

JUS CIVILE

Rivista a cura di Rosalba Alessi, Carmelita Camardi, Massimo Confortini, Carlo Granelli, Mario Trimarchi



1-2018

gennaio-febbraio



G. Giappichelli Editore

I contributi, inviati alla Rivista per la pubblicazione, sono soggetti a revisione tra pari a doppio cieco (*double blind*). È, quindi, garantito l'anonimato dei valutatori e dei valutati.

Vengono sottoposti a revisione tutti i contributi costituenti Articoli e saggi, inseriti in una delle voci tematiche. Soltanto in casi eccezionali, i curatori assumono la responsabilità diretta della pubblicazione con adeguata motivazione.

Il Comitato dei revisori è costituito, esclusivamente, da professori ordinari dell'area privatistica, indicati in un apposito elenco pubblicato.

La revisione è affidata a due membri del Comitato dei revisori, scelti a rotazione dai curatori in base alle indicazioni di settore fatte da ciascun componente.

Il *referee* è tenuto a compilare la scheda di valutazione. È garantita la piena autonomia dei revisori rispetto alla Direzione della Rivista.



INDICE

pag.

Giurisprudenza italiana

Il *dies a quo* della prescrizione dell'azione di annullamento esperita dagli eredi del contraente caduto in errore *
Cass., Sez. II., 16 settembre 2016, n. 18248
di *Abigail Owusu* 1

Articoli e Saggi

Le nuove dinamiche assicurative nella relazione di cura: note a margine della l. 8.3.2017, n. 24 *
di *Salvatore Monticelli* 10

Il danno da perdita del rapporto parentale: profili problematici e (ir)rilevanza del luogo di residenza del danneggiato ai fini della liquidazione *
di *José Criscuolo* 22

Status filiationis e tutele dei figli non riconosciuti e non riconoscibili *
di *Eugenio Fazio* 31

Danni punitivi: oltre la delibazione di sentenze straniere? **
di *Giulio Ponzanelli* 42

L'ultimo corso di lezioni di Salvatore Pugliatti: "Diritto civile e diritto amministrativo" **
di *Mario Trimarchi* 47

Intorno alla *compensatio lucri cum damno* **
di *Giorgio De Nova* 54

* Contributo sottoposto a revisione.

** I curatori, valutata la rilevanza del contributo, assumono la responsabilità diretta della pubblicazione.

JUS CIVILE



Note per una revisione dell'istituto dell'adozione **
di *Cesare Massimo Bianca*

60

Recensioni

M. Confortini (a cura di), *Clausole negoziali. Profili teorici e applicativi di clausole negoziali tipiche e atipiche*, Utet, Torino, 2017

di *Francesco Benatti*

65



Nel caso in cui l'azione di annullamento del contratto per errore sia esercitata dagli eredi del contraente che si asserisce essere caduto in errore, ai fini della decorrenza della prescrizione dell'azione in base alla previsione dell'art. 1442 c.c., comma 2, rileva anche la scoperta ad opera degli eredi, ove la stessa intervenga in epoca successiva alla morte dell'originaria parte contraente, rimasta ignara dell'errore.

...*Omissis*...

Diritto

MOTIVI DELLA DECISIONE

Con il primo motivo di ricorso si denuncia la violazione dei principi generali dell'ordinamento in materia di successione a titolo universale, ed in particolare dell'art. 588 c.c., nonché degli artt. 1442 e 2697 c.c. Evidenziano che solo a seguito della costituzione in giudizio del Comune dinanzi al Tribunale di Modena, si era dedotto che i terreni oggetti di causa in realtà non erano mai stati ricompresi nel PEEP, sicché avevano immediatamente richiesto pronunziarsi l'annullamento del contratto, del quale avevano inizialmente richiesto la declaratoria di invalidità, nullità o inefficacia invocando la presupposizione, per il vizio del volere rappresentato dall'errore.

La Corte distrettuale ha tuttavia affermato che era maturata la prescrizione dell'impugnativa negoziale, in quanto gli attori, che avevano agito in qualità di eredi del genitore, e che non avevano preso parte al contratto, avevano fatto decorrere il termine di prescrizione dalla loro conoscenza del mancato inserimento dei beni nel PEEP, laddove avrebbero invece dovuto dimostrare che era il genitore ad ignorare tale circostanza.

Assumono i ricorrenti che opinando in tal modo, la sentenza impugnata avrebbe violato il precetto di cui all'art. 1442 c.c., che appunto per l'ipotesi di errore, fa decorrere la prescrizione dell'azione di annullamento a far data dalla scoperta dell'errore stesso, che nel caso di specie era avvenuta solo a seguito della lettura delle difese del Comune.

Peraltro, alla luce del contenuto del contratto di vendita, doveva ritenersi provata la circostanza che il venditore fosse in errore alla data del contratto, sicché, una volta dimostrata tale circostanza, alcun rilievo poteva avere il fatto che ad agire per l'annullamento fossero gli attori in qualità di eredi dell'originaria parte contraente.

Infatti, in base alle regole generali in materia di successione universale, l'erede può esercitare tutte le azioni spettanti al *de cuius*, e quindi, ove la conoscenza dell'errore intervenga dopo la morte del contraente, ad opera dei suoi eredi, ben possono questi ultimi instare per l'annullamento del contratto, nel rispetto del termine quinquennale dall'intervenuta conoscenza.

(*Omissis*)

Con il secondo motivo di ricorso lamentano, sempre in relazione all'affermazione della Corte distrettuale, circa la prova della conoscenza della mancata inclusione dei beni nel PEEP, l'omessa o quantomeno insufficiente motivazione circa un fatto controverso e decisivo, in quanto la valutazione offerta sul punto dalla sentenza impugnata non aveva evidentemente tenuto conto dei documenti in atti.

In particolare il contratto di cessione del 18 giugno 1968, così come la delibera autorizzativa dell'atto adottata dal Consiglio Comunale di Modena in data 9/3/1965 n. 233, prevedevano che i beni fossero stati inseriti nel PEEP, e precisamente in quello approvato con d.m. 10 ottobre 1967, n.

JUS CIVILE



1259. La stessa delib., oltre a richiamare nell'oggetto, l'esigenza di provvedere all'acquisto di un terreno da destinare all'edilizia economica e popolare, nella premessa ribadiva che le aree acquisende erano da destinare allo sviluppo dell'edilizia economica e popolare, e nel testo si precisava poi che il bene aveva formato oggetto di vincolo in base alla l. n. 167, e che nella determinazione del prezzo di acquisto, come elemento di carattere essenziale, si era tenuto conto appunto del detto vincolo.

L'esame di tali documenti avrebbe quindi permesso alla Corte di merito di riscontrare che effettivamente, sebbene in maniera erronea, il B. riteneva che il terreno veduto era ricompreso nel PEEP, sicché, ravvisata la prova dell'errore in capo al contraente, la prescrizione non poteva che decorrere dal momento in cui gli attori avevano appreso del mancato inserimento del bene nel detto piano.

(*Omissis*).

Con i primi tre motivi di ricorso, gli attori investono nel complesso la statuizione con la quale i giudici di appello hanno disatteso la domanda di annullamento per errore del contratto, sul presupposto della sua prescrizione.

L'ordine logico delle questioni impone però in via preliminare la disamina del terzo motivo di ricorso che investe a monte la stessa ammissibilità della domanda in esame, in quanto avanzata solo in corso di causa, ed a seguito della affermazione contenuta negli scritti difensivi dell'ente locale circa il fatto che il bene oggetto della compravendita non rientrava tra quelli inclusi nel PEEP. Tuttavia, il motivo deve essere dichiarato inammissibile per difetto di interesse.

La Corte distrettuale, infatti, pur manifestando alcune perplessità in ordine alla ammissibilità della domanda di annullamento, in ragione della sede in cui era stata avanzata e del suo contenuto, tuttavia ha ritenuto di dover prescindere da tali rilievi pregiudiziali, pervenendo ad una decisione nel merito, ancorché di rigetto in ragione della ritenuta prescrizione.

Deve pertanto reputarsi che abbia implicitamente opinato per la sua ammissibilità, e che conseguentemente i ricorrenti siano privi di interesse a dolersi circa una affermazione dei giudici di appello svolta *ad abundantiam*, ma che comunque non ha inciso sul concreto contenuto della decisione, che è appunto una statuizione di merito.

I primi due motivi di ricorso invece, per evidente connessione logico-argomentativa vanno esaminati congiuntamente, in quanto tesi a contestare le ragioni per le quali la Corte bolognese ha ritenuto prescritta la domanda di annullamento del contratto.

La peculiarità della vicenda risiede nel fatto che il contratto di cui si chiede l'annullamento, peraltro non da parte dell'originario contraente, ma dai suoi eredi, risale al 1968, laddove la domanda risulta avanzata solo nel 1993, a distanza di oltre venticinque anni dalla sua conclusione.

A fronte della deduzione di parte ricorrente, secondo cui, dovendo trovare applicazione la previsione di cui all'art. 1442 c.c., che in tema di errore fa decorrere il termine prescrizione quinquennale dalla scoperta dell'errore stesso, la data di inizio della prescrizione doveva individuarsi in quella di deposito della comparsa di risposta del Comune, nella quale si affermava che in realtà il terreno oggetto di causa, contrariamente a quanto ritenuto dal dante causa degli attori, non era mai stato incluso nel PEEP, la sentenza impugnata ha invece affermato che la conoscenza dell'errore era del tutto irrilevante, e che in realtà gli attori avrebbero dovuto provare che era il loro genitore ad ignorare la circostanza *de qua*, aggiungendosi poi che tale prova non era stata fornita.

La conclusione dei giudici di merito non può essere condivisa.

Ed, invero, conformemente a quanto dedotto nel motivo di ricorso, è indubbio che le azioni di impugnativa contrattuale, quale per l'appunto anche quella di annullamento per errore, ove abbiano ad oggetto rapporti patrimoniali suscettibili di trasmissione *iure hereditatis*, siano destinate a transitare nel patrimonio degli eredi universali, legittimati come tali a farle valere, ancorché al fine di lamentare il vizio che ha inficiato la volontà del loro dante causa (cfr. per l'esercizio dell'azione

JUS CIVILE



di annullamento per incapacità naturale da parte degli eredi Cass. n. 25819/2013).

Se tuttavia la scoperta del vizio, cui la norma subordina l'inizio della decorrenza del termine prescrizionale, avvenga in epoca successiva alla morte del contraente, è evidente che la riferibilità soggettiva dell'evento non appare più attribuibile alla parte ormai deceduta, ma debba essere rapportata alla persona degli eredi, che in quanto subentrati nel complesso delle situazioni giuridiche attive e passive facenti capo al *de cuius*, appaiono essere gli unici legittimati a far valere anche l'azione di annullamento, una volta che se ne siano manifestati i presupposti.

In tal senso appare erronea l'affermazione della Corte distrettuale secondo cui sarebbe del tutto ininfluenza la conoscenza dell'errore da parte degli eredi, non avendo gli stessi preso parte al contratto, in quanto la stessa, presa nella sua assolutezza, verrebbe a determinare la perdita di un diritto in capo al titolare, anche laddove il mancato esercizio, come nelle ipotesi previste dall'art. 1442 c.c., dipenda da particolari impedimenti, che ancorché di fatto, sono stati ritenuti dal legislatore, con la previsione de qua, idonei a determinare uno spostamento in avanti del *dies a quo* della prescrizione, per evidenti e condivisibili esigenze di tutela del contraente, la cui volontà risulti viziata.

