente. In esito al giudizio, il Tribunale adito accoglieva le domande attrici condannando i convenuti, in solido, al pagamento di Euro 417.787,00 oltre interessi e spese di lite. Avverso tale decisione proponevano appello la T., il S. ed il C. ed in esito al giudizio, in cui si costituiva la Locat Spa, la Corte di Appello di Milano con sentenza depositata in data 29 giugno 2011, in riforma della sentenza, respingeva la domanda di pagamento proposta dalla Locat che condannava alla rifusione delle spese. Avverso la detta sentenza l'Unicredit Leasing Spa ha quindi proposto ricorso per cassazione articolato in due motivi. Resistono con controricorso T.D., S.A. e C.V.. Entrambe le parti hanno depositato memoria illustrativa.

Motivi della decisione

Con la prima doglianza, deducendo la violazione e la falsa applicazione dei canoni legali di ermeneutica e degli artt. 1939, 1945 e 1952 c.c., nonché l'omessa, insufficiente e contraddittoria motivazione, la ricorrente ha censurato la sentenza impugnata per aver la Corte di Appello violato i canoni di ermeneutica che, se fossero stati correttamente applicati, avrebbero portato a qualificare i patti di riacquisto intercorsi tra le parti come garanzia autonoma.

E ciò, senza considerare che aveva omesso qualsiasi motivazione sul perchè avesse ritenuto di qualificare il patto di riacquisto come fideiussione anzichè come garanzia autonoma.

La doglianza in entrambi i profili merita attenzione. A riguardo, corre l'obbligo di sottolineare preliminarmente che, come ha già avuto modo di statuire questa Corte con un orientamento, cui questo Collegio intende aderire, "l'interpretazione del contratto, dal punto di vista strutturale, si collega anche alla sua qualificazione e la relativa complessa operazione ermeneutica si articola in tre distinte fasi: a) la prima consiste nella ricerca della comune volontà dei contraenti; b) la seconda risiede nella individuazione del modello della fattispecie legale; c) l'ultima è riconducibile al giudizio di rilevanza giuridica qualificante gli elementi di fatto concretamente accertati. Le ultime due fasi, che sono le sole che si risolvono nell'applicazione di norme di diritto, possono essere liberamente censurate in sede di legittimità, mentre la prima - che configura un tipo di accertamento che è riservato al giudice di merito, poichè si traduce in un'indagine di fatto a lui affidata in via esclusiva - è normalmente incensurabile nella suddetta sede, salvo che nelle ipotesi di motivazione inadeguata o di violazione dei canoni legali di ermeneutica contrattuale, così come previsti nell'art. 1362 c.c. e ss. (Cass. n. 27000/05).

Ciò premesso, torna utile richiamare l'attenzione sul rilievo che le ragioni della doglianza sono state articolate dalla ricorrente attraverso tre profili fondamentali, che, a suo avviso, escludevano l'accessorietà del contratto di garanzia rispetto al contratto di locazione finanziaria. Ed invero, la Corte - così scrive in sintesi la società ricorrente - aveva trascurato che nella specie il patto di riacquisto obbligava i garanti a) al pagamento anche "nell'eventualità di mancata conclusione del contratto"; b) a pagare "immediatamente" al ricevimento della fattura, in deroga al disposto di cui agli artt.



1952 e 1945 c.c.; c) a corrispondere l'importo dovuto persino "in caso di distruzione, perdita o irrecuperabilità dei beni" oggetto del contratto di leasing. Le argomentazioni riportate nella loro essenzialità meritano di essere condivise. In particolare, la prima delle considerazioni svolte coglie sicuramente nel segno ove si consideri che, come risulta dal testo dei patti di riacquisto, opportunamente trascritto dalla ricorrente nel rispetto del principio di autosufficienza dei ricorsi per cassazione, i garanti, dopo aver preso atto che tra la Credit Leasing e l'utilizzatrice Disc.al Srl era in corso di perfezionamento un contratto di locazione finanziaria, in relazione al quale la Credit sarebbe andata ad acquistare i beni oggetto della locazione, si obbligavano a riacquistare i beni "nell'eventualità di mancata conclusione del contratto o di risoluzione anticipata dello stesso per qualsiasi motivo".

Ciò posto, mette conto di sottolineare che la causa concreta del contratto autonomo di garanzia è quella di trasferire da un soggetto ad un altro il rischio economico connesso alla mancata esecuzione di una prestazione contrattuale, sia essa dipesa da inadempimento colpevole oppure no (v. Sez. Un. n. 3947/2010 in motivazione), assicurando comunque la soddisfazione dell'interesse economico del beneficiario compromesso dall'inadempimento (v. Cass. n. 2377/2008), ipotesi quest'ultima logicamente equiparabile a quella della mancata conclusione di un contratto. Infatti, in quest'ultima ipotesi, pur non risultando dovuto il pagamento in relazione al rapporto di base che non si è trasfuso in un contratto, il garante resta obbligato a soddisfare l'interesse economico della società di leasing, a prova dell'assoluta autonomia dei due rapporti.

Ed è appena il caso di osservare che la carenza dell'elemento dell'accessorietà, che costituisce la caratteristica fondamentale del contratto autonomo di garanzia, vale a distinguerlo da quello di fideiussione di cui all'art. 1936 c.c. e ss..

Analogamente, anche l'obbligo assunto dai garanti di pagare "immediatamente", al ricevimento della fattura da parte della società di leasing, il prezzo di riacquisto dei beni costituisce indice di deroga alla normale accessorietà della garanzia fideiussoria, nella quale invece il garante ha l'onere di preavvisare il debitore principale della richiesta di pagamento del creditore, ai sensi dell'art. 1952 c.c., comma 2, all'evidente scopo di porre il debitore in condizione di opporsi al pagamento, qualora esistano eccezioni da far valere nei confronti del creditore. Peraltro, come hanno già avuto modo di sottolineare le Sezioni Unite, nella citata sentenza n. 3947/2010 in motivazione, la clausola "a prima richiesta e senza eccezioni" dovrebbe di per sé orientare l'interprete verso l'approdo alla autonoma fattispecie del Garantievertrag. Ugualmente, l'assunzione, da parte del garante, di corrispondere l'importo dovuto anche in caso di distruzione, perdita o irrecuperabilità dei beni, oggetto del contratto di leasing, costituisce ulteriore testimonianza dell'autonomia del rapporto di garanzia rispetto al rapporto base, contrariamente a quanto accade per la fideiussione, nella misura in cui i garanti, come risulta dal testo dei patti di riacquisto, non accennano in tale scrittura, neppure per implicito, alla facoltà di opporre eccezioni fondate sul rapporto di base, si impegnano a pagare indipendentemente da ogni responsabilità della beneficiaria riguardo al recupero dei beni, oggetto del contratto di leasing ("nessuna responsabilità viene comunque da voi assunta circa il predetto recupero, restando in ogni caso come sopra determinato l'importo da noi a Voi dovuto, che vi sarà prontamente corrisposto al ricevimento della vostra fattura") e soprattutto consentono la sopravvivenza della garanzia in oggetto anche nell'ipotesi in cui venga a mancare l'oggetto stesso del contratto di leasing, accettando di corrispondere prontamente il prezzo di riacquisto dei beni oggetto del contratto di locazione "anche in caso di distruzione, perdita o irrecuperabilità dei beni".



Giova aggiungere che la sentenza della Corte di appello non spiega in modo esaustivo le ragioni per le quali ha ritenuto di qualificare il patto di riacquisto come fideiussione, anzichè come contratto autonomo di garanzia, limitandosi ad affermare, sulla base di una giurisprudenza ormai risalente, che, perchè si abbia il contratto atipico di garanzia autonoma, occorre che manchi l'elemento dell'accessorietà.

Pertanto, dovendosi ritenere sulla scorta delle precedenti considerazioni che nella fattispecie si verte in tema di contratto autonomo di garanzia, non può applicarsi la norma dell'art. 1957 c.c., sull'onere del creditore garantito di far valere tempestivamente le sue ragioni nei confronti del debitore principale, poichè tale disposizione, collegata al carattere accessorio della obbligazione fideiussoria, instaura un collegamento necessario e ineludibile tra la scadenza dell'obbligazione di garanzia e quella dell'obbligazione principale, e come tale rientra tra quelle su cui si fonda l'accessorietà del vincolo fideiussorio, per ciò solo inapplicabile ad un'obbligazione di garanzia autonoma (v. Sez. Un. n. 3947/2010 in motivazione).

Alla stregua di tutte le pregresse considerazioni, la censura formulata merita di essere accolta, ritenendosi in essa assorbito il secondo motivo di impugnazione, fondato sulla considerazione che, anche se fosse vero che il patto di riacquisto fosse qualificabile alla stregua di garanzia fideiussoria in quanto accessorio al leasing, l'Unicredit leasing non sarebbe incorsa in nessuna decadenza, in virtù del compimento di vari atti efficaci per impedire la decadenza di cui all'art. 1957 c.c..

Ne consegue che il ricorso per cassazione, siccome fondato, deve essere accolto e che la sentenza impugnata, che ha fatto riferimento, in modo non corretto, ad una regola iuris diversa, deve essere cassata. Con l'ulteriore conseguenza che, non essendo necessari ulteriori accertamenti di fatto, la causa deve essere decisa nel merito con il rigetto dell'appello proposto avverso la sentenza di prime cure. Sussistono giusti motivi per compensare fra le parti le spese dell'intero giudizio in quanto l'orientamento giurisprudenziale riportato si è consolidato solo dopo l'introduzione della lite.

P.Q.M.

La Corte accoglie il primo motivo di ricorso, assorbito il secondo, cassa la sentenza impugnata e, decidendo nel merito ai sensi dell'art. 384 c.p.c., comma 1, rigetta l'appello proposto da T. D., S.A. e C.V.. Compensa integralmente fra le parti le spese dell'intero giudizio.

Così deciso in Roma, nella Camera di Consiglio, il 18 novembre 2014.

Depositato in Cancelleria il 12 febbraio 2015.



MATRIMONIO – Formalità preliminari
CASS. CIV. SEZ. I, SENT., 9 FEBBRAIO 2015, N. 2400

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
SEZIONE PRIMA CIVILE

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:
Dott. LUCCIOLI Maria Gabriella - Presidente -
Dott. DI PALMA Salvatore - Consigliere -
Dott. CAMPANILE Pietro - Consigliere -
Dott. DI VIRGILIO Rosa Maria - Consigliere -
Dott. ACIERNO Maria - rel. Consigliere -
ha pronunciato la seguente:

sentenza

sul ricorso 16430/2013 proposto da:

A.A. (c.f. (OMISSIS)), D.S.P.G. (c.f. (OMISSIS)), elettivamente domiciliati in ROMA, VIA L. SPALLANZANI 22/A, presso l'avvocato TORINO RAFFAELE, che li rappresenta e difende unitamente agli avvocati FRANCESCO BILOTTA, ANTONIO ROTELLI, ANNA TONIONI, giusta procura a margine del ricorso;

- ricorrenti -

contro

MINISTERO DELL'INTERNO - SINDACO DEL COMUNE DI ROMA, PROCURATORE GENERALE DELLA REPUBBLICA PRESSO LA CORTE DI APPELLO DI ROMA, PROCURATORE DELLA REPUBBLICA PRESSO IL TRIBUNALE DI ROMA;

- intimati -

contro

MINISTERO DELL'INTERNO, in persona del Ministro pro tempore, domiciliato in ROMA, VIA DEI PORTOGHESI 12, presso l'AVVOCATURA GENERALE DELLO STATO, che lo rappresenta e difende ope legis;

- resistente -

avverso il decreto della CORTE D'APPELLO di ROMA, depositato il 09/05/2012, n. 54934/09 R.G.A.D.;

udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza del 30/10/2014 dal Consigliere Dott. MARIA ACIERNO;

uditi, per i ricorrenti, gli Avvocati RAFFAELE TORINO e FRANCESCO BILOTTA che hanno chiesto l'accoglimento del ricorso;

udito il P.M., in persona del Sostituto Procuratore Generale Dott. CERONI Francesca, che ha concluso per il rigetto del ricorso.

Svolgimento del processo

Con il decreto impugnato la Corte d'Appello di Roma, confermando la pronuncia di primo grado, ha rigettato la domanda proposta da A.A. e D.S.P.G. finalizzata a poter procedere alle pubblicazioni di matrimonio da loro richieste e negate dall'ufficiale di stato civile.

I reclamanti avevano dedotto:

- che non si rintracciava nel codice civile e nella Costituzione una norma definitiva



del matrimonio, secondo il paradigma eterosessuale;

- che un'interpretazione orientata dal diritto Europeo, dalle Carte internazionali e dalla giurisprudenza CEDU consentiva al giudice di colmare il vuoto normativo relativo alla mancata considerazione del matrimonio tra persone dello stesso sesso;
- che il principio di tipicità delle norme che limitano la libertà personale non avrebbe consentito d'introdurre un divieto di contrarre matrimonio non espressamente previsto;
- che il diniego costituiva violazione dell'art. 3 Cost., perchè introduceva una discriminazione per una condizione personale e dell'art. 2, perchè non consentiva il pieno sviluppo di una sfera relazionale a carattere costitutivo in una formazione sociale come l'unione tra due persone dello stesso sesso costituzionalmente protetta, oltre che ampiamente riconosciuta dalle fonti internazionali ed Europee da ritenere vincolanti anche in virtù del rinvio contenuto nell'art. 117 Cost..

La Corte d'Appello ha giustificato il rigetto della domanda sulla base delle seguenti argomentazioni. In primo luogo ha affermato, richiamando testualmente la sentenza, che le eccezioni d'illegittimità costituzionale delle norme civilistiche relative al matrimonio erano state risolte dalla pronuncia della Corte Costituzionale n. 138 del 2010.

Ha aggiunto che l'eccezione fondata sul parametro relativo all'art. 22 Cost., è del tutto infondata non essendo le norme ordinarie che regolano l'istituto matrimoniale rivolte a cagionare la privazione per motivi politici della capacità giuridica. Tali norme si limitano a stabilire le condizioni per l'esercizio del diritto al matrimonio.

Ha precisato che non vi è ragione per la rimessione di alcuna questione alla Corte di Giustizia del Lussemburgo dal momento che sia l'art. 12 CEDU che l'art. 9 della Carta di Nizza rinviano alla discrezionalità legislativa dei singoli stati per la scelta e la disciplina dei modelli matrimoniali.

Infine la sentenza della CEDU Schalk e Kopf contro Austria ha confermato che il matrimonio omosessuale non rientra tra le garanzie della Convenzione. Ha in particolare evidenziato che le unioni omosessuali si trovano in una situazione simile a quella delle coppie eterosessuali quanto all'esigenza di riconoscimento e protezione giuridica della relazione, ma non ne sono discriminate nè sotto il profilo dell'art. 8, nè dell'art. 14, nè dell'art. 12, perchè queste norme non obbligano gli Stati contraenti a consentire l'accesso al matrimonio.

Avverso tale pronuncia hanno proposto ricorso per cassazione A.A. e D.S.P.G. affidandosi a tre motivi.

Si è costituito tardivamente al solo fine di partecipare all'udienza di discussione, il Ministero dell'Interno. Le parti ricorrenti hanno depositato memoria illustrativa.

Motivi della decisione

I ricorrenti preliminarmente evidenziano che la questione sottoposta all'esame della Corte è nuova, avendo ad oggetto il rifiuto di procedere alle pubblicazioni matrimoniali e non alla trascrizione di un titolo estero. Inoltre chiariscono che la sentenza n. 4184 del 2012 di questa Corte ha stabilito che la nozione di matrimonio da accogliere nel nostro ordinamento comprende anche il matrimonio tra persone dello stesso sesso, superando l'impianto della pronuncia della Corte Cost. n. 138 del 2010. Devono, pertanto, ritenersi sussistenti le condizioni per la messa in discussione della tenuta costituzionale della regola dell'assoluta discrezionalità del legislatore nazionale in questa materia. Alla luce della giurisprudenza sopravvenuta e dei nuovi contributi della dottrina devono, pertanto, secondo le parti ricorrenti, essere riverificate le questioni di legittimità costituzionale già esaminate e quelle nuove.



Nel primo motivo di ricorso viene dedotta la violazione degli artt. 1, 3 e 10 Cost., art. 117 Cost., comma 1; art. 9 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea e art. 12 della CEDU per avere la Corte d'Appello fondato la propria decisione sulla ineludibilità della differenza di sesso tra i nubendi superata invece dalla sentenza n. 4184 del 2012 che ha espressamente affermato "l'art. 12 CEDU ha privato di rilevanza giuridica la diversità di sesso tra i nubendi dovendo tale norma essere interpretata secondo quanto stabilito dalla Corte di Strasburgo alla luce dell'art. 9 della Carta di Nizza".

Tale novità, secondo i ricorrenti, impone di riconsiderare l'impianto della sentenza n. 138 del 2010 della Corte Costituzionale proprio con riferimento ai parametri interposti costituiti dai citati art. 12, CEDU e art. 9 Carta di Nizza. Il paradigma eterosessuale secondo i ricorrenti si è sgretolato grazie all'appartenenza dell'Italia a un sistema multilivello di tutela dei diritti. Tale sistema ha introdotto nel nostro ordinamento una nozione di matrimonio che comprende quello omosessuale. La mera riconduzione delle unioni omosessuali nell'art. 2 Cost., al fine di escludere il diritto al matrimonio determina un grave deficit di tutela dal momento che l'unione coniugale genera un fascio di diritti complessi e stratificati, per ottenere i quali allo stato occorre rivolgersi alla Corte Costituzionale o al giudice, con il rischio quanto meno di un'enorme frantumazione e contrazione dell'esercizio dei diritti stessi. Non può, pertanto, affermarsi una totale discrezionalità del legislatore a fronte di due assunti incontrovertibili: la nozione di matrimonio è diventata gender neutral e il diritto al matrimonio ha natura di diritto fondamentale. Se il legislatore ordinario può disporre liberamente di questo diritto può anche privarlo di efficacia.