Ed, invero, a seguire il ragionamento dei giudici di appello, e che cioè la conoscenza avutasi da parte degli eredi sia del tutto ininfluenza, ove il decesso del contraente intervenga prima della scoperta del vizio, e sebbene al *de cuius* non sia imputabile alcuna colpevole inerzia nella tutela del suo diritto, ciò malgrado, nel caso in cui la scoperta dell'errore sia effettuata dagli eredi dopo cinque anni dalla stipula del contratto, egualmente sarebbe preclusa la possibilità di agire per l'annullamento del contratto viziato.

In effetti tale affermazione, di cui si palesa evidente l'incompatibilità con i principi in materia successoria, in ordine al riconoscimento della trasmissione in favore degli eredi anche delle impugnative negoziali, appare poi temperata dalla sentenza impugnata con l'ulteriore asserzione secondo cui in realtà gli appellanti avrebbero dovuto provare che il comune dante causa era caduto in errore, aggiungendo che tale prova non era stata fornita, pretendendo le parti semplicemente di fruire di uno slittamento in avanti di ben venticinque anni del termine prescrizionale dell'azione di annullamento.

Orbene, mentre la prima affermazione, circa l'ininfluenza della scoperta dell'errore in capo agli eredi, allorché tale scoperta sia avvenuta dopo la morte del contraente, risulta in evidente violazione dei principi giuridici in materia successoria, la seconda appare invece viziata sotto il profilo della insufficienza della motivazione, rivelandosi il frutto di un'apodittica considerazione, che prescinde del tutto dalla disamina degli elementi probatori raccolti in corso di causa.

Reputa il Collegio che, a contrario, proprio dal tenore del contratto di cui viene chiesto l'annullamento, unitamente con quello della delibera del Consiglio comunale di autorizzazione alla stipula dell'atto di vendita, emerge che si è reiteratamente dato atto che il terreno alienato con l'atto in esame (e non solo quelli oggetto dei precedenti atti di vendita intervenuti tra le medesime parti nel marzo e nel luglio del 1967) era incluso nel PEEP (cfr. in tal senso la premessa dell'atto di compravendita, l'art. 7 del contratto - ove oltre a richiamarsi i benefici fiscali previsti dalla l. n. 167 del 1962, in ragione della destinazione del terreno acquistato allo sviluppo edilizio urbanistico, edilizio e popolare della zona, nell'ultimo capoverso si afferma espressamente che il terreno appartiene al PEEP di cui al d.m. n. 1259 del 1967 - ovvero l'art. 7 della delib., nel quale si riconosce espressamente che il terreno compravenduto ha formato oggetto del vincolo di cui alla l. n. 167 e che di ciò si è tenuto conto nella determinazione del prezzo di compravendita). Orbene, costituisce principio già affermato dalla giurisprudenza di questa Corte (cfr. Cass. n. 4293/1997), quello secondo cui, poiché la localizzazione delle aree da destinare a edilizia residenziale pubblica, con l'eventualità che le stesse siano oggetto di procedura ablativa discende direttamente dalla legge, nell'ipotesi in cui l'ammini-

JUS CIVILE



strazione comunale acquisti dal privato tali aree, la suddetta eventualità (di ricorso a procedura ablativa), ancorché non specificamente rappresentata, non può non rilevare come presupposto oggettivo di tutta l'operazione negoziale, presupposto da ricollegarsi al principio di buona fede contrattuale, più che a presunte determinazioni volitive delle parti (nella specie in presenza di un'area di proprietà di un privato e destinata a interventi di edilizia economica e popolare acquistata dal Comune che l'aveva successivamente ionizzata e rivenduta a privati ad un prezzo di molto superiore a quello d'acquisto, la Corte ha cassato per vizi di motivazione la sentenza di merito che aveva rigettato le domande del privato intese ad ottenere la risoluzione dell'originario contratto di compravendita in applicazione dei principi in materia di presupposizione, ovvero l'annullamento del suddetto contratto per vizi del consenso).

Ebbene in presenza di un costante e reiterato riferimento negli atti contrattuali ad una specifica qualità del bene compravenduto, idonea ad influenzare potenzialmente anche la manifestazione del consenso del venditore, risulta quindi del tutto apodittica, ed in ogni caso svincolata dalla puntuale disamina degli elementi probatori, l'affermazione del giudice di appello secondo cui non sarebbe stata offerta la prova dell'ignoranza dell'errore da parte del venditore.

Per l'effetto la sentenza deve essere cassata con rinvio ad altra sezione della Corte d'Appello di Bologna, affinché, previo riesame dei fatti di causa verifichi se il dante causa degli attori era o meno in errore circa la mancata inclusione del terreno venduto nel PEEP, attenendosi comunque al seguente principio di diritto: “nel caso in cui l'azione di annullamento del contratto per errore sia esercitata dagli eredi del contraente che si asserisce essere caduto in errore, ai fini della decorrenza della prescrizione dell'azione in base alla previsione dell'art. 1442 c.c., comma 2, rileva anche la scoperta ad opera degli eredi, ove la stessa intervenga in epoca successiva alla morte dell'originaria parte contraente, rimasta ignara dell'errore”.

(Omissis).

Del pari fondato si palesa il sesto motivo, in quanto l'interesse alla caducazione del contratto deve prescindere dal fatto che le prestazioni non fossero tra loro corrispettive, analogamente al caso di nullità, ove l'interesse può ravvisarsi anche in quello alla rimozione del vincolo contrattuale.

Inoltre, il richiamo alle difese di cui alla comparsa conclusionale in grado di appello, fatto dalla Corte bolognese per giustificare la carenza di interesse, ove raffrontate con le argomentazioni sviluppate nel motivo, appare parziale e non tiene conto del reale tenore delle difese, quali riportate in ricorso, posto che con le stesse si intendeva contestare in ogni caso che il prezzo corrispondesse all'effettivo valore di mercato.

Tale considerazione trova poi conforto anche nella delibera consiliare, nella quale si dà atto che alla determinazione del prezzo si è pervenuti tenendo conto della natura dei beni da acquistare, affermazione questa che allude chiaramente ad una stima che teneva conto del vincolo di cui alla L. n. 167, legata alla potenzialità che il bene potesse essere sottoposto ad espropriazione, e che lascia intendere che non sia stato determinato secondo il criterio del valore di mercato. Trattasi di elemento che risulta essere stato del tutto omesso nella valutazione compiuta da parte della Corte bolognese e che ha indubbiamente influito nella conclusione per la quale il venditore non avrebbe subito alcun depauperamento dalla vendita a raffronto con una vendita avvenuta secondo le regole del libero mercato.

(Omissis).

In ragione dell'accoglimento dei primi due motivi di ricorso e dei motivi da quattro a sei, si impone la cassazione della sentenza impugnata con rinvio ad altra sezione della Corte d'Appello di Bologna che si atterrà ai suesposti principi, provvedendo altresì in merito alle spese del giudizio di legittimità.



ABIGAIL OWUSU

Dottoranda di ricerca – Università di Verona

IL *DIES A QUO* DELLA PRESCRIZIONE DELL'AZIONE DI ANNULLAMENTO ESPERITA DAGLI EREDI DEL CONTRAENTE CADUTO IN ERRORE

SOMMARIO: 1. Il caso. – 2. La trasmissibilità mortis causa dei rapporti contrattuali. – 3. L'annullamento per errore sulla destinazione del bene compravenduto. – 4. Sul dies a quo della prescrizione dell'azione di annullamento per errore. – 5. Considerazioni conclusive.

1. – Nel 1968, il proprietario di un terreno, nella convinzione che il fondo sia destinato allo sviluppo edilizio, urbanistico e popolare della zona, lo vende al Comune sul territorio del quale il fondo medesimo insiste. Successivamente gli eredi dell'alienante e la titolare dell'usufrutto uxorio chiedono l'annullamento del contratto di compravendita per errore, ai sensi dell'art. 1427 cod. civ, asserendo di aver appreso solo in corso di causa la mancata inclusione *ab origine* nel PEEP del bene oggetto della compravendita.

Poiché la domanda di annullamento veniva proposta nel 1993, quindi a distanza di oltre venticinque anni dalla conclusione del contratto, la controparte eccepisce la prescrizione dell'azione di annullamento, considerando quale *dies a quo* la data di conclusione del contratto e non quella della scoperta dell'errore, come previsto invece dall'art. 1442, comma 2°, cod. civ.

La sentenza di primo grado – rigettante la domanda attorea – viene confermata dalla Corte d'Appello. Evidenzia, infatti, la Corte distrettuale l'intervenuta prescrizione dell'azione di annullamento del contratto non potendo assumere rilievo l'avvenuta conoscenza solo in corso di causa, da parte degli eredi, del mancato inserimento nel contratto dei mappali del bene compravenduto.

Il successivo ricorso promosso dagli eredi del contraente caduto in errore è accolto dalla Suprema Corte la quale – con la pronuncia in commento – cassa con rinvio la sentenza del giudice del gravame, statuendo che l'errore del contraente originario circa l'inclusione di un terreno compravenduto nel PEEP legittima gli eredi di costui all'azione di annullamento del contratto per vizio della volontà. In particolare, ove la scoperta dell'errore intervenga in epoca successiva alla morte dell'originaria parte contraente rimasta ignara dell'errore, al fine di individuare il *dies a quo* del termine di prescrizione dell'azione di annullamento occorre aver riguardo al momento della scoperta da parte degli eredi del vizio della volontà¹.

¹ Cass. 16 settembre 2016, n. 18248.

JUS CIVILE



2. – La Corte di cassazione – limitandosi a ribadire la legittimazione degli eredi all’esperimento delle azioni di impugnativa contrattuale – riconosce implicitamente l’ormai controverso principio della trasmissibilità *mortis causa* dei rapporti contrattuali facenti capo al *de cuius*.

La regola della trasmissibilità agli eredi dei rapporti giuridici patrimoniali facenti capo al defunto era espressamente contemplata all’art. 1127 del codice civile previgente. Detta norma, ricalcando fedelmente l’art. 1122 del *Code Napoléon*, prevedeva infatti: «si presume che ciascuno abbia contrattato per sé e per i suoi eredi ed aventi causa quando non siasi espressamente pattuito il contrario, o ciò non risulti dalla natura del contratto»².

Analoga previsione normativa non è stata riprodotta nel codice civile vigente, né la relazione ministeriale ha voluto dar conto delle ragioni di tale omissione.

Nondimeno, è oggi un dato incontrovertito che la successione per causa di morte in linea di principio determini il trasferimento, dal defunto agli eredi, delle posizioni contrattuali. Detto insegnamento, ritenuto immanente al sistema, risulta confermato da una pluralità di norme: basti qui ricordare l’art. 460 cod. civ., il quale, riconoscendo al chiamato il potere di compiere atti di amministrazione temporanea, lascia intendere che la successione può comprendere anche rapporti contrattuali; e l’art. 490 cod. civ. dove, al fine di descrivere gli effetti derivanti dall’accettazione con beneficio d’inventario, si utilizza il termine «patrimonio» atto a ricomprendere l’insieme delle varie situazioni soggettive facenti capo al soggetto, incluse dunque anche quelle di natura contrattuale³.