Nel secondo motivo di ricorso viene dedotta la violazione delle medesime norme per avere la Corte d'Appello ritenuta la necessità di un intervento legislativo per fondare il diritto a contrarre matrimonio. Le ragioni che hanno determinato la Corte Costituzionale a indicare come obbligata la strada legislativa non sono le stesse indicate da Cass. n. 4184 del 2012. In questa ultima pronuncia la riserva assoluta di legislazione è fondata sull'art. 12 CEDU e art. 9 Carta dei diritti fondamentali, secondo l'interpretazione della Corte di Strasburgo. La lettura originalista dell'art. 29 Cost., è stata sostanzialmente superata dalla giurisprudenza di legittimità in quanto ispirata dai principi CEDU e della Carta di Nizza. La vincolatività dei principi CEDU impone di ritenere il matrimonio tra persone dello stesso sesso come una realtà del nostro paese ma nonostante queste premesse si giustifica la mancanza di garanzia, rimettendosi per essa alla discrezionalità legislativa. L'art. 2 Cost., pone un'esigenza di simultaneità tra riconoscimento e garanzia che l'interpretazione della giurisprudenza di legittimità vanifica. Non può, pertanto, condividersi l'assunto della Corte d'Appello secondo il quale l'estensione per via giurisdizionale del matrimonio tra persone dello stesso sesso determinerebbe una compressione ingiustificata della discrezionalità legislativa, dal momento che tale discrezionalità può svolgersi in modo molto circoscritto.

Nel terzo motivo viene dedotta l'illegittimità costituzionale degli artt. 107, 108, 143, 143 bis, 143 ter e 156 bis c.c., rispetto agli artt. 2 e 3 Cost., art. 10 Cost., comma 2, artt. 22 e 29 Cost., art. 117 Cost., comma 1, e artt. 9 e 21 della carta di Nizza, nonché degli artt. 12 e 14 CEDU sulla base delle seguenti argomentazioni:

a) La Corte Costituzionale nella sentenza n. 138 del 2010 non ha valutato il parametro dell'art. 2 Cost., con riferimento agli artt. 9 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea e 12 della CEDU. Tale specifico profilo deve essere nuovamente sottoposto al vaglio della Corte Costituzionale ove non si ritenga vi siano già gli elementi per un'interpretazione costituzionalmente orientata.



b) Gli artt. 2 e 3 Cost., devono essere considerati unitariamente al fine di verificare se non vi sia un'ingiustificata lesione del diritto al matrimonio sulla base di una mera condizione personale. Se il diritto al matrimonio è un diritto fondamentale (la sentenza n. 138 del 2010 non ne fa espressa menzione) lo Stato non può disconoscere il godimento se non a fronte di un interesse prevalente; non può sostituirsi al titolare del diritto nella scelta delle modalità del suo esercizio, non può ingiustificatamente contrarre questa rilevante espressione della libertà personale. Deve esserci l'esigenza dell'inderogabile soddisfacimento di un interesse pubblico primario per poterlo sacrificare. Tale interesse non ricorre e non può trarsi dalla concezione originalista dell'art. 29 Cost., del tutto anacronistica. Nella dimensione antidiscriminatoria dell'invocata estensione del diritto al matrimonio deve tenersi conto anche del principio di tutela delle minoranze. Il matrimonio determina uno status dotato di una componente di dignità pubblica imprescindibile per l'autodefinizione personale.

Infine il divieto di contrarre matrimonio equipara le coppie dello stesso sesso agli interdetti, il che contrasta anche con l'art. 22 Cost..

In sintesi la rimessione alla Corte Costituzionale dovrebbe aversi:

- per violazione del diritto all'autodeterminazione nelle scelte matrimoniali (art. 2 Cost.);
- per violazione della dignità sociale delle persone omosessuali che vivono stabilmente una condizione di coppia (art. 3);
- per violazione del divieto di discriminazione delle persone in ragione di una condizione meramente personale (Art. 3 Cost., art. 21 carta di Nizza, artt. 12 e 14 CEDU, art. 10, comma 1, e art. 117 Cost.);
- per violazione del diritto a contrarre matrimonio in condizioni di uguaglianza con le persone non omosessuali (artt. 2, 3 e 29 Cost.);
- per restrizione della capacità di diritto pubblico che deriva dal divieto (art. 22 Cost.);

Le norme censurabili sono gli artt. 107, 108, 143, 143 bis, ter e 156 bis c.c..

I primi due motivi di ricorso possono essere trattati congiuntamente in quanto logicamente connessi.

In primo luogo deve osservarsi che la questione relativa alla legittimità e conformità costituzionale del diniego di procedere alle pubblicazioni matrimoniali relative ad un'unione tra due persone dello stesso sesso è identica a quella già affrontata dalla Corte Costituzionale n. 138 del 2010.

E' necessario, pertanto, richiamare preliminarmente i principi stabiliti in questa pronuncia al fine di accertare se siano intervenuti orientamenti successivi da parte della Corte Europea dei diritti umani o dalla stessa Corte Costituzionale, in pronunce successive che possano determinare, anche alla luce di alcune opzioni dottrinali, soluzioni diverse.

In particolare, seguendo lo sviluppo argomentativo dei motivi di ricorso, è necessario verificare se, contrariamente a quanto affermato nella pronuncia sopra indicata, possa pervenirsi all'affermazione della configurabilità giuridica di un'unione matrimoniale tra persone dello stesso sesso, senza l'intervento del legislatore ordinario, e se l'assenza di tale istituto sia compatibile con il sistema costituzionale integrato attuale dei diritti fondamentali.

La sentenza n. 138 del 2010 ha affermato che l'art. 12 CEDU e l'art. 9, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea lasciano al legislatore nazionale di stabilire forme e disciplina giuridica delle unioni, tra persone dello stesso sesso. Tali scelte rientrano pienamente nel margine di discrezionalità dei singoli stati, dovendosi escludere, per questa specifica tipologia di unioni l'imposizione di un modello normativo



unico da trarre dal paradigma matrimoniale. Secondo la Corte Costituzionale "Ulteriore riscontro di ciò si desume dall'esame delle scelte e delle soluzioni adottate da numerosi Paesi che hanno introdotto, in alcuni casi, una vera e propria estensione alle unioni omosessuali della disciplina prevista per il matrimonio civile oppure, più frequentemente, forme di tutela molto differenziate e che vanno dalla tendenziale assimilabilità al matrimonio delle dette unioni fino alla chiara distinzione, sul piano degli effetti, rispetto allo stesso".

Deve, pertanto, escludersi, secondo la sentenza n. 138 del 2010, che la mancata estensione del modello matrimoniale alle unioni tra persone dello stesso sesso determini una lesione dei parametri integrati della dignità umana e dell'uguaglianza, i quali assumono pari rilievo nelle situazioni individuali e nelle situazioni relazionali rientranti nelle formazioni sociali costituzionalmente protette ex artt. 2 e 3 Cost., Per formazione sociale secondo la Corte "deve intendersi ogni forma di comunità, semplice o complessa, idonea a consentire e favorire il libero sviluppo della persona nella vita di relazione, nel contesto di una valorizzazione del modello pluralistico. In tale nozione è da annoverare anche l'unione omosessuale, quale stabile convivenza tra due persone dello stesso sesso, cui spetta il diritto fondamentale di vivere liberamente una condizione di coppia, ottenendone - nei tempi, nei modi e nei limiti stabiliti dalla legge - il riconoscimento giuridico con i connessi diritti e doveri. Si deve escludere, tuttavia, che l'aspirazione a tale riconoscimento (che necessariamente postula una disciplina di carattere generale, finalizzata a regolare diritti e doveri dei componenti della coppia) possa essere realizzata soltanto attraverso un'equiparazione delle unioni omosessuali al matrimonio". Nella pronuncia vi è, di conseguenza, l'esplicito riconoscimento del rilievo costituzionale ex art. 2, delle unioni tra persone dello stesso sesso e si avverte l'esigenza di rimettere al legislatore "nell'esercizio della sua piena discrezionalità, d'individuare le forme di garanzia e di riconoscimento per le unioni omosessuali", unitamente alla possibilità della Corte stessa d'intervenire a tutela di specifiche situazioni (com'è avvenuto per le convivenze more uxorio).

Il processo di costituzionalizzazione delle unioni tra persone dello stesso sesso non si fonda, contrariamente a quanto sostenuto dai ricorrenti, sulla violazione del canone antidiscriminatorio dettata dall'inaccessibilità al modello matrimoniale, ma sul riconoscimento di un nucleo comune di diritti e doveri di assistenza e solidarietà propri delle relazioni affettive di coppia e sulla riconducibilità di tali relazioni nell'alveo delle formazioni sociali dirette allo sviluppo, in forma primaria, della personalità umana. Da tale riconoscimento sorge l'esigenza di un trattamento omogeneo di tutte le situazioni che presentano un deficit od un'assenza di tutela dei diritti dei componenti l'unione, derivante dalla mancanza di uno statuto protettivo delle relazioni diverse da quelle matrimoniali nel nostro ordinamento.

Questo approdo non risulta modificato dai principi elaborati nelle successive pronunce della Cedu e nella sentenza n. 170 del 2014 della Corte Costituzionale.

La linea tracciata dalla Corte di Strasburgo in ordine al margine di apprezzamento degli Stati membri è rimasta coerente nelle sentenze Schalk and Kopf c. Austria del 24 giugno 2010, Gas e Dubois c. Francia del 15 marzo 2012 fino alla più recente Hämäläinen c. Finlandia del 16 luglio 2014. L'art. 12, ancorchè formalmente riferito all'unione matrimoniale eterosessuale, non esclude che gli Stati membri estendano il modello matrimoniale anche alle persone dello stesso sesso, ma nello stesso tempo non contiene alcun obbligo al riguardo. Nell'art. 8, che sancisce il diritto alla vita privata e familiare, è senz'altro contenuto il diritto a vivere una relazione affettiva tra persone dello stesso sesso protetta dall'ordinamento, ma non necessariamente mediante l'op-



zione del matrimonio per tali unioni.

Questa esigenza, unita all'insussistenza dell'obbligo costituzionale o convenzionale di estendere il vincolo coniugale alle unioni omoaffettive, è stata ribadita dalla sentenza n. 170 del 2014 della Corte Costituzionale, nella quale è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale della disciplina normativa che fa conseguire in via automatica alla rettificazione del sesso lo scioglimento o la cessazione degli effetti civili del matrimonio preesistente senza preoccuparsi di prevedere per l'unione divenuta omoaffettiva un riconoscimento e uno statuto di diritti e doveri che ne consenta la conservazione in una condizione coerente con l'art. 2 Cost. (e art. 8 Cedu). La Corte ha evidenziato che il contrasto si determina per il "passaggio da uno stato di massima protezione giuridica ad una condizione di assoluta indeterminatezza (quale quella di tutte le relazioni tra persone dello stesso sesso nel nostro ordinamento n.d.r.)". Ciò determina la necessità di un tempestivo intervento legislativo.

Peraltro, i principi sopra delineati hanno costituito il fondamento anche della pronuncia di rigetto della trascrizione di un matrimonio contratto all'estero tra persone dello stesso sesso di questa Corte (sent. n. 4184 del 2012). Nel nostro sistema giuridico di diritto positivo il matrimonio tra persone dello stesso sesso è inidoneo a produrre effetti perchè non previsto tra le ipotesi legislative di unione coniugale. Il nucleo affettivo relazionale che caratterizza l'unione omoaffettiva, invece, riceve un diretto riconoscimento costituzionale dall'art. 2 Cost., e mediante il processo di adeguamento e di equiparazione imposto dal rilievo costituzionale dei diritti in discussione può acquisire un grado di protezione e tutela equiparabile a quello matrimoniale in tutte le situazioni nelle quali la mancanza di una disciplina legislativa determina una lesione di diritti fondamentali scaturenti dalla relazione in questione. Per questa ragione la Corte di Cassazione ha escluso la contrarietà all'ordine pubblico del titolo matrimoniale estero pur riconoscendone l'inidoneità a produrre nel nostro ordinamento gli effetti del vincolo matrimoniale. L'operazione di omogeneizzazione può essere svolta dal giudice comune, e non soltanto dalla Corte costituzionale.

in quanto tenuto ad un'interpretazione delle norme non solo costituzionalmente orientata, ma anche convenzionalmente orientata (Corte Cost. sent. n. 150 del 2012).

In conclusione, la legittimità costituzionale e convenzionale della scelta del legislatore ordinario in ordine alle forme ed ai modelli all'interno dei quali predisporre per le unioni tra persone dello stesso sesso uno statuto di diritti e doveri coerente con il rango costituzionale di tali relazioni conduce ad escludere il fondamento delle censure prospettate, non solo sotto il profilo della creazione giurisprudenziale dell'unione coniugale tra persone dello stesso sesso, risultando tale operazione ben diversa da quella consentita (Cass. 4184 del 2012) di adeguamento ed omogeneizzazione nella titolarità e nell'esercizio dei diritti, ma anche delle prospettate censure d'incostituzionalità.

Ugualmente infondato deve ritenersi il terzo motivo per quanto riguarda la dedotta lesione dell'art. 22 Cost., risultando per il resto sostanzialmente riconducibile alle altre due censure già esaminate.

Tale norma introduce il divieto di restrizione della capacità per motivi politici ed ha ad oggetto la capacità di diritto pubblico.

Risulta di conseguenza, parametro di costituzionalità del tutto inapplicabile alla fattispecie.

Non vi è statuizione sulle spese processuali attesa la tardiva costituzione del Ministero dell'Interno finalizzata soltanto alla mancata partecipazione all'udienza di discussione.



P.Q.M.

La Corte, rigetta il ricorso.

In caso di diffusione omettere le generalità.

Così deciso in Roma, nella Camera di Consiglio, il 30 ottobre 2014.

Depositato in Cancelleria il 9 febbraio 2015.



ESPROPRIAZIONE PER PUBBLICA UTILITÀ
CASS. CIV. SEZ. UNITE, SENT., 19 GENNAIO 2015, N. 735

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
SEZIONI UNITE CIVILI

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:
Dott. SANTACROCE Giorgio - Primo Presidente f.f. -
Dott. SALME' Giuseppe - Presidente Sezione -
Dott. RORDORF Renato - Presidente Sezione -
Dott. DI AMATO Sergio - rel. Consigliere -
Dott. MAZZACANE Vincenzo - Consigliere -
Dott. CHIARINI Maria Margherita - Consigliere -
Dott. VIVALDI Roberta - Consigliere -
Dott. NAPOLETANO Giuseppe - Consigliere -
Dott. AMENDOLA Adelaide - Consigliere -
ha pronunciato la seguente:

sentenza

sul ricorso 15560/2007 proposto da:

B.A., B.D., B.S., elettivamente domiciliate in ROMA, LARGO DEL TEATRO
VALLE 6, presso lo studio dell'avvocato BRACCI Luciano Filippo, che le rappresen-
ta e difende, per delega in calce al ricorso;

- ricorrenti -

contro

COMUNE DI LAUREANE DI BORRELLO;

- intimato -

avverso la sentenza n. 36/2007 della CORTE D'APPELLO di REGGIO CALA-
BRIA, depositata il 21/02/2007;

udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza del 21/10/2014 dal Consi-
gliere Dott. SERGIO DI AMATO;

udito l'Avvocato Luciano Filippo BRACCI;

udito il P.M. in persona del Procuratore Generale Aggiunto Dott. CICCOLO Pa-
squale Paolo Maria, che ha concluso per l'accoglimento del ricorso, in via subordinata
rinvio in attesa della decisione della Corte Costituzionale.

Svolgimento del processo

Con citazione del 31 ottobre 1968 B.R. conveniva in giudizio innanzi al Tribunale di Palmi il Comune di Laureane di Borrello, chiedendone la condanna al risarcimento dei danni patiti per l'illegittima occupazione di un terreno, sul quale era stato realizzato un edificio scolastico; in particolare, l'attore precisava che l'occupazione d'urgenza dell'area, di sua proprietà in ragione di tre quinti, era stata autorizzata con decreto del 19 novembre 1953 ed era divenuta illegittima poichè il decreto di esproprio non era intervenuto nel biennio successivo. Dopo la morte dell'attore il giudizio veniva proseguito dalle eredi A.G., B. A., B.S. e B.D.. Il Tribunale di Palmi, con sentenza in data 9 novembre 1995, rigettava la domanda per intervenuta prescrizione del diritto.

La Corte di appello di Reggio Calabria, con sentenza del 22 febbraio 2007, conferma-



va la decisione di primo grado, osservando che: 1) il termine quinquennale di prescrizione decorreva dalla irreversibile trasformazione del terreno, verificatasi nel 1960 con la realizzazione dell'edificio scolastico; 2) non erano incompatibili con la volontà di proporre l'eccezione di prescrizione e, quindi, non implicavano rinuncia alla detta eccezione i seguenti atti posti in essere dal Comune: la determinazione, l'offerta e il deposito dell'indennità; la lettera del sindaco del 19 marzo 1984 che comunicava alle B. l'intenzione di risolvere bonariamente le vicende degli espropri e delle occupazioni dei suoli; la delibera di procedere all'acquisto oneroso del terreno adottata in data 8 febbraio 1990 dal commissario prefettizio; infine, il contratto di compravendita firmato il 9 febbraio 1990 dalle parti in causa e rimasto ineseguito per mancanza di finanziamento.