Anche nell’ambito della disciplina dei singoli contratti sono comprese numerose disposizioni, che pur accordando agli eredi e alla controparte del defunto il diritto di recesso, sono improntate al principio dell’automatica prosecuzione del rapporto contrattuale. Meritano particolare attenzione gli artt. 1614, 1627, 1811 cod. civ. i quali prevedono, in caso di morte, rispettivamente, del locatario, dell’affittuario e del comodatario, sia pure in via implicita, l’automatica prosecuzione del rapporto contrattuale (salvo il – già citato – diritto di recesso)⁴.

Ugualmente la giurisprudenza di legittimità è pressoché unanime nel riconoscere la portata

² Sulla trasmissibilità *mortis causa* dei rapporti contrattuali si veda innanzi tutto F. PADOVINI, *Rapporto contrattuale e successione per causa di morte*, Giuffrè, 1990, 7 ss.; C. CACCAVALE, *Contratto e successioni*, in *Trattato del contratto*, diretto da V. Roppo, VI, *Interferenze*, Giuffrè, 2006, 605 ss.; sul contenuto della successione in generale v. A. CICU, *Successioni per causa di morte. Parte generale*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, dir. da A. Cicu e F. Messineo, Giuffrè, 1961, 71 ss.; G. GROSSO e A. BURDESE, *Le successioni, Parte Generale. Trattato di diritto civile italiano*, diretto da F. Vassalli, vol. XII, Tomo I, Utet, 1977, 21 ss.; L. FERRI, *Successioni in generale*, in *Commentario del codice civile*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, Zanichelli – Il Foro italiano, 1980, 2^a edizione, 27 ss.; C. M. BIANCA, *Diritto civile*, vol. 2.2, *Le successioni*, 5^a edizione, Giuffrè, 2015, 2 ss.; A. TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, 47^a edizione, Cedam, 2015, 489 ss.

³ Gli esempi rammentati nella nota sono presi da L. PASCUCCI, *La successione per causa di morte nei rapporti contrattuali facenti capo al de cuius*, in *Fam. e dir.*, 2012, 5, 514 ss.; cfr. anche, sinteticamente ma assai efficacemente, G. BONILINI, *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*, 8^a edizione, Giuffrè, 2016, 16 ss.

⁴ Presta particolare attenzione alle disposizioni dettate in materia di contratti tipici C. CACCAVALE, *Contratto*, cit., 606.

JUS CIVILE



generale del principio di trasmissibilità *mortis causa* dei rapporti contrattuali⁵. D'altronde, la trasmissione dei medesimi integra un effetto connaturato all'intendimento del fenomeno della successione *mortis causa* nei termini di una «trasmissione della generalità delle situazioni giuridiche facenti capo al defunto»⁶.

Tuttavia, è altrettanto pacifico che non tutti i rapporti giuridici patrimoniali facenti capo al *de cuius* sono suscettibili di trasmissione *mortis causa*, incontrando anzi la regola della trasmissione per causa di morte dei rapporti contrattuali molteplici deroghe.

Come già evidenziato, svariate sono le disposizioni normative contemplanti, nel caso di morte dell'originaria parte contraente, il diritto di recesso a favore degli eredi.

Numerose sono, poi, le norme in materia di contratti nominati dalle quali si può desumere l'esistenza di un divieto di trasmissione di determinati rapporti contrattuali, solitamente qualificati come rapporti *intuitu personae*. L'intrasmissibilità di tali contratti è fondata su diverse *rationes* giustificatrici quali ad esempio – là dove la norma dell'art. 772 cod. civ. prevede l'estinzione della donazione che ha per oggetto prestazioni periodiche – il rispetto di una presumibile volontà del donante corrispondente alla natura personale dell'*animus donandi*, – là dove la norma dell'art. 24 cod. civ. sancisce l'intrasmissibilità della qualità di associato – l'interesse ad evitare che divengano soci di un'associazione soggetti non graditi, e ancora – là dove il combinato disposto degli artt. 2118, terzo comma, e 2122 cod. civ. prevede l'estinzione del rapporto di lavoro subordinato – la tutela costituzionalmente garantita dell'uguaglianza nell'accesso al mercato del lavoro⁷.

In ogni caso, isolate le casistiche nelle quali l'intrasmissibilità dei rapporti contrattuali è normativamente prevista ovvero rappresenta l'effetto di un'apposita convenzione, il principio generale rimane quello della trasmissibilità *mortis causa* dei medesimi.

⁵ La giurisprudenza di legittimità sul punto è granitica, a cominciare da Cass. 22 luglio 1963, n. 2011, in *Foro it.*, 1964, I, 122; Cass. 12 aprile 1983, n. 2583, in *Vita not.*, 1985, I, 596, con nota di R. TRIOLA, *Alienazione da parte dell'erede di immobile già venduto dal de cuius e principio della priorità della trascrizione*; Cass. 13 febbraio 1988, n. 1552, in *Vita not.*, 1988, I, 256. Nello stesso senso, v. Cass. 1 luglio 1997, n. 5875, in *Giust. civ. Mass.*, 1997, 7-8, 1103 per cui «l'oggetto della delazione ereditaria si sostanzia proprio nel complesso dei rapporti giuridici trasmissibili, dei quali viene mantenuta la continuità con il mezzo tecnico del subingresso del chiamato nella posizione del precedente titolare, senza alcun mutamento». Per pronunce più recenti cfr. Cass. 6 giugno 2011, n. 12242, in *Vita not.*, 2011, III, 1590, per la quale «l'erede continuando la personalità del *de cuius*, diviene parte del contratto concluso dallo stesso, per cui egli resta vincolato al contenuto del contratto medesimo».

Per l'esercizio dell'azione di annullamento per incapacità legale da parte dell'erede v. Cass. 24 giugno 2009, n. 14781, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, II, 10124.

⁶ Della trasmissione dei rapporti contrattuali parla in termini di «effetto connaturato al riconoscimento del fenomeno della successione *mortis causa*» L. PASCUCCI, *Commento all'art. 1321 c.c.*, § 1, in *Codice delle successioni e donazioni*, a cura di M. Sesta, I, Giuffrè, 2011, 2166. Anche la comparazione, del resto, insegna che la successione dell'erede nelle posizioni contrattuali del defunto corrisponde ad un principio comunemente accettato: per un approfondimento sul tema, cfr. F. PADOVINI, *Le posizioni contrattuali*, in *Trattato di diritto delle successioni e donazioni*, diretto da G. Bonilini, I, *La successione ereditaria*, Giuffrè, 2009, 526 ss.

⁷ Contestano la categoria unitaria dei contratti *intuitu personae*, preferendo individuare le concrete esigenze sostanziali che stanno alla base dei casi di intrasmissibilità legale, L. PASCUCCI, *La successione*, cit., 515 ss. e F. PADOVINI, *Rapporto*, cit., 43 ss.

JUS CIVILE



Secondo la Corte di cassazione, dunque, pure le azioni contrattuali, comprese quelle di annullamento, scaturenti dalla conclusione del contratto di compravendita sono suscettibili di trasmissione *iure hereditatis*.

Avvenuta la trasmissione del rapporto contrattuale l'erede viene a trovarsi in una situazione identica a quella in cui si trovava il defunto: assumono, quindi, rilevanza tutti i caratteri propri del rapporto, compresi eventuali vizi genetici, che potranno essere fatti valere dall'erede con le ordinarie azioni di impugnativa negoziale. Fra i rapporti giuridici patrimoniali suscettibili di trasmissione, infatti, rientrano anche i diritti potestativi, ciò in quanto la successione nel rapporto comporta necessariamente successione nella connessa situazione preliminare e quindi nel connesso potere⁸. È qui che si inseriscono le impugnative negoziali le quali, come condivisibilmente osservato dalla Suprema Corte nella pronuncia in esame, «sono destinate a transitare nel patrimonio degli eredi universali, legittimati come tali a farle valere, ancorché al fine di lamentare il vizio che ha inficiato la volontà del loro dante causa».

3. – Nonostante nel contratto venisse dichiarato che il terreno compravenduto era destinato allo sviluppo edilizio, urbanistico e popolare della zona, lo stesso alla data della citazione non aveva ricevuto la prevista destinazione risultando, altresì, in un secondo momento liberato anche dal vincolo espropriativo.

I ricorrenti, asserendo di aver appreso solo in corso di causa della mancata inclusione *ab origine* del bene tra quelli ricompresi nel PEEP, invocavano l'annullamento del contratto per errore.

Ai sensi dell'art. 1427 cod. civ. «il contraente, il cui consenso fu dato per errore, estorto con violenza o carpito con dolo, può chiedere l'annullamento del contratto secondo le disposizioni seguenti».

Nonostante il codice civile non ne espliciti la nozione, l'errore è generalmente definito in termini di ignoranza o falsa conoscenza (o rappresentazione) di un dato relativo al contratto⁹.

L'errore, per essere causa di annullamento del contratto, deve, in primo luogo, essere essenziale. Ciò avviene quando cade su un elemento «essenziale» del contratto ovvero che sia determinante ai fini della conclusione del contratto stesso, secondo i criteri fissati nell'art. 1429 cod. civ.¹⁰. In particolare, ai sensi del n. 2 di tale articolo è essenziale l'errore che cade «sull'identità dell'oggetto della prestazione» nonché quello che cade «sopra una qualità dello stesso».

⁸ Sulle conseguenze della trasmissibilità *mortis causa* dei rapporti contrattuali, v. F. PADOVINI, *Rapporto*, cit., 76; in argomento, cfr. anche CALVO, *Commento all'art. 456 c.c.*, cit., 566.

⁹ Sull'errore in generale, si veda C. M. BIANCA, *Istituzioni di diritto privato*, Giuffrè, 2016, 508 ss.; V. ROPPO, *Il contratto*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di G. Iudica e P. Zatti, Utet, 2011, 729 ss.; C. ROSSELLO, *L'errore*, in *I contratti in generale. Aggiornamento 1991-1998*, a cura di G. Alpa e M. Bessone, Utet, 1999, 2259; ID., voce «Errore (dir. civ.)», in *Digesto, Disc. priv., sez. civ.*, 4^a edizione, VII, Utet, 1991, 3 ss.; ID., *L'errore nel contratto*, in *Comm. Schlesinger*, continuato da Busnelli, Giuffrè, 2004; V. PIETROBON, *Errore, volontà e affidamento giuridico*, Cedam, 1990; A. TRABUCCHI, *Errore (dir. civ.)*, in *Noviss. Dig. It.*, VI, Utet, 1960, 666.

¹⁰ In tema di essenzialità dell'errore v. C. ROSSELLO, *L'errore*, cit., 57 ss.

JUS CIVILE



In passato era controverso se l'errore sulla natura edificatoria dei terreni fosse riconducibile alla categoria da ultimo menzionata.

La dottrina e la giurisprudenza più risalenti, riconoscendo alle prescrizioni del piano regolatore comunale la natura di norme giuridiche, configuravano il suddetto errore in termini di errore di diritto, a norma dell'art. 1429, n. 4, cod. civ.¹¹. I fautori di tale orientamento dottrinale affermavano che l'errore di diritto è essenziale, e quindi rilevante, anche quando incide su presupposti estrinseci alla struttura e al contenuto del negozio, se decisivi nell'assunzione dell'iniziativa contrattuale¹².