B.A., S. e D. hanno proposto ricorso per cassazione, deducendo due motivi. Il Comune di Laureana di Borrello non ha svolto attività difensiva.

La prima sezione della Corte, con ordinanza 15 maggio 2013, ha rimesso gli atti al Primo Presidente, rilevando che per le occupazioni anteriori all'entrata in vigore del D.P.R. n. 327 del 2001, si registra un contrasto nella giurisprudenza di questa Corte.

Un primo orientamento continua ad applicare l'istituto dell'occupazione espropriativa, configurata come illecito istantaneo con effetti permanenti, ed attribuisce al proprietario l'intero controvalore del bene espropriato. Un secondo orientamento afferma che non si può più fare applicazione dell'istituto dell'occupazione espropriativa sia perchè tale istituto realizza una non consentita espropriazione indiretta, secondo quanto affermato dalle sentenze in materia della Corte Europea dei diritti dell'Uomo, sia perchè l'incompatibile istituto della acquisizione sanante, di cui al D.P.R. n. 327 del 2001, art. 42 bis, è applicabile ad ogni occupazione illecita, anche se anteriore all'entrata in vigore del detto t.u.;

secondo tale diverso orientamento, pertanto, il soggetto che subisce una occupazione illegittima resta titolare del bene occupato e può chiedere il risarcimento dei danni da illecito permanente, "pur se perde in radice il diritto di ottenere il controvalore dell'immobile rimasto nella sua titolarità". Inoltre, secondo l'ordinanza di rimessione, la configurazione di un illecito permanente in ogni caso di occupazione illecita porrebbe questioni di massima di particolare importanza quali "quella del danno eventualmente da risarcire nella concreta fattispecie e l'altra della prescrizione del diritto al risarcimento del danno da occupazione illecita al proprietario danneggiato con la costruzione di un'opera pubblica su un suo terreno, sia con riferimento alla natura dell'illecito che in relazione all'affidamento del privato nella esistenza di un regime giuridico diverso da quello oggi applicabile in ragione della cessata acquisibilità dei beni occupati con tale illecito".

Dopo l'assegnazione del ricorso alle sezioni unite, le ricorrenti hanno presentato memoria, chiedendo un rinvio in attesa della pronuncia della Corte costituzionale sulla questione di legittimità del D.P.R. n. 327 del 2001, art. 42 bis, sollevata da questa Corte con le ordinanze nn. 441 e 442 del 13 gennaio 2014.

Motivi della decisione

1. Con il primo motivo le ricorrenti deducono la violazione dell'art. 1 del protocollo addizionale della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo e dell'art. 10 Cost., lamentando che erroneamente la Corte di appello aveva fatto applicazione dell'istituto dell'accessione invertita ritenuto non conforme al principio di legalità dalla Corte Europea dei diritti dell'Uomo; di conseguenza, dovendosi escludere l'acquisto della proprietà da parte del convenuto per effetto dell'irreversibile trasformazione, si doveva



anche escludere la decorrenza da quest'ultima del diritto al risarcimento del danno, che discendeva da un illecito permanente, quale doveva appunto considerarsi l'occupazione illegittima di un terreno da parte di un ente pubblico.

Con il secondo motivo le ricorrenti deducono la violazione dell'art. 2937 c.c., nonché il vizio di motivazione, lamentando che la Corte di appello aveva erroneamente escluso la rinuncia tacita del Comune ad avvalersi della prescrizione, malgrado lo stesso avesse posto in essere atti chiaramente incompatibili con la proposizione dell'eccezione di prescrizione, quali l'offerta ed il deposito dell'indennità di esproprio e le trattative per il componimento bonario della controversia.

Il primo motivo è fondato con conseguente assorbimento del secondo motivo.

2. L'occupazione acquisitiva (o espropriativa o appropriativa) è, come è noto, istituto di creazione giurisprudenziale risalente nella prima compiuta formulazione alla sentenza Cass. s.u. 26 febbraio 1983, n. 1464, ma con un significativo precedente in Cass. 8 giugno 1979, n. 3243. Tale pronuncia - affrontando il caso, non disciplinato dalla legge, di una occupazione protrattasi oltre i previsti termini di occupazione legittima e contrassegnata dalla irreversibile trasformazione del fondo per la costruzione di un'opera dichiarata di pubblica utilità - è stata il frutto della dichiarata ricerca di un punto di equilibrio tra la tutela dell'azione amministrativa (assicurata dall'acquisto a titolo originario in capo alla pubblica amministrazione della proprietà del suolo illegittimamente occupato e trasformato) e la tutela della proprietà privata (assicurata dall'obbligo dell'amministrazione occupante di risarcire integralmente il danno arrecato, sulla base, almeno sino all'entrata in vigore del D.L. n. 333 del 1992, art. 5 bis, comma 7 bis, del valore venale del bene). Tale pronuncia, inoltre, ha segnato il superamento del precedente orientamento in base al quale, nel caso in esame, il privato restava proprietario del bene occupato, aveva diritto soltanto al risarcimento del danno determinato dalla perdita di utilità ricavabili dalla cosa e restava soggetto alla tardiva sopravvenienza del decreto di espropriazione, ritenuto idoneo a ricollocare la fattispecie su un piano di legittimità con l'attribuzione al privato soltanto di un indennizzo (all'epoca non commisurato al valore venale del bene) (e plurimis Cass. 2 giugno 1977, n. 2234; Cass. 26 settembre 1978, n. 4323).

La giurisprudenza successiva, dopo la composizione (ad opera di Cass. s.u. 25 novembre 1992, n. 12546) del contrasto insorto circa il termine di prescrizione del diritto al risarcimento del danno, si è dovuta confrontare con il problema della compatibilità (o meglio del contrasto) dell'istituto dell'occupazione acquisitiva con l'art. 1 del protocollo addizionale alla Convenzione EDU, come interpretato dalla Corte EDU. In particolare, la Corte di Strasburgo ha censurato le forme di "espropriazione indiretta" elaborate nell'ordinamento italiano anche e soprattutto in sede giurisprudenziale (come nel caso dell'occupazione acquisitiva) e le ha configurate come illecito permanente perpetrato nei confronti di un diritto fondamentale dell'uomo, garantito dall'art. 1 citato, senza che alcuna rilevanza possa assumere in contrario il dato fattuale dell'intervenuta realizzazione di un'opera pubblica sul terreno interessato, affermando che l'acquisizione del diritto di proprietà non può mai conseguire a un illecito (v., tra le tante, le sentenze Carbonara &

Ventura c. Italia, 30 maggio 2000; Scordino c. Italia, 15 e 29 luglio 2004; Acciardi c. Italia, 19 maggio 2005; De Angelis c. Italia, 21 dicembre 2006; Pasculli c. Italia, 4 dicembre 2007). In un'altra sentenza (Scordino c. Italia n. 3, 6 marzo 2007) la Corte di Strasburgo ha affermato che "lo Stato dovrebbe, prima di tutto, adottare misure tendenti a prevenire ogni occupazione fuori legge dei terreni, che si tratti d'occupazione sine titulo dall'inizio o di occupazione inizialmente autorizzata e divenuta sine titulo



successivamente... Inoltre lo Stato convenuto deve scoraggiare le pratiche non conformi alle norme delle espropriazioni lecite, adottando disposizioni dissuasive e ricercando le responsabilità degli autori di tali pratiche. In tutti i casi in cui un terreno è già stato oggetto d'occupazione senza titolo ed è stato trasformato in mancanza di decreto d'espropriazione, la Corte ritiene che lo Stato convenuto dovrebbe eliminare gli ostacoli giuridici che impediscono sistematicamente e per principio la restituzione del terreno" (il medesimo concetto è espresso nella sentenza Carletta c. Italia, 15 luglio 2005. "il meccanismo dell'espropriazione indiretta permette in generale all'amministrazione di passare oltre le regole fissate in materia di espropriazione, col rischio di un risultato imprevedibile o arbitrario per gli interessati, che si tratti di un'illegalità dall'inizio o di un'illegalità sopraggiunta in seguito"). La Corte Europea (v. anche le sentenze Sciarrotta c. Italia, 12 gennaio 2006; Serrao c. Italia, 13 gennaio 2006; Dominici c. Italia, 15 febbraio 2006; Sciselo c. Italia, 20 aprile 2006; Cerro s.a.s. c. Italia, 23 maggio 2006) si dice anche "convinta che l'esistenza in quanto tale di una base legale non basti a soddisfare il principio di legalità", non potendo l'espropriazione indiretta comunque costituire un'alternativa ad un'espropriazione "in buona e dovuta forma".