Il prevalente indirizzo, sia giurisprudenziale sia dottrinale, invece, ricostruiva l'errore in parola in termini di errore sulle qualità essenziali del bene ex art. 1429 n. 2 cod. civ.¹³.

La *vexata quaestio* è stata risolta dall'intervento della Suprema Corte a Sezioni Unite la quale ha chiarito che l'errore sulla natura di un terreno è errore di fatto e non di diritto, in quanto la falsa rappresentazione della norma che prevede la destinazione urbanistica di un fondo si risolve nell'inesatta conoscenza di una «*circostanza relativa ai suoi caratteri reali, giacché un fondo non fabbricabile (agricolo, spazio pubblico ecc.), pur appartenendo al medesimo genere di quello sfruttabile per scopi edilizi, se ne differenzia per il suo impiego*»¹⁴.

Conforme è anche la giurisprudenza di legittimità successiva, secondo la quale, conferendo

¹¹ Il tema dell'errore sulla natura edificatoria di terreni è ormai un classico nella giurisprudenza, come dimostrano Cass. 5 dicembre 1974, n. 4020, in *Riv. not.*, 1976, 187; Cass. 21 giugno 1985, n. 3734, in *Foro it.*, 1985, I, 2010; Cass. 29 giugno 1985, n. 3892, in *Mass. foro it.*, 1985, 726; Cass. 12 ottobre 1985, n. 4955, in *Giur. it.*, 1986, I, 719; Cass. 28 marzo 1990, n. 2517, in *Mass. foro it.*, 1990, 358; Cass. 17 dicembre 1991, n. 13578, in *Giust. civ. Mass.*, 1991, 1826.

¹² In particolare, secondo Cass. 29 giugno 1985, n. 3892, cit., 726 «Costituisce errore di diritto essenziale sulla qualità del bene dedotto in prestazione, l'ignoranza, da parte del venditore, che il terreno oggetto del contratto e dal medesimo considerato fondo rustico sia stato, per variante del piano regolatore comunale deliberata anteriormente alla stipulazione, destinato ad area edificabile». Cfr., altresì, F. GALGANO, *Il negozio giuridico*, in *Trattato di dir. civ. comm.* già diretto da Cicu, Messineo e Mengoni, continuato da Schlesinger, 2ª ed., Giuffrè, 2002, 321 ss.; V. PIETROBON, *L'errore nella dottrina del negozio giuridico*, Cedam, 1963, 457.

¹³ Sostengono la riconducibilità di tale errore all'ipotesi disciplinata dall'art. 1429 n. 2 cod. civ. Cass. 5 dicembre 1974, n. 4020 cit., 187; Cass. 12 ottobre 1985, n. 4955, cit., 719; Cass. 21 dicembre 1985, n. 3734, cit., 2010; Cass. 17 dicembre 1991, n. 13578, cit., 1826; in dottrina cfr. M. COSTANZA, *Sulla vendita di terreni erroneamente ritenuti agricoli*, in *Giust. civ.*, 1986, I, 848 ss.; M. V. DE GENNARO, *Adozione di strumenti urbanistici ed errore sulla qualità edificatoria di un suolo*, in *Corr. giur.*, 1991, II, 1324 ss.; D. ROSELLI, *Errore di diritto. Errore sulla qualità del bene. Errore dell'alienante o dell'acquirente*, *Nuova giur. civ. comm.*, 1986, I, 186; P. LAGHEZZA, *Sulla compravendita di terreno ritenuto erroneamente edificabile: ovvero alla ricerca della volontà dei contraenti e dell'errore realmente commesso*, in *Foro it.*, 1997, I, 3217.

¹⁴ Il riferimento è a Cass. sez. un., 1 luglio 1997, n. 5900, in *Corr. giur.*, 1998, I, 98, secondo cui «un terreno avente il requisito dell'edificabilità per lo strumento urbanistico adottato, costituisce, secondo il comune apprezzamento, un bene di qualità diversa da quello che di tale requisito sia privo»; non influisce, invece, sulla validità del contratto l'errore che verte esclusivamente sul valore, attenendo esso in tale caso ai motivi che hanno condotto le parti alla stipula del contratto e che, come tali, sono irrilevanti. La pronuncia è commentata da P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Contratto preliminare ed errore sulla destinazione urbanistica del terreno*, in *Corr. giur.*, 1998, I, 97; R. FRANCO, *Rilevanza dell'errore: rassegna di dottrina e giurisprudenza*, in *Riv. not.*, 1998, 1-2, 283; P. LAGHEZZA, *Sulla compravendita*, cit., 3217; M. BONZI, *In tema di errore sulla natura edificatoria di un terreno*, *Nuova giur. civ. comm.*, 1998, I, 641.

JUS CIVILE



l'approvazione di un piano di edilizia economica e popolare il requisito dell'edificabilità legale a tutte le aree in esso inserite, l'errore sull'inclusione nel piano del bene compravenduto integra un vizio della volontà ai sensi del n. 2 dell'art. 1429 cod. civ.¹⁵.

L'altro requisito affinché l'errore rilevi – quale causa di annullamento del contratto – è dato, com'è noto, dalla sua riconoscibilità¹⁶. A norma dell'art. 1431 cod. civ. l'errore si considera riconoscibile quando una persona di normale diligenza avrebbe potuto rilevarlo, in relazione al contenuto, alle circostanze del contratto o alla qualità dei contraenti. Detto requisito risponde al generale criterio di protezione dell'affidamento: la tutela del contraente caduto in errore non deve comportare il sacrificio dell'interesse della parte che è venuta al contratto in buona fede¹⁷. Se l'errore di una parte, quantunque essenziale, non è tale che l'altra potesse rilevarlo, la prima resta vincolata al contratto¹⁸.

Dovendosi accertare in concreto l'essenzialità nonché la riconoscibilità dell'errore nel caso di specie, la Suprema Corte, cassando con rinvio la sentenza impugnata, demanda tale indagine alla Corte distrettuale.

4. – L'art. 2935 cod. civ. fissa la regola generale in tema di decorrenza della prescrizione: «la prescrizione comincia a decorrere dal giorno in cui il diritto può essere fatto valere».

Secondo l'interpretazione prevalente, avendo l'art. 2935 cod. civ. riguardo alla sola «possibilità legale», in linea di principio non influiscono sul corso della prescrizione eventuali impedimenti di fatto in cui venga a trovarsi il titolare del diritto¹⁹. Se l'esercizio del diritto è reso solo

¹⁵ Sugli effetti dell'approvazione del PEEP cfr. Cass. 12 maggio 2014, n. 10280, in *Urban. e app.*, 2014, 7, 784.

¹⁶ Sulla riconoscibilità dell'errore, si rinvia a A. LUCCA, *La riconoscibilità dell'errore e il principio dell'affidamento*, *Nuova giur. civ. comm.*, 1990, II, 353 ss.; V. PIETROBON, *Errore*, cit., 204; cfr. anche Cass. sez. un., 1 luglio 1997, n. 5900, cit., 98.

¹⁷ A. TRABUCCHI, *Istituzioni*, cit., 128, efficacemente spiega come il requisito della riconoscibilità non sia invece previsto per l'efficacia degli altri due vizi del volere: non avrebbe senso per il dolo, ove i raggiri già debbono provenire dalla controparte (mentre, se provenienti da un terzo, sono rilevanti solo se noti al contraente che ne ha tratto vantaggio: art. 1439, comma 2°, cod. civ.), e sarebbe grave limitare la rilevanza della violenza stante la sua profonda incidenza sulla volontà del dichiarante.

¹⁸ In ordine alla riconoscibilità dell'errore circa la destinazione del terreno compravenduto, cfr. F. GALGANO, *Il negozio*, cit., 323 secondo il quale «chi ha comperato il terreno con l'intenzione di costruirvi dovrà provare, per ottenere l'annullamento del contratto, che il venditore era in grado di rendersi conto che egli non poteva avere altro scopo».

¹⁹ In ordine all'irrelevanza, sul corso della prescrizione, degli impedimenti di fatto si rinvia a B. GRASSO, voce «Prescrizione», in *Enc. dir.*, XXXV, Giuffrè, 1986, 66; P. GALLO, voce «Prescrizione e decadenza», in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, Utet, agg. 2013, 515; P.G. MONTANERI, in *Trattato di diritto civile*, diretto da R. Sacco, Utet, 2009, vol. 5, 113; M. C. BIANCA, *Diritto civile*, vol. 7, *Le garanzie reali e la prescrizione*, Giuffrè, 2012, 565 ss.; cfr. anche la *Relazione al libro della tutela dei diritti*, Roma, 1941, 116, n. 136 ove si legge che la formula dell'art. 2935 cod. civ. deve intendersi «con riferimento alla possibilità legale, non influenzando sul corso della prescrizione, salve le eccezioni stabilite dalla legge, l'impossibilità di fatto di agire in cui venga a trovarsi il titolare del diritto»; in senso almeno in parte diverso, cfr. M. TESCARO, *Decorrenza della prescrizione e autoresponsabilità. La rilevanza civilistica del principio contra non valentem agere non currit praescriptio*, Cedam, 2006, 181, secondo cui (ferma in linea di massima l'impostazione tradizionale) l'ammissione, in certi particolari casi, di una *restitutio in integrum* atipica fondata sul

JUS CIVILE



di fatto difficile o anche impossibile – dalla relazione che intercorra fra le parti del rapporto o dalla condizione in cui si trovi lo stesso titolare –, operano specifiche e tassative cause di sospensione della prescrizione²⁰.

A fronte della regola generale, esistono, peraltro, numerosissime disposizioni che disciplinano per ipotesi particolari la decorrenza della prescrizione. Molte di queste confermano il principio generale; altre, invece, al fine rafforzare la tutela di determinate situazioni soggettive, vi derogano anticipando ovvero posticipando il *dies a quo*.

Fra le disposizioni che derogano alla regola comune troviamo il secondo comma dell'art. 1442 cod. civ., ai sensi del quale, nel caso di vizi del consenso, il termine di prescrizione decorre dal giorno in cui la violenza è cessata o sono stati scoperti l'errore o il dolo. Il terzo comma del medesimo articolo, con un dettato tipico delle norme cosiddette «di chiusura», stabilisce che in tutti gli altri casi il termine di prescrizione decorre dal giorno della conclusione del contratto. Si tratta delle ipotesi previste dall'art. 428, terzo comma, e dall'art. 1394, cod. civ. in tema, rispettivamente, di incapacità naturale e di contratto concluso dal rappresentante in conflitto di interessi con il rappresentato.

Secondo l'opinione maggioritaria, la disposizione di cui al terzo comma rappresenta la regola generale, cui si può derogare soltanto nelle ipotesi eccezionali previste dal comma precedente²¹.

Infatti, i vizi del consenso darebbero luogo a meri impedimenti di fatto in linea di principio (salve specifiche previsioni di legge di segno opposto) inidonei ad incidere sulla decorrenza della prescrizione, in quanto non influenti sulla possibilità legale di agire in giudizio. Tuttavia, la tesi in parola, se estremizzata, rischia di frustrare il senso dell'azione di annullamento; quest'ultima, intesa quale strumento per reagire all'incidenza del vizio del volere, postula necessariamente che la prescrizione non decorra prima che sia stata rimossa la causa fondante il vizio medesimo, verificandosi detta rimozione solo quando la violenza è cessata ovvero sono stati scoperti l'errore o il dolo²².

principio di autoresponsabilità rimedierebbe all'insoddisfazione derivante dall'applicazione rigorosa della suddetta regola. In giurisprudenza cfr. Cass. 3 settembre 1994, n. 7645, in *Giust. civ. Mass.*, 1994, 1127; Cass. 7 maggio 2004, n. 8720, in *Giur. lav. Mass.*, 2004, II, 620; Cass. 2 maggio 2007, n. 10139, in *Contr.*, 2008, 2, 121; Cass. 29 ottobre 2014, n. 23020, in *Lav. giur.*, 2015, 1, 92; Cass. 15 novembre 2016, n. 23236, in *Corr. giur.*, 2017, 1, 134.

²⁰ Traccia con particolare chiarezza la relazione esistente tra difficoltà e impossibilità di fatto di esercizio del diritto e cause di sospensione della prescrizione P. VITUCCI, *La decorrenza della prescrizione nelle azioni di annullamento*, in *Riv. dir. civ.*, 1990, II, 157; sul punto, cfr. fra gli altri anche M. TESCARO, cit., 175.

²¹ Secondo R. TOMMASINI, *Annulabilità e annullamento*, in *Enc. giur.*, vol. II, Giuffrè, 1998, 9, la disposizione di cui al terzo comma dell'art. 1442 cod. civ. rappresenta la regola generale, cui si può derogare soltanto nelle ipotesi eccezionali previste dal comma precedente. Analizza la particolare struttura dell'art. 1442 cod. civ. M. MAIENZA, *In tema di decorrenza del termine di prescrizione dell'azione di annullamento*, in *Corr. giur.*, 1993, 7, 816 ss., secondo cui la strana impostazione, che presenta prima l'eccezione e poi la regola generale, sarebbe giustificata dalla circostanza che, in concreto, i vizi del consenso e l'incapacità legale rappresenterebbero le ipotesi più importanti di annullabilità dei contratti. Sui rapporti tra l'art. 2935 e 1442 cod. civ. si rinvia a C. ROSSELLO, *Dell'azione di annullamento*, in *Comm. Schlesinger*, continuato da F. D. Busnelli, Giuffrè, 2009, 127 ss.

²² Sostiene la natura derogatoria dell'art. 1442 cod. civ., rispetto all'art. 2935 cod. civ. P. VITUCCI, *La decorrenza della prescrizione nelle azioni di annullamento*, cit., 157; contra G. STOLFI, *Culpa in contrahendo e prescrizione*, no-

JUS CIVILE



Secondo la dottrina prevalente la scoperta coincide con la concreta percezione delle attività o delle circostanze nelle quali si è manifestato il vizio; la prescrizione dell'azione di annullamento decorre quindi dal momento in cui il contraente ha avuto conoscenza effettiva dell'errore²³. Segnatamente, se la scoperta è avvenuta prima del giorno in cui si fa valere la causa dell'invalidità del negozio, è certo che il termine di prescrizione decorre dal momento dell'effettiva scoperta; se invece la conoscenza in parola si consegue solo nel corso del giudizio, il *dies a quo* deve essere convenientemente spostato²⁴.

5. – Dalla lettura della ricostruzione dei fatti riportata nella sentenza della Suprema Corte si apprende come la parte ricorrente (nella specie, gli eredi del contraente deceduto) abbia(no) posto in evidenza di aver appreso solo in corso di causa la mancata inclusione *ab origine* del bene tra quelli ricompresi nel PEEP. Per tale ragione, secondo la Corte, la data di inizio della prescrizione doveva individuarsi in quella di deposito della comparsa di risposta del Comune nella quale si affermava che in realtà il terreno oggetto di causa non era mai stato incluso nel PEEP. La Corte precisa inoltre che, qualora, come nel caso di specie, la riferibilità soggettiva della scoperta dell'errore non sia più attribuibile alla parte, perché questa è deceduta prima della scoperta, l'evento della scoperta deve essere necessariamente rapportato ai suoi eredi.

Riferendosi la norma del secondo comma dell'art. 1442 cod. civ. esclusivamente al vizio del consenso del *contraente* caduto in errore, l'estensibilità della suddetta disposizione ai suoi successori potrebbe sollevare qualche perplessità. Invero, si potrebbe sostenere che il carattere eccezionale della previsione contenuta nell'articolo in esame non consenta una sua applicazione analogica, dovendosi pertanto ritenere che, nei casi di scoperta del vizio del volere da parte degli eredi, il termine di prescrizione decorra per gli stessi, ai sensi del terzo comma dell'art. 1442 cod. civ., dalla data di conclusione del contratto.

Una simile differenziazione del *dies a quo* della prescrizione, sebbene giustificata dalla concezione, di ispirazione prettamente patrimonialistica, che non esita a sacrificare la tutela degli eredi del contraente caduto in errore rispetto all'interesse generale alla certezza dei rapporti giuridici, non convince tuttavia appieno, prestandosi a critiche sia per l'astratto dogmatismo a cui pare rispondere, sia, e soprattutto, perché risulta porsi in contrasto con la *ratio* stessa della disposizione.

Segnatamente, l'accoglimento di una siffatta interpretazione determinerebbe una ingiustificata disparità di trattamento tra i successori del contraente caduto in errore a seconda che quest'ultimo

ta a Trib. di Modena 25.5.1972, in *Giur. it.*, 1974, I, 433; I. L. NOCERA, *Dies a quo della prescrizione dell'azione, esercitata dall'erede, di annullamento di un atto compiuto con l'assistenza di un tutore provvisorio poi revocato*, *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, II, 10124; cfr. altresì Cass. 31 ottobre 1947, n. 1620, in *Rep. Foro it.*, 1947, voce «Prescrizione in mat. civ.», n. 11 ss.

²³ P. VITUCCI, *La decorrenza della prescrizione*, cit., 161.

²⁴ In merito all'opportunità di spostare in avanti il *dies a quo* della prescrizione – nei casi in cui la conoscenza del vizio della volontà è conseguita nel corso del giudizio di invalidità ovvero dopo la pubblicazione della relativa sentenza – al momento dell'effettiva scoperta del vizio della volontà, cfr. G. STOLFI, *Culpa*, cit., 433.

JUS CIVILE



abbia o meno scoperto il vizio della volontà prima della sua morte. In ambedue le ipotesi sussiste un vizio dell'atto, determinato dall'errore, per il quale si pone la medesima esigenza di tutela prescrizione dell'interesse patrimoniale che l'art. 1442 cod. civ. è diretto a preservare. Infatti, proprio per assicurare alla parte contraente il tempo necessario per la tutela del suo interesse, la norma del secondo comma dell'art. 1442 cod. civ. ha previsto, in deroga al principio sancito dal terzo comma, che la prescrizione dell'azione di annullamento del contratto decorra dalla scoperta dell'errore. Non essendovi alcun ragionevole motivo per ritenere che il legislatore abbia voluto limitare la tutela ai casi di scoperta del vizio da parte del contraente originario deve ritenersi che la suddetta regola operi ugualmente nell'ipotesi in cui detta scoperta sia riferibile ai suoi eredi.

Una simile conclusione non si pone, a ben vedere, in contrasto con l'asserito carattere eccezionale della norma, ben potendosi essa fondare, anziché sull'analogia, su una interpretazione estensiva della nozione di "contraente" caduto in errore, atta a ricomprendervi, in ossequio alla *ratio* della disposizione, anche coloro (gli eredi) che subentrano *mortis causa* nella posizione contrattuale e, quindi, nelle azioni di impugnativa negoziale già attribuite al contraente.

È opportuno, peraltro, ricordare che, anche secondo la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo il diritto di ogni persona «a che la sua causa sia esaminata», sancito dall'art. 6 della CEDU, deve intendersi prevalere sull'esigenza di certezza del diritto²⁵. Conforme è la giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea per cui tale conclusione sarebbe imposta dal principio di effettività della tutela giurisdizionale dei diritti nonché dal principio di equivalenza della tutela riconosciuta dagli Stati Membri a situazioni giuridiche di diritto interno e di diritto comunitario²⁶.

Peraltro, anche l'interpretazione letterale della norma, condotta alla stregua dell'art. 12 disp. prel. cod. civ., induce a ritenere che l'espressione impersonale e neutra «è stato scoperto l'errore» di cui all'art. 1442, comma 2, cod. civ. possa intendersi come riferibile non solo alla parte contraente ma anche ai suoi eredi.

La Suprema Corte nella sentenza in commento correttamente dunque individua la disciplina applicabile al caso di specie in quella prevista dall'art. 1442, comma 2, cod. civ. individuando il *dies a quo* della prescrizione dell'azione di annullamento del contratto di compravendita proposta dagli eredi del contraente caduto in errore nella data di deposito della comparsa di risposta del Comune nella quale si affermava che il terreno oggetto di causa non era mai stato incluso nel PEEP.

²⁵ Sulla prevalenza del diritto sancito dall'art. 6 della CEDU rispetto all'esigenza di certezza del diritto cfr. *ex multis* CEDU, 28 maggio 1985, *Ashingdane* c. Regno Unito, Serie A n. 93; CEDU, 2 aprile 2000, *Miragall Escolano* e altri c. Spagna, n. 38366/97, ECHR 2000-I; CEDU, 12 settembre 2002, *Zvolský e Zvolská* c. Repubblica Ceca, n. 46129/99, ECHR 2002-IX; CEDU, 28 marzo 2006, *Melnyk* c. Ucraina, n. 23436/03, tutte in <http://www.echr.coe.int>.

²⁶ Per la giurisprudenza, in senso conforme, della Corte di giustizia dell'Unione Europea cfr. CGUE, 22 febbraio 2001, procedimenti riuniti C-52/99 e C-53/99; CGUE, 13 luglio 2006, cause C-295/04, 296/04, 297/04, 298/04, CGUE, 28 febbraio 2013, C-334/12, tutte in <https://curia.europa.eu>. In tema di decorrenza del termine di prescrizione, sulla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e della Corte di giustizia dell'Unione Europea v. M. BONA, *Appunti sulla giurisprudenza comunitaria e CEDU in materia di prescrizione e decadenza: il parametro della «ragionevolezza»*, in *Resp. civ. e prev.*, 2007, 7-8, 1709 ss.



SALVATORE MONTICELLI

Professore ordinario di diritto privato – Università di Foggia

LE NUOVE DINAMICHE ASSICURATIVE NELLA RELAZIONE DI CURA: NOTE A MARGINE DELLA L. 8.3.2017, N. 24 *

SOMMARIO: 1. I soggetti destinatari dell'obbligo assicurativo nella L. 8/3/2017, n. 24. – 2. L'azione diretta nei confronti dell'assicurazione ed il Fondo di garanzia. – 3. Le polizze: la claims made con deening clause, dalla tipicità sociale al tipo legale. – 4. I nodi problematici e le criticità. – 5. Le trattative con il danneggiato e l'obbligo di comunicazione al danneggiante.

1. – Nella L. 8/3/2017, n. 24, c.d. Legge Gelli, destinatari dell'obbligo assicurativo sono anzitutto, a norma dell'art. 10, le strutture sociosanitarie pubbliche e private le quali dovranno dotarsi di una polizza per la r.c. ovvero di altre analoghe misure per la responsabilità civile verso terzi e per la responsabilità civile verso prestatori d'opera, ai sensi dell'articolo 27, comma 1 *bis*, del decreto legge 24 giugno 2014, n. 90, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 agosto 2014, n. 114¹.