La giurisprudenza di questa Corte successiva alle citate pronunzie della Corte EDU si è in larga parte orientata non verso l'abbandono dell'istituto dell'occupazione acquisitiva, nel frattempo presupposta, come si vedrà meglio in seguito, da alcune disposizioni di legge, ma verso la ricerca del superamento dei punti di criticità della disciplina dell'istituto rispetto ai principi affermati dalla Convenzione EDU. In questa prospettiva si collocano, anzitutto, le decisioni tese ad affermare la compatibilità dell'istituto dell'occupazione acquisitiva con il principio sancito dall'art. 1 del protocollo addizionale alla Convenzione EDU, come interpretato dalla Corte Europea dei diritti dell'uomo; a tal fine si sottolinea che l'istituto non solo ha una base legale nei principi generali dell'ordinamento, ma ha trovato previsione normativa espressa prima (settoriale) con la L. n. 458 del 1988, art. 3, e, successivamente, con il D.L. n. 333 del 1992, art. 5 bis, comma 7 bis, (introdotto dalla L. n. 662 del 1996, art. 3, comma 65) e, quindi, risulta ormai basato su regole sufficientemente accessibili, precise e prevedibili, ancorate a norme giuridiche che hanno superato il vaglio di costituzionalità ed hanno recepito (confermandoli) principi enucleati dalla costante giurisprudenza (Cass. s.u. 14 aprile 2003, n. 5902; Cass. s.u. 6 maggio 2003, n. 6853).

Altre decisioni si sono preoccupate di fissare il dies a quo del termine di prescrizione nel momento dell'emersione certa a livello legislativo dell'istituto e cioè a partire dalla legge n. 458/1988, ritenendo in tal modo soddisfatto il necessario ossequio al principio di legalità affermato in materia dalla Corte EDU (Cass. 28 luglio 2008, n. 20543; Cass. 5 ottobre 21203; Cass. 22 aprile 2010, n. 9620; Cass. 26 maggio 2010, n. 12863; Cass. 26 marzo 2013, n. 7583; Cass. 18 settembre 2013, n. 21333).

Nello stesso orientamento conservativo dell'istituto si collocano le decisioni che hanno attribuito rilievo, ai fini dell'interruzione della prescrizione del diritto al risarcimento del danno, all'offerta ed al deposito dell'indennità di espropriazione (Cass. 16 gennaio 2013, n. 923) ovvero alla richiesta di versamento del prezzo di una progettata cessione volontaria del fondo e alla richiesta dell'indennità di occupazione (Cass. 14 febbraio 2008, n. 3700).

Infine, sempre nell'ambito dell'orientamento conservativo, il problema della tutela del privato, rispetto alla incertezza del dies a quo di un termine di prescrizione collegato all'irreversibile trasformazione, è stato definitivamente superato affermando sia che



detto termine inizia a decorrere dal momento in cui il trasferimento della proprietà venga o possa essere percepito dal proprietario come danno ingiusto ed irreversibile sia che la relativa prova incombe sull'Amministrazione (Cass. 17 aprile 2014, n. 8965).

3. Nel senso del superamento dell'istituto dell'occupazione acquisitiva si sono pronunciate Cass. 14 gennaio 2013, n. 705 e Cass. 28 gennaio 2013, n. 1804. Tali decisioni hanno fondato le loro conclusioni non solo sulle pronunzie della Corte di Strasburgo, ma anche sul D.P.R. 8 giugno 2001, n. 327, art. 42 bis, (testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di espropriazione per pubblica utilità), sostenendo che tale norma sia applicabile anche ai fatti anteriori alla sua entrata in vigore e disciplini in modo esclusivo, e perciò incompatibile con l'occupazione acquisitiva, le modalità attraverso le quali, a fronte di un'utilizzazione senza titolo di un bene per scopi di pubblico interesse, è possibile - con l'esercizio di un potere basato su una valutazione degli interessi in conflitto - pervenire ad un'acquisizione non retroattiva della titolarità del bene al patrimonio indisponibile della P.A., sotto condizione sospensiva del pagamento, al soggetto che perde il diritto di proprietà, di un importo a titolo di indennizzo.

4. Si deve escludere che la questione della sopravvivenza o meno dell'istituto dell'occupazione acquisitiva per le fattispecie anteriori all'entrata in vigore del testo unico di cui al D.P.R. n. 327 del 2001, possa essere decisa, come ritenuto dalle citate Cass. nn. 705/2013 e 1804/2013, l'argomento della retroattività dell'art. 42 bis, dello stesso D.P.R.. Al riguardo, si deve rammentare che l'articolo in questione è stato aggiunto dal D.L. n. 98 del 2011, art. 34, comma 1, dopo che la Corte costituzionale, con la sentenza n. 293/2010, aveva dichiarato l'illegittimità, per eccesso di delega, dell'art. 43 del t.u., che aveva dettato una prima regolamentazione dell'acquisizione sanante.

In tale contesto deve essere letto l'art. 42 bis, comma 8, secondo cui "le disposizioni del presente articolo trovano altresì applicazione ai fatti anteriori alla sua entrata in vigore ed anche se vi è già stato un provvedimento di acquisizione successivamente ritirato o annullato, ma deve essere comunque rinnovata la valutazione di attualità e prevalenza dell'interesse pubblico a disporre l'acquisizione; in tal caso, le somme già erogate al proprietario, maggiorate dell'interesse legale, sono detratte da quelle dovute ai sensi del presente articolo". E' vero che la lettera della norma non pone limitazioni di sorta all'applicazione della stessa a fatti anteriori alla sua entrata in vigore.

L'interpretazione logica suggerisce, tuttavia, un diverso approdo.

Come si è detto, l'art. 42 bis, ha sostituito l'art. 43, del testo unico di cui al D.P.R. n. 327 del 2001, che aveva introdotto nel nostro ordinamento l'istituto dell'acquisizione sanante e che era stato espunto per eccesso di delega dalla Corte costituzionale. E' evidente, pertanto, la preoccupazione del legislatore del 2011 di assicurare alla nuova disposizione la stessa applicazione temporale già prevista per quella dettata dall'art. 43, che si inseriva in un sistema organico di norme destinato a superare l'istituto dell'occupazione acquisitiva, ma soltanto dopo il 30 giugno 2003 (data di entrata in vigore del testo unico), come confermato dall'assenza in quella norma della previsione di una applicabilità anche ai fatti anteriori alla sua entrata in vigore. Tale preoccupazione emerge, in particolare, laddove nel comma ottavo dell'art. 42 bis, è stata specificamente prevista e disciplinata l'ipotesi della avvenuta emissione di un provvedimento di acquisizione ai sensi del precedente art. 43.

Distinte considerazioni devono essere fatte per l'art. 55, del t.u.

che, con riferimento al periodo anteriore al 30 settembre 1996 (per quello successivo l'esclusione dal campo di applicazione del D.L. n. 333 del 1992, art. 5 bis, comma 7 bis, era già sufficiente ad assicurare il risarcimento del danno secondo il criterio vena-



le e senza riduzioni), disciplina il risarcimento dei danni per il caso di utilizzazione di un suolo edificabile per scopi di pubblica utilità in assenza di un valido ed efficace provvedimento di esproprio.

L'art. 55, nell'intenzione del legislatore ed indipendentemente dalla diversa lettura che se ne dovrà dare (v. infra punto n. 6 della motivazione), presupponeva l'applicabilità dell'istituto dell'occupazione acquisitiva, che è evidentemente incompatibile con l'istituto dell'acquisizione sanante, poichè questa parte dalla premessa che una acquisizione alla mano pubblica non si sia già verificata. Pertanto, solo con il superamento dell'occupazione acquisitiva, e perciò solo per il periodo successivo all'entrata in vigore del testo unico, poteva trovare applicazione il nuovo istituto, disciplinato prima dall'art. 43, e, poi, dall'art. 42 bis.

E' chiaro, tuttavia, che l'originaria incompatibilità, storicamente certa, tra la disciplina dettata dall'art. 42 bis, e quella dettata dall'art. 55, è destinata a venire meno con una diversa lettura di quest'ultima disposizione suggerita, come si dirà tra breve, dal contrasto dell'occupazione acquisitiva con i principi affermati dall'art. 1 del protocollo addizionale alla Convenzione EDU. Resta però il fatto che l'art. 42 bis, non può essere individuato come la causa dell'espunzione dall'ordinamento dell'istituto dell'occupazione acquisitiva e si apre, invece, il diverso problema, non rilevante in questa sede, se per effetto dell'espunzione dell'istituto, determinata da una diversa causa, possa ipotizzarsi, alla stregua dei principi in tema di applicazione della legge ai fatti anteriori alla sua entrata in vigore ed ai rapporti da tali fatti generati, un ampliamento temporale del campo di applicazione dell'art. 42 bis, che non troverebbe più il limite derivante da situazioni in cui è già avvenuta l'acquisizione alla mano pubblica, ma eventualmente il limite, da verificare, dell'irretroattività della nuova disciplina oltre la decorrenza da essa desumibile e come sopra individuata.