Per i medici dipendenti vi è solo l'obbligo di assicurarsi contro la possibile azione di rivalsa per il caso di dolo o colpa grave.

Per i medici liberi professionisti si ribadisce l'obbligo, già previsto in generale per tutti i liberi professionisti all'art. 3 del D. L. 138/11, convertito con legge 148/11, di stipulare “idonea assicurazione per i rischi derivanti dall'attività professionale” e di “comunicare al cliente, al momento dell'incarico, gli estremi della polizza ed il relativo massimale”; obbligo quest'ultimo, peraltro, riaffermato all'art. 5 del D.P.R. 137 del 07.08.2012, varato in ottemperanza della citata disposizione, immediatamente dopo l'enunciazione che la stipula dei contratti di assicurazione potrà avvenire anche “per il tramite di convenzioni collettive negoziate dai consigli nazionali e dagli enti previdenziali dei professionisti”¹.

L'effettiva entrata in vigore dell'obbligo assicurativo secondo i parametri contemplati dalla legge in commento è, tuttavia, condizionato all'adozione del decreto ministeriale di cui all'art. 10, comma 6, che stabilirà, in conformità ai principi della presente legge, i requisiti minimi delle polizze.

* Lo scritto riproduce, con talune aggiunte e le note, il testo della relazione svolta al Convegno del del 28 aprile 2017, organizzato dal Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Bari sul tema “*La responsabilità medica dopo la riforma*”.

¹ L'obbligo di comunicazione è altresì sancito dall'art. 9, comma III, del D.L. 24.01.2012 n. 1.

JUS CIVILE



In definitiva, si prevede anche per la materia medico-sanitaria, come è avvenuto per le assicurazioni relative alla responsabilità civile professionale degli avvocati, la necessità di un ulteriore intervento legislativo, con normazione di rango secondario, per l'individuazione dei requisiti minimi che dovranno connotare, verosimilmente inderogabilmente, il contenuto delle polizze assicurative in materia medico-sanitaria.

2. – Tra le previsioni certamente apprezzabili contenute nella disciplina in questione vi è quella che contempla la possibilità un'azione diretta del danneggiato nei confronti dell'impresa assicuratrice. Come si è giustamente sottolineato², si tratta di un “profilo della disciplina da ritenere indiscutibilmente connesso allo stesso carattere obbligatorio dell'assicurazione”. D'altra parte sulla necessità della previsione dell'azione diretta si era già espressa la dottrina³ in sede di commento alla normativa (l'art. 3 del D. L. 138/11, convertito con legge 148/11) che ha introdotto per tutti i liberi professionisti l'obbligo di stipulare un'assicurazione per la responsabilità civile professionale.

Corollario dell'anzidetta disposizione, contenuta nell'art. 12 della legge, è l'altra che sancisce l'inopponibilità al danneggiato per l'intero massimale di polizza delle “eccezioni derivanti dal contratto” non espressamente previste in sede di definizione dei “requisiti minimi delle polizze assicurative”.

Si tratta di una norma di salvaguardia per il danneggiato che rappresenta il principale destinatario della disciplina sull'assicurazione obbligatoria in questione.

Sempre nell'ottica di assicurare una reale tutela del danneggiato vi la previsione (art. 14), come già si è fatto per la materia della circolazione stradale⁴, della costituzione di un “Fondo di garanzia per i danni derivanti da responsabilità sanitaria”. Il comma 7 della norma individua i casi in cui il Fondo risarcisce i danni cagionati da responsabilità sanitaria: le ipotesi contemplate sono individuate nelle lettere a), b), c), e l'elenco sembrerebbe da ritenersi tassativo. In esso, tuttavia, non figura il caso in cui la struttura, in luogo della stipula di un contratto di assicurazione, ricorra, come la norma pur consente, all'adozione di una misura c.d. analoga, rivelatasi poi insufficiente. Mi riferisco alla c.d. autoassicurazione, attraverso l'appostazione in bilancio di riserve a copertura dei casi di responsabilità civile verso terzi e verso i prestatori d'opera⁵. Ipotesi quest'ultima ove l'eventuale carenza delle riserve appostate e la conseguenziale assenza di piena copertura dei sinistri da un lato non è oggetto di copertura da parte del Fondo⁶, dall'altro si ri-

² E. Quadri, *Il parto travagliato della riforma in materia di responsabilità sanitaria*, In *Giustizia civile.com*, 2017.

³ Cfr., per tutti, M. Gazzara, *L'assicurazione di responsabilità civile professionale*, Napoli, 2016, 53 e ss.

⁴ Il punto è bene sottolineato da E. Quadri, *op. cit.*, 13.

⁵ Sul tema per maggiori approfondimenti cfr., N. De Luca, *Le assicurazioni di responsabilità civile in ambito sanitario*, in *Le Nuove Leggi Civili Comm.*, fasc. 4/2017, 801 ss.; V. Selini, *Il passato e il presente dell'obbligo assicurativo in ambito sanitario*, in *Danno e resp.*, fasc. 3/2017, 314 ss.

⁶ Il comma 7, lett.a) dell'art. 14 della Legge citata, fa solo riferimento all'ipotesi in cui il danno sia di importo eccedente “rispetto ai massimali previsti dai contratti di assicurazione stipulati dalla struttura sanitaria ovvero

JUS CIVILE



verbera non solo in danno dei possibili danneggiati ma anche dei medici dipendenti che rischiano di vedersi privati della garanzia primaria prestata in loro favore dalla polizza della struttura, con la conseguenza, affatto marginale, di essere esposti in prima persona, sia pure a titolo di responsabilità aquiliana, all'azione risarcitoria intentata dal danneggiato.

Parimenti il Fondo non assicura copertura nell'ipotesi di danni ultratardivi che eccedano la postuma decennale. Sul punto si dirà più diffusamente appresso.

3. – Nonostante la riserva espressa in favore della emananda normazione di secondo grado, la legge in questione, probabilmente sulla scorta proprio di quanto già stabilito per gli avvocati dal DM 22.09.2016 disciplinante le Condizioni essenziali e o i massimali minimi delle polizze assicurative a copertura della responsabilità civile e degli infortuni derivanti dall'esercizio della professione di avvocato, nonché dell'*imput* fornito dalla nota sentenza della Cassazione, a sezioni unite, in tema di *claims made*⁷, non ha rinunciato, però, già ad indicare una parte rilevante del contenuto minimo delle polizze in materia sanitaria.

Ed infatti, l'art. 11 prescrive che “La garanzia assicurativa deve prevedere una operatività temporale anche per gli eventi accaduti nei dieci anni antecedenti la conclusione del contratto assicurativo, purché denunciati all'impresa di assicurazione durante la vigenza temporale della polizza”, ed inoltre che “In caso di cessazione definitiva dell'attività professionale per qualsiasi causa deve essere previsto un periodo di ultra attività della copertura per le richieste di risarcimento presentate per la prima volta entro i dieci anni successivi e riferite a fatti generatori della responsabilità verificatisi nel periodo di efficacia della polizza, incluso il periodo di retroattività della copertura. L'ultrattività è estesa agli eredi e non è assoggettabile alla clausola di disdetta”.

In sostanza, da un lato si legittima e si tipizza la clausola *claims made* che potremmo definire “quasi pura”⁸, dall'altro si prevede un'ultra attività decennale in caso di cessazione dell'attività

dall'esercente la professione sanitaria”, subordinando, pertanto, la possibile copertura da parte del Fondo, pur sempre, alla sussistenza di un contratto di assicurazione con massimale insufficiente. Nulla dice, invece, circa l'ipotesi in cui tale contratto non vi sia perché la struttura si sia avvalsa della pratica dell'autoassicurazione. Anche il comma 7, lett.c) sembra alludere, perché possa accedersi alla copertura da parte del Fondo, alla sussistenza di un pregresso rapporto assicurativo risoltosi “per recesso unilaterale dell'impresa assicuratrice ovvero per la sopravvenuta inesistenza o cancellazione dall'albo dell'impresa assicuratrice stessa”.

⁷ Cass. Sez.un., 6.5.2016, n. 9140, in *Giur. It.*, 2016, 12, 2602 nota di MAGNI.

⁸ Occorre precisare che la prassi distingue la *claims made* cd. pura dalla *claims made* cd. impura: mentre la prima non prevede limitazioni temporali alla propria “retroattività” rispetto alla stipulazione del contratto, la seconda prevede la copertura dei sinistri denunciati in costanza di rapporto ma verificatisi in un preciso arco temporale (solitamente non superiore ai due/tre anni) antecedente alla stipula del contratto. L'ipotesi contemplata dalla legge Gelli, proprio in quanto circoscrive in dieci anni la pregressa dovrebbe, a rigore, definirsi una *claims* impura, ma, per così dire, ad “ampia gittata”, considerato che copre un decennio, o una *claims made* “quasi pura”. Probabilmente la scelta di limitare la pregressa al decennio va spiegata di concerto con la previsione di una postuma decennale, nell'idea, invero discutibile, per quanto si dirà, della sicura maturazione della prescrizione per le richieste risarcitorie antecedenti al decennio. Per completezza merita, anche, ricordare che, nella pratica, è possibile riscontrare perfino polizze che, unitamente alla *claims made*, escludono del tutto una copertura pregressa, circoscrivendo, così, temporalmente la garan-

JUS CIVILE



per qualsiasi ragione⁹. Ultra attività estesa agli eredi e non assoggettabile alla clausola di disdetta.

Merita, però, ulteriormente evidenziare che la norma opportunamente aggiunge allo schema della *claims made* la variante della c.d. *deeming clause*, in quanto estende l'operatività della polizza ai fatti “**denunciati all'impresa di assicurazione durante la vigenza temporale della polizza**”¹⁰ (art. 11, comma 1).

Con tale previsione, che si discosta da quella propria della *claims made* ove la copertura assicurativa è assicurata in relazione alle “**richieste risarcitorie**” pervenute all'assicurato e comunicate alla Compagnia di assicurazione durante la vigenza temporale della polizza, si dà al professionista la possibilità di denunciare all'assicurazione anche le semplici circostanze potenzialmente suscettibili di causare una futura richiesta di risarcimento. In assenza di una clausola di tal genere, peraltro fino ad oggi pressoché inesistente nelle polizze assicurative sulla r.c. professionale del mercato italiano, il professionista che sia a conoscenza di circostanze da cui ritenga che, con ogni probabilità, possano derivare, in futuro, una o più richieste di risarcimento, è di fatto costretto, per beneficiare della copertura assicurativa, a rinnovare la polizza con la stessa

zia alla sola annualità di stipulazione del contratto nell'ambito della quale deve compiersi l'azione o l'omissione, prodursi il danno, essere ricevuta dall'assicurato la richiesta di risarcimento e da questi comunicata alla Compagnia. Concatenazione di eventi che, già ad una riflessione molto superficiale, appare talmente poco verosimile che si riesca a concentrare in un anno, perlomeno in talune attività professionali, ma forse la maggior parte di esse, che sembra evocare un vero e proprio paradosso, che, però, si risolve in danno dell'assicurato. Su questo tipo di polizza è particolarmente critica la pronuncia delle sezioni unite, sopra citata.