5. Il contrasto dell'istituto dell'occupazione acquisitiva con l'art. 1, del protocollo addizionale alla Convenzione EDU è sufficiente per escluderne la sopravvivenza nel nostro ordinamento.

La sussistenza di tale contrasto è stata già riconosciuta da queste Sezioni unite con le ordinanze nn. 441 e 442 del 13 gennaio 2014 con cui è stata ritenuta rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale del citato art. 42 bis in relazione agli artt. 3, 24, 42, 97, 111 e 117 Cost., anche alla luce dell'art. 6, e dell'art. 1, del protocollo addizionale della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. In tali ordinanze, infatti, questa Corte ha dato atto che la Corte EDU ha dichiarato più volte "in radicale contrasto con la Convenzione il principio dell'espropriazione indiretta, con la quale il trasferimento della proprietà del bene dal privato alla p.a. avviene in virtù della constatazione della situazione di illegalità o illiceità commessa dalla stessa Amministrazione, con l'effetto di convalidarla; di consentire a quest'ultima di trarre vantaggio; nonchè di passare oltre le regole fissate in materia di espropriazione, con il rischio di un risultato imprevedibile o arbitrario per gli interessati. E nella categoria suddetta la Corte ha sistematicamente inserito... l'ipotesi corrispondente alla c.d.

occupazione espropriativa... ritenendo ininfluenza che una tale vicenda sia giustificata soltanto dalla giurisprudenza, ovvero sia consentita mediante disposizioni legislative, come è avvenuto con la L. n. 458 del 1988".

Tale contrasto deve essere qui ribadito, sottolineando che il contrario orientamento conservativo ha eliminato nel tempo i punti di criticità connessi alla prescrizione del diritto al risarcimento del danno, ma nulla poteva fare rispetto alla esclusione del diritto alla restituzione, portato intrinseco dell'istituto dell'occupazione acquisitiva, che



la Corte di Strasburgo, come sopra riferito (v sopra n. 2), ha ritenuto incompatibile con l'art. 1, della Convenzione EDU, affermando che lo Stato "dovrebbe eliminare gli ostacoli giuridici che impediscono sistematicamente e per principio la restituzione del terreno" (Scordino c. Italia n. 3, 6 marzo 2007; Sciarrotta c. Italia, 12 gennaio 2006; Carletta c. Italia, 15 luglio 2005). Il contrasto, del resto, è stato affermato anche dalla Corte costituzionale con la sentenza 8 ottobre 2010, n. 293, rilevando - anche se solo in un obiter dictum, considerato che l'illegittimità del D.P.R. n. 327 del 2001, art. 43, è stata dichiarata per eccesso di delega - che la Corte di Strasburgo, "sia pure incidentalmente, ha precisato che l'espropriazione indiretta si pone in violazione del principio di legalità, perchè non è in grado di assicurare un sufficiente grado di certezza e permette all'amministrazione di utilizzare a proprio vantaggio una situazione di fatto derivante da azioni illegali, e ciò sia allorchè essa costituisca conseguenza di un'interpretazione giurisprudenziale, sia allorchè derivi da una legge - con espresso riferimento all'art. 43 del t.u. qui censurato - in quanto tale forma di espropriazione non può comunque costituire un'alternativa ad un'espropriazione adottata secondo buona e debita forma (causa Sciarrotta ed altri c. Italia - Terza Sezione - sentenza 12 gennaio 2006 - ricorso n. 14793/02)".

6. Le conseguenze della contrarietà dell'istituto dell'occupazione acquisitiva con i principi affermati dall'art. 1 del protocollo addizionale alla Convenzione EDU devono essere individuate sulla base di quanto stabilito dalla Corte costituzionale con le sentenze nn. 348 e 349 del 2007 e 338 del 2011: le norme interne in contrasto gli obblighi internazionali sanciti dall'art. 1 del primo protocollo addizionale alla CEDU, che il legislatore è tenuto a rispettare in forza dell'art. 117 Cost., comma 1, non possono essere disapplicate dal giudice nazionale che deve verificare la possibilità di risolvere il problema in via interpretativa, rimettendo, in caso contrario, la questione alla Corte costituzionale.

Orbene, nella specie, come chiarito in precedenza, l'istituto dell'occupazione acquisitiva è stato elaborato dalla giurisprudenza e, successivamente, è stato presupposto da diverse disposizioni di legge. Pertanto, una volta accertata la contrarietà dell'istituto con i principi della Convenzione EDU, occorre stabilire, da un lato, se l'interpretazione della giurisprudenza sulle conseguenze dell'illecita utilizzazione sia o meno la sola consentita dal sistema e, dall'altro, se le norme che hanno dato "copertura" all'istituto possano o meno essere "sganciate" da questo ed essere oggetto di una diversa interpretazione.

Al primo interrogativo si deve dare certamente risposta positiva poichè la c.d. accessione invertita rappresenta una eccezione rispetto alla normale disciplina degli effetti di una occupazione illegittima cui consegue ordinariamente il diritto del soggetto sprossessato di richiedere la restituzione. Tale eccezione si fondava sulla esistenza, affermata in via interpretativa, di un principio generale, del quale sarebbero stati espressione l'art. 936 c.c. e ss., in base al quale, nel caso di opere fatte da un terzo su un terreno altrui, la proprietà sia del suolo sia della costruzione viene attribuita al soggetto portatore dell'interesse ritenuto prevalente, con la precisazione che il principio opera anche in caso di attività illecita posta in essere dalla P.A. e che quest'ultima deve essere individuata come il soggetto portatore dell'interesse prevalente quando viene realizzata un'opera dichiarata di pubblica utilità. La giurisprudenza della Corte EDU fa, tuttavia, cadere il presupposto della possibilità di affermare in via interpretativa che da una attività illecita della P.A. possa derivare la perdita del diritto di proprietà da parte del privato. Caduto tale presupposto, diviene applicabile lo schema generale degli artt. 2043 e 2058 c.c., il quale non solo non consente l'acquisizione autoritativa del



bene alla mano pubblica, ma attribuisce al proprietario, rimasto tale, la tutela reale e cautelare apprestata nei confronti di qualsiasi soggetto dell'ordinamento (restituzione, riduzione in pristino stato dell'immobile, provvedimenti di urgenza per impedirne la trasformazione ecc), oltre al consueto risarcimento del danno, ancorato ai parametri dell'art. 2043 c.c.: esattamente come sinora ritenuto per la c.d. occupazione usurpativa (e plurimis Cass. s.u. 19 maggio 1982; Cass. s.u. 4 marzo 1997, n. 1907; Cass. 12 dicembre 2001, n. 15710; Cass. 3 maggio 2005, n. 9173; Cass. 15 settembre 2005, n. 18239; Cass. s.u. 25 giugno 2009, n. 14886; Cass. 25 gennaio 2012, n. 1080).

Con riferimento al secondo interrogativo si devono prendere in considerazione le seguenti disposizioni:

- L. n. 458 del 1988, art. 3, comma 1: "il proprietario del terreno utilizzato per finalità di edilizia residenziale pubblica, agevolata e convenzionata, ha diritto al risarcimento del danno causato da provvedimento espropriativo dichiarato illegittimo con sentenza passata in giudicato, con esclusione della retrocessione del bene" (disposizione che la Corte costituzionale, con la sentenza 27 dicembre 1991, n. 486, ha esteso al proprietario del terreno utilizzato per finalità di edilizia residenziale pubblica senza che sia stato emesso alcun provvedimento di esproprio);

- L. n. 413 del 1991, art. 11, commi 5 e 7, che, ai fini della determinazione della base imponibile per l'imposta sul reddito, prendono in considerazione, rispettivamente, "le plusvalenze conseguenti alla percezione, da parte di soggetti che non esercitano imprese commerciali,... di somme comunque dovute per effetto di acquisizione coattiva conseguente ad occupazioni di urgenza divenute illegittime" e il "risarcimento danni da occupazione acquisitiva";

- D.L. n. 333 del 1992, art. 5 bis, comma 7 bis: "in caso di occupazioni illegittime di suoli per causa di pubblica utilità, intervenute anteriormente al 30 settembre 1996, si applicano, per la liquidazione del danno, i criteri di determinazione dell'indennità di cui al comma 1, con esclusione della riduzione del 40 per cento.

In tal caso l'importo del risarcimento è altresì aumentato del 10 per cento. Le disposizioni di cui al presente comma si applicano anche ai procedimenti in corso non definiti con sentenza passata in giudicato" (comma dichiarato costituzionalmente illegittimo da Corte cost. n. 349/2007);

- D.P.R. n. 327 del 2001, art. 55, comma 1: "nel caso di utilizzazione di un suolo edificabile per scopi di pubblica utilità, in assenza del valido ed efficace provvedimento di esproprio alla data del 30 settembre 1996, il risarcimento del danno è liquidato in misura pari al valore venale del bene" (comma introdotto dalla L. n. 244 del 2007, art. 2, comma 89, lett. e), dopo che la Corte costituzionale, con la citata decisione n. 349/2007, presupponendo implicitamente esistente e costituzionalmente legittima la c.d.

occupazione acquisitiva, aveva dichiarato l'illegittimità costituzionale del D.L. n. 333 del 1992, art. 5 bis, comma 7 bis, che determinava il risarcimento del danno in misura inferiore al valore venale del bene);

La prima delle menzionate disposizioni, escludendo la retrocessione (da intendersi nel senso di restituzione, come precisato da Cass. 3 aprile 1990, n. 2712), presuppone evidentemente che alla trasformazione irreversibile dell'area consegua necessariamente l'acquisto della stessa da parte chi ha realizzato le opere. La disposizione, tuttavia, non ha carattere generale, essendo limitata alla utilizzazione dei suoli per finalità di edilizia residenziale pubblica, agevolata e convenzionata. La disposizione, inoltre, come chiarito da Cass. s.u. 25 novembre 1992, n. 12546, si riferisce ad una fattispecie che non può ricondursi all'istituto dell'occupazione acquisitiva, mancando due caratteri fon-



damentali di questa e cioè sia l'irreversibile destinazione del suolo privato a parte integrante di un'opera pubblica (bene demaniale o patrimoniale indisponibile) sia l'appartenenza a un soggetto pubblico. Ovviamente, non ci si può nascondere che tale disposizione è stata ritenuta, sinora, il punto di emersione a livello normativo del fenomeno dell'occupazione acquisitiva, del quale il legislatore avrebbe preso atto, estendendone il campo di applicazione. Tuttavia, nel momento in cui deve essere verificata la possibilità di risolvere in via interpretativa il contrasto tra l'istituto dell'occupazione acquisitiva ed i principi dettati dall'art. 1, del protocollo addizionale alla Convenzione EDU, non si può non rilevare che la lettera della disposizione (abrogata dal D.P.R. n. 327 del 2001, art. 58, a decorrere dall'entrata in vigore dello stesso D.P.R. e, per questo, ancora applicabile alle espropriazioni la cui dichiarazione di pubblica utilità è anteriore al 30 giugno 2003) si riferisce soltanto alle utilizzazioni per finalità di edilizia residenziale pubblica, agevolata e convenzionata, ipotesi non solo nella specie non ricorrente, ma non rientrante neppure, come si è detto, nell'ambito della figura dell'occupazione acquisitiva elaborata dalla giurisprudenza. Ne consegue, indipendentemente dalla configurabilità o meno in relazione a dette finalità di una funzione sociale della proprietà da valutare alla luce dell'art. 42 Cost., l'irrilevanza nel caso in esame di una questione di legittimità costituzionale della L. n. 458 del 1988, art. 3, comma 1, in relazione al disposto dell'art. 117 Cost., comma 1.

Le sopra riportate disposizioni tributarie non disciplinano l'istituto dell'occupazione acquisitiva, ma le conseguenze sul piano fiscale della erogazione del risarcimento. Il che significa che il fisco prende in considerazione soltanto "dall'esterno", come un dato di fatto, le erogazioni derivanti da una occupazione, che solo a fini descrittivi della fattispecie viene qualificata come acquisitiva, senza che le predette disposizioni ne disciplinino gli elementi costitutivi e l'effetto della c.d. accessione invertita. Ne consegue che l'espunzione dell'istituto dall'ordinamento non contrasta con dette disposizioni, che restano applicabili per il solo fatto che, su domanda del danneggiato e con implicita rinuncia al diritto di proprietà, via sia stata l'erogazione del risarcimento. Per quanto concerne il D.P.R. n. 327 del 2001, art. 55, (non occorre invece considerare il D.L. n. 333 del 1992, art. 5 bis, comma 7 bis, in quanto, come si è detto, dichiarato costituzionalmente illegittimo, ma per il quale varrebbe lo stesso ragionamento), si deve osservare che tale disposizione, pur avendo storicamente presupposto una occupazione acquisitiva, non richiede necessariamente un contesto nel quale l'occupazione dia luogo all'acquisizione del terreno alla mano pubblica con esclusione restituzione al proprietario. La norma, infatti, prende in considerazione il risarcimento del danno eventualmente spettante al proprietario in caso di illecita utilizzazione del suo terreno, ma non esclude affatto la possibilità di una restituzione del bene illecitamente utilizzato dall'Amministrazione. In altre parole, la disposizione in esame, sebbene vista in passato come copertura normativa dell'istituto creato dalla giurisprudenza, può e deve essere letta oggi come sganciata dall'occupazione acquisitiva e perciò come se in essa fosse presente l'inciso "ove non abbia luogo la restituzione" e non più, secondo la lettura data in precedenza, come se in essa fosse presente l'inciso "non essendo possibile la restituzione".

7. In conclusione, alla luce della costante giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo, quando il decreto di esproprio non sia stato emesso o sia stato annullato, l'occupazione e la manipolazione del bene immobile di un privato da parte dell'Amministrazione si configurano, indipendentemente dalla sussistenza o meno di una dichiarazione di pubblica utilità, come un illecito di diritto comune, che determina non il trasferimento della proprietà in capo all'Amministrazione, ma la responsabi-



lità di questa per i danni. In particolare, con riguardo alle fattispecie già ricondotte alla figura dell'occupazione acquisitiva, viene meno la configurabilità dell'illecito come illecito istantaneo con effetti permanenti e, conformemente a quanto sinora ritenuto per la c.d. occupazione usurpativa, se ne deve affermare la natura di illecito permanente, che viene a cessare solo per effetto della restituzione, di un accordo transattivo, della compiuta usucapione da parte dell'occupante che lo ha trasformato, ovvero della rinuncia del proprietario al suo diritto, implicita nella richiesta di risarcimento dei danni per equivalente. A tale ultimo riguardo, dissipando i dubbi espressi dall'ordinanza di rimessione, si deve escludere che il proprietario perda il diritto di ottenere il controvalore dell'immobile rimasto nella sua titolarità. Infatti, in alternativa alla restituzione, al proprietario è sempre concessa l'opzione per una tutela risarcitoria, con una implicita rinuncia al diritto dominicale sul fondo irreversibilmente trasformato (cfr. e plurimis, in tema di occupazione c.d. usurpativa, Cass. 28 marzo 2001, n. 4451 e Cass. 12 dicembre 2001, n. 15710); tale rinuncia ha carattere abdicativo e non traslativo: da essa, perciò, non consegue, quale effetto automatico, l'acquisto della proprietà del fondo da parte dell'Amministrazione (Cass. 3 maggio 2005, n. 9173; Cass. 18 febbraio 2000 n. 1814).

La cessazione dell'illecito può aversi, infine, per effetto di un provvedimento di acquisizione reso dall'Amministrazione, ai sensi dell'art. 42 bis del t.u. di cui al D.P.R. n. 327 del 2001, con l'avvertenza che per le occupazioni anteriori al 30 giugno 2003 l'applicabilità dell'acquisizione sanante richiede la soluzione positiva della questione, qui non rilevante, sopra indicata al punto n. 4 della motivazione.

Per quanto sinora detto, in accoglimento del primo motivo di ricorso, la sentenza impugnata deve essere cassata con rinvio alla Corte di appello di Reggio Calabria che dovrà attenersi al seguente principio di diritto: "l'illecito spossessamento del privato da parte della p.a. e l'irreversibile trasformazione del suo terreno per la costruzione di un'opera pubblica non danno luogo, anche quando vi sia stata dichiarazione di pubblica utilità, all'acquisto dell'area da parte dell'Amministrazione ed il privato ha diritto a chiederne la restituzione salvo che non decida di abdicare al suo diritto e chiedere il risarcimento del danno. Il privato, inoltre, ha diritto al risarcimento dei danni per il periodo, non coperto dall'eventuale occupazione legittima, durante il quale ha subito la perdita delle utilità ricavabili dal terreno e ciò sino al momento della restituzione ovvero sino al momento in cui ha chiesto il risarcimento del danno per equivalente, abdicando alla proprietà del terreno. Ne consegue che la prescrizione quinquennale del diritto al risarcimento dei danni decorre dalle singole annualità, quanto al danno per la perdita del godimento, e dalla data della domanda, quanto alla reintegrazione per equivalente".

P.Q.M.

accoglie il primo motivo di ricorso e dichiara assorbito il secondo;
cassa la sentenza impugnata e rinvia, anche per le spese del giudizio di cassazione, alla Corte di appello di Reggio Calabria in diversa composizione.

Così deciso in Roma, nella Camera di Consiglio, il 21 ottobre 2014.

Depositato in Cancelleria il 19 gennaio 201