⁹ Merita però segnalare che, nelle more della pubblicazione del presente lavoro, è stata approvata la L. 4 agosto 2017, n. 124, nella quale si dispone che il periodo decennale di ultrattività della copertura è esteso a qualsiasi ipotesi di cessazione del rapporto assicurativo, anche indipendente dalla cessazione dell'attività dell'assicurato. La disposizione all'art. 1, comma 26, così recita: Alla lettera e) del comma 5 dell'articolo 3 del decreto-legge 13 agosto 2011, n. 138, convertito, con modificazioni, dalla legge 14 settembre 2011, n. 148, sono aggiunte, in fine, le seguenti parole: « In ogni caso, fatta salva la libertà contrattuale delle parti, le condizioni generali delle polizze assicurative di cui al periodo precedente prevedono l'offerta di un periodo di ultrattività della copertura per le richieste di risarcimento presentate per la prima volta entro i dieci anni successivi e riferite a fatti generatori della responsabilità verificatisi nel periodo di operatività della copertura. La disposizione di cui al periodo precedente si applica, altresì, alle polizze assicurative in corso di validità alla data di entrata in vigore della presente disposizione. A tal fine, a richiesta del contraente e ferma la libertà contrattuale, le compagnie assicurative propongono la rinegoziazione del contratto al richiedente secondo le nuove condizioni di premio».

¹⁰ L'ipotesi prospettabile è quella in cui l'assicurato sia a conoscenza di un evento che può dar luogo ad una richiesta di risarcimento, ma non è nella materiale possibilità di denunciarlo come sinistro, a causa della mancanza di un'effettiva richiesta risarcitoria da parte del potenziale danneggiato. Nella pratica accade sovente, infatti, che tra la condotta lesiva dell'assicurato, l'emergere del fatto dannoso e la successiva richiesta di risarcimento del danneggiato, possa intercorrere un considerevole lasso di tempo.

Si pensi al caso di un medico che si accorga che, durante un intervento, si è verificato un evento in grado di poter generare un caso di *medical malpractice*, anche se l'eventuale anomalia che ne potrebbe risultare non si è ancora raffigurata e non è, quindi, nel frattempo, ancora intervenuta alcuna richiesta di risarcimento da parte del paziente. Durante tale periodo, il professionista potrebbe trovarsi nella scomoda condizione di dover comunicare la predetta circostanza o in sede di rinnovo della propria polizza (perché, ad esempio, la stessa esclude il tacito rinnovo) o perché intenzionato a sottoscrivere una nuova polizza con una nuova compagnia di assicurazione. Ebbene qualora la polizza fosse corredata di una *deeming clause* l'assicurato ben potrebbe segnalare alla Compagnia il sinistro, assicurandosi così da quest'ultima la copertura, anche qualora la richiesta risarcitoria dovesse avvenire in un successivo momento e nel contempo sarà libero di poter tranquillamente cambiare assicuratore.

JUS CIVILE



compagnia fino al momento della formalizzazione della richiesta di risarcimento. Laddove, infatti, cambiasse assicuratore si esporrebbe al rischio, sempre presente nelle polizze con formula *claims made* che contemplino una copertura pregressa, di vedersi opporre dal nuovo assicuratore l'ineroperatività della polizza ai sensi degli art. 1892 e 1893 c.c., norme il cui contenuto è, peraltro, espressamente richiamato in clausole uniformemente utilizzate nella prassi negoziale, ed in virtù delle quali l'assicurato dichiara di non essere a conoscenza di fatti che possano dar luogo a richieste risarcitorie¹¹.

Ne consegue che il mutamento di Compagnia assicurativa, nella vigenza della formula *claims made*, pura od impura che sia, non è mai privo di conseguenze perché finisce per esporre comunque l'assicurato all'eccezione di conoscere e di aver volutamente taciuto un fatto dannoso già verificatosi, con conseguente rischio del venir meno della copertura assicurativa da parte del nuovo assicuratore¹².

L'assenza della *deeming clause* nella *claims made*, di fatto, obbliga l'assicurato a non cambiare Compagnia assicurativa, il che se per le società di assicurazione, determina l'innegabile vantaggio della fidelizzazione definitiva del cliente, sotto altro profilo annichilisce la concorrenza nel mercato assicurativo, il che è foriero di non poche perplessità.

Risulta, quindi, evidente la bontà della scelta legislativa di prevedere una *claims made con deeming clause*, ricomprendendo, così, nel concetto di sinistro anche qualsiasi circostanza di cui l'assicurato venga a conoscenza e che si presuma possa ragionevolmente dare origine ad una richiesta di risarcimento nei suoi confronti.

L'eventuale richiesta di risarcimento pervenuta in seguito alle comunicazioni così specificate sarà, infatti, considerata così come se fosse stata fatta durante il periodo di assicurazione, con conseguenziale copertura del sinistro.

¹¹ Sul punto, con la consueta chiarezza, M. Gazzara, *Note a margine della nuova disciplina in tema di polizze professionali per gli Avvocati*, in corso di pubblicazione su *Contratto e impresa*. L'Autore, giustamente, si interroga, a proposito delle polizze per la responsabilità professionale degli avvocati, ma il discorso può tranquillamente estendersi alle polizze in campo medico sanitario, su cosa accada se il professionista si accorge di essere incorso in un evidente errore professionale in relazione al quale il danno non si è tuttavia ancora manifestato, ovvero il cliente non ha ancora presentato una richiesta di risarcimento. Ed evidenzia che "la sola denuncia di sinistro, a differenza di quanto accadrebbe nel regime codicistico, non basterebbe a far rientrare il sinistro sotto la copertura della polizza *claims made* a quel tempo vigente, giacché la denuncia di sinistro non equivale alla richiesta risarcitoria richiesta dalla polizza. Ma neppure il sinistro potrebbe a rigore essere coperto dalla successiva polizza, sotto la quale verrà per ipotesi a concretizzarsi la richiesta risarcitoria, giacché l'assicuratore potrebbe sempre opporre al Legale la conoscenza o la conoscibilità dell'errore professionale commesso. L'unica soluzione sarebbe stata quella di ricomprendere, tra i requisiti minimi della polizza, anche una sorta di *deeming clause*, rinvenibile in alcune polizze *all risks*, ma ancora poco diffusa in quella di r.c. professionale, in virtù della quale le richieste risarcitorie scaturenti da fatti denunciati dall'assicurato in corso di polizza si considerano come effettuate coevamente".

¹² Pari discorso vale nell'ipotesi in cui l'assicurato con formula *claims made*, senza garanzia postuma, intenda, cessata l'attività, assicurarsi per eventuali richieste risarcitorie. Facilmente potrà essergli opposto che il danno di cui si chiede il risarcimento era conseguenza di un errore professionale già conosciuto o conoscibile al momento della stipula. Sul punto le condivisibili riflessioni di M. Gazzara, *L'assicurazione di responsabilità civile professionale*, cit., 93-94, ma, anche, P. Gabasio, *Modalità di validità della garanzia in claims made: il pensiero dell'assicuratore*, in *Medic. e dir.*, 2010, 46 e ss.

JUS CIVILE



È, inoltre, interessante notare che il testo dell'articolo citato, così come approvato in versione definitiva, si discosta sensibilmente da quello approvato in prima lettura dalla Camera dei deputati, il quale prevedeva, all'art. 11, minori tutele per l'assicurato contemplando una ultra attività solo quinquennale obbligatoria nell'ipotesi di scadenza del contratto assicurativo e una pregressa anch'essa solo quinquennale, per di più, facoltativa. In ogni caso era prevista la ultrattività decennale in caso di cessazione dell'attività, disposizione poi confermata nella versione divenuta legge.

L'approdo legislativo costituisce senz'altro il frutto di un'opportuna scelta di armonizzazione con la disciplina del DM 22.09.16 sull'assicurazione professionale degli Avvocati, che prevede la retroattività illimitata e la ultrattività decennale per cessazione dell'attività.

Come si è detto la clausola *claims made* trova, nella normativa in questione, la sua definitiva tipizzazione; è la prima volta che ciò accade con una norma di primo grado¹³, e tale scelta legislativa che, in teoria, affianca/aggiunge alla formula contrattuale codicistica, cd. loss, l'assicurazione sulla responsabilità professionale con formula *claims made*, rappresenta, in realtà, per tale tipologia di assicurazione sulla responsabilità civile, il suggello definitivo dell'abrogazione, di fatto, del modello codicistico, in realtà già da oltre un ventennio scomparso dal mercato assicurativo della responsabilità civile professionale.

La scelta legislativa di fare assurgere a tipo legale tale sottotipo di formula assicurativa se per certi aspetti ha il merito di fissarne i contorni ed i confini essenziali, mettendo così ordine in un mercato che vede molteplici formulazioni di *claims made*, tutte ben poco o per nulla favorevoli all'assicurato, lascia spazio, per altro verso, ad una serie d'interrogativi circa la meritevolezza delle polizze già esistenti che non replicano, sotto il profilo sia della copertura pregressa che della postuma, il modello oggi tipizzato.

Se con riferimento a tali polizze, contenenti la cd. clausola *claims made* impura, il sottoscritto¹⁴, quale voce pressoché isolata¹⁵ di un coro plaudente, ha da tempo evidenziato l'immeritevolezza della clausola, seguito poi dall'avallo delle sezioni unite¹⁶, oggi un argomento in più si aggiunge a tale giudizio di disvalore, il che apre all'ulteriore problema, invero neppure accennato nella disciplina in commento, delle conseguenze civilistiche derivanti dall'inosservanza delle caratteristiche base del modello tipologico oggi delineato dal legislatore.

In altri termini c'è da chiedersi se le polizze *claims made*, antecedenti alla legge in commen-

¹³ La disciplina della *claims made* pura è, infatti, delinata, nella normativa secondaria, dal DM 22.09.16.

¹⁴ Si rinvia allo scritto *La clausola claims made tra abuso del diritto ed immeritevolezza*, in *Danno e responsabilità*, fasc., 7, 2013, 701 e ss.

¹⁵ Vedi, però, anche, in senso particolarmente critico sulla *claims made*, i contributi di: U. Carassale, *La clausola claims made nelle polizze di responsabilità civile professionale*, in *Danno e responsabilità*, 2006, 598 e ss.; M. Gazzara, *Il difficile rapporto tra clausola claims made e assicurazione obbligatoria della responsabilità professionale*, in *Le Nuove Leggi civili comm.*, 2012, fasc. 6, 1213 e ss., dello stesso Autore, più di recente, la convincente monografia, *L'assicurazione di responsabilità civile professionale*, cit., 88 e ss.

¹⁶ Cass. Sez.un., 6.5.2016, n. 9140.

JUS CIVILE



to o ad essa successive, che non contengano la previsione di una pregressa almeno decennale e di una postuma di pari durata, o che lascino libera la Compagnia di recedere dal contratto, durante il periodo di operatività della postuma, siano valide o, piuttosto, affette da nullità parziale riferita alla clausola perché difforme dallo schema legale tipico traducendosi tale difformità in un giudizio d'immeritevolezza o, comunque, d'inidoneità della clausola. Bisognerà altresì chiedersi se la nullità della clausola *claims made*, difforme nella previsione di una minore copertura pregressa o postuma, comporti una sostituzione automatica di essa con la formula *claims made* oggi tipizzata, o se, per le polizze antecedenti alla disciplina in commento, la sostituzione automatica dovrà avvenire con la formula *loss*, contemplata nel codice civile (art. 1917, comma 1).

Quanto alla prima questione (pregressa infra decennale relativa ad una polizza successiva alla entrata in vigore della legge Gelli) la risposta ad avviso di chi scrive non può essere data astraendo dal caso concreto: ed infatti, non si vede perché debba qualificarsi immeritevole od inidonea la clausola che, ad esempio, limiti o, addirittura, escluda la pregressa laddove l'assicurato, struttura o medico che sia, sia agli inizi dell'attività.

In questo caso, come si è già detto, la pregressa è del tutto inutile e, di conseguenza, l'assenza di una previsione in tal senso non può, di per sé, minare la meritevolezza della clausola né l'idoneità di essa ad integrare il contenuto minimo del contratto.

Ovviamente tale discorso non può valere nelle ipotesi più diffuse ove il rapporto assicurativo si instauri a valle di un'attività esercitata da tempo; in tal caso, invero, sembra plausibile ritenere che la clausola difforme vada considerata nulla sia perché immeritevole, sia perché in deroga alla formula legale, individuata nell'art. 11, cit., che indica il contenuto minimo della clausola.

Di conseguenza, fermo restante la validità del contratto di assicurazione, la clausola *claims made* sarà affetta da nullità parziale e sarà sostituita, quanto all'estensione temporale della copertura pregressa, dalla formula legale prevista dalla citata norma.

Analogo discorso dovrà farsi per le nuove polizze qualora carenti della copertura postuma.

Più complessa, invece, si presenta la questione in ordine alle polizze stipulate prima della entrata in vigore della Legge Gelli. In tali casi si segnalano alcuni recentissimi e condivisibili arresti di legittimità¹⁷ che, soprattutto in relazione alla carenza della copertura postuma, hanno sottolineato l'immeritevolezza della clausola *claims made* che “*escluda le richieste postume...in quanto attribuisce all'assicuratore un vantaggio ingiusto e sproporzionato, senza contropartita*”.

Tre le ragioni indicate dal relatore a sostegno di quanto innanzi: anzitutto, sotto il profilo dello scambio negoziale, si evidenzia che la clausola in questione riduce “*il periodo effettivo di copertura assicurativa, dal quale resteranno verosimilmente esclusi tutti i danni causati dall'assicurato nella prossimità della scadenza del contratto. È infatti praticamente impossibile che la vittima d'un danno abbia la prontezza e il cinismo di chiederne il risarcimento illico et imme-*

¹⁷ Si tratta delle sentenze “gemelle” della Cassazione, depositate in data 28.4.2017, n. 10506/2017 e 10509/2017, pressoché identiche e scritte dal medesimo relatore, in *Danno e Resp.* 4/2017 con note di A. Palmieri e G. Pardolesi, di S. Monticelli, di L. Locatelli, di F. Greco.

JUS CIVILE



diate al responsabile. Ciò determina uno iato tra il tempo per il quale è stipulata l'assicurazione (e verosimilmente pagato il premio), e il tempo nel quale può avverarsi il rischio". Iato temporale che "è inconciliabile con il tipo di responsabilità professionale cui può andare incontro il medico, la cui opera può talora produrre effetti dannosi a decorso occulto, che si manifestano a distanza anche di molto tempo dal momento in cui venne tenuta la condotta colposa fonte di danno".

In secondo luogo, sotto il profilo dello svantaggio e della ingiustificata soggezione dell'assicurato, si sottolinea che la clausola in questione "fa dipendere la prestazione dell'assicuratore della responsabilità civile non solo da un evento futuro ed incerto ascrivibile a colpa dell'assicurato, ma altresì da un ulteriore evento futuro ed incerto dipendente dalla volontà del terzo danneggiato: la richiesta di risarcimento.

L'avveramento di tale condizione, tuttavia, esula del tutto dalla sfera di dominio, dalla volontà e dall'organizzazione dell'assicurato, che non ha su essa alcun potere di controllo. Ciò determina conseguenze paradossali, che l'ordinamento non può, ai sensi dell'art. 1322, c.c., avallare.

La prima è che la clausola in esame fa sorgere nell'assicurato l'interesse a ricevere prontamente la richiesta di risarcimento, in aperto contrasto col principio secolare (desumibile dall'art. 1904 c.c.) secondo cui il rischio assicurato deve essere un evento futuro, incerto e non voluto.

La seconda conseguenza paradossale è che la clausola *claim's made* con esclusione delle richieste postume pone l'assicurato nella seguente aporia: sapendo di avere causato un danno, se tace e aspetta che sia il danneggiato a chiedergli il risarcimento, perde la copertura; se sollecita il danneggiato a chiedergli il risarcimento, viola l'obbligo di salvataggio di cui all'art. 1915 c.c."

Quale terzo motivo a sostegno dell'immeritevolezza della clausola si evidenzia che essa "può costringere l'assicurato a tenere condotte contrastanti coi superiori doveri di solidarietà costituzionalmente imposti.

La clausola in esame infatti, elevando la richiesta del terzo a "condizione" per il pagamento dell'indennizzo, legittima l'assicuratore a sottrarsi alle proprie obbligazioni ove quella richiesta sia mancata: con la conseguenza che se l'assicurato adempie spontaneamente la propria obbligazione risarcitoria prima ancora che il terzo glielo richieda (come correttezza e buona fede gli imporrebbero), l'assicuratore potrebbe rifiutare l'indennizzo assumendo che mai nessuna richiesta del terzo è stata rivolta all'assicurato, sicché è mancata la *condicio iuris* cui il contratto subordina la prestazione dell'assicuratore (...). Esito, si diceva, paradossale, posto che quanto più l'assicurato è zelante e rispettoso dei propri doveri di solidarietà sociale, tanto meno sarà garantito dall'assicuratore".

Se questo autorevole orientamento giurisprudenziale dovesse, come appare auspicabile, trovare condivisione nei futuri arresti tanto della Cassazione quanto dei Giudici di merito¹⁸, la

¹⁸ In tal senso, di recente, si era pronunciato il Trib. Milano, 17.06.2016, in www.ridare.it – news del 23 giugno 2016.

JUS CIVILE



formula codicistica *loss*, oramai di fatto assente sul mercato assicurativo nonostante sia, a parere di chi scrive, l'unica in grado di rispondere alle reali esigenze dell'assicurato, specie in un regime di assicurazione obbligatoria deputato ad assicurare certezze ai terzi danneggiati da malpractice nell'espletamento dell'attività professionale, rischia¹⁹, come si ebbe ad evidenziare dal sottoscritto qualche anno fa²⁰, di risorgere a nuovi fasti per via giudiziale. Alla nullità parziale che investe la clausola *claims made* laddove, come quasi sempre accade, sia inidonea ad assicurare una copertura postuma per fatti accaduti nella vigenza del rapporto assicurativo, farà seguito la sostituzione della stessa con la previsione dell'art. 1917, comma 1, c.c.²¹.

Ulteriore questione aperta, anche se più teorica che pratica, considerato che il mercato assicurativo sulla responsabilità professionale non contempla, da anni, a quanto consta, offerte di polizze con formula *loss*, concerne l'idoneità di una polizza, con tale formula, dunque, pienamente conforme al modello codicistico, a soddisfare l'obbligo assicurativo oggi prescritto per legge. Sorge, infatti, il dubbio che essa, in quanto difforme dallo schema di polizza di cui all'art. 11 della legge Gelli, sia divenuta inidonea per gli esercenti le professioni in campo medico-sanitario e, probabilmente, anche per gli avvocati, considerato il DM 22.09.16, sebbene tale formula *loss* possa talvolta, per quanto si dirà innanzi, garantire una tutela molto più efficace sia dell'assicurato che del terzo danneggiato, anche con minori costi.

4. – Il testo della normativa in esame evidenzia, già ad una prima lettura, sotto il profilo assicurativo, talune rilevanti criticità e problematiche irrisolte di non poco rilievo.

Essa, infatti, prevede, come si è detto, in alternativa alla copertura assicurativa la possibilità per le strutture di adottare “*altre analoghe misure per la responsabilità civile verso terzi e per la responsabilità civile verso i prestatori d'opera*”.

La formula sembra così legittimare la prassi, che da tempo va diffondendosi per le strutture sanitarie, di non stipulare assicurazioni per la responsabilità civile conseguente all'esercizio dell'attività medico-sanitaria, considerata l'elevata onerosità delle polizze, sostituendo ad esse pratiche di autoassicurazione, con l'appostazione periodica in bilancio di riserve per affrontare tali rischi. Si tratta di una scelta legislativa, a parere di chi scrive, molto discutibile che pone, peraltro, rilevanti problemi di controllo dell'adeguatezza delle riserve appostate e rischia di svilire le finalità di tutela del terzo danneggiato perseguite dal legislatore, anzitutto, con la previsione dell'assicurazione obbligatoria per l'esercizio dell'attività professionale di cui al D. L. 138/11, convertito con legge 148/11.

¹⁹ Quantomeno per le polizze degli avvocati, dei medici e delle strutture sanitarie stipulate rispettivamente prima dell'entrata in vigore del D.M. 22.09.2016, per gli avvocati, e della L. 8.03.2017, n.24, per i medici e le strutture sanitarie.

²⁰ S. Monticelli, *La clausola claims made tra abuso del diritto ed immeritevolezza*, cit., 715-716.

²¹ Per maggiori approfondimenti si rinvia a S. Monticelli, *Il giudizio d'immeritevolezza della claims made agli albori della tipizzazione legale*, in *Danno e Resp.* 4/2017, 452 ss.

JUS CIVILE



Altro grave limite dell'intervento normativo è quello che – a fronte dell'obbligo per le strutture e per i professionisti di assicurarsi – non è stato previsto un analogo obbligo a contrarre in capo alle Compagnie, *vulnus* questo da più autori opportunamente segnalato già in sede di commento al D. L. 138/11, convertito con legge 148/11.

È ben vero che tale obbligo legale, laddove fosse stato previsto in coerenza con lo spirito della normativa sull'assicurazione obbligatoria, non avrebbe impedito alle Compagnie di assicurazione di praticare una politica dei prezzi, in ragione del rischio assunto, tale da scoraggiare di fatto la stipula di contratti di assicurazione per così dire non graditi, perché troppo ad alto rischio; ciò nondimeno avrebbe, però, dato agio alle strutture, come ai professionisti, di pretendere la stipula del contratto in questione, funzionale per l'esercizio dell'attività, sia pure a caro prezzo.

Sotto il profilo più specificamente negoziale va, poi, rilevato che la garanzia postuma decennale, pensata evidentemente in relazione alla prescrizione ordinaria in tema di danni da inadempimento, rischia di rilevarsi inutile in caso di danni c.d. lungo latenti, ove è ben possibile che la richiesta risarcitoria pervenga all'assicurato ben oltre il decennio.

In tali ipotesi, infatti, nonostante sia decorso, dalla condotta omissiva o commissiva produttiva del fatto dannoso, il decennio, oggetto della copertura assicurativa, il danneggiato avrà comunque la possibilità di vedere soddisfatta la propria pretesa risarcitoria. Difatti, secondo l'orientamento giurisprudenziale ormai pacifico per talune tipologie di danno, anche nello specifico settore della responsabilità professionale, la prescrizione decorre “non dal momento in cui la condotta del professionista determina l'evento dannoso, bensì da quello in cui la produzione del danno è oggettivamente percepibile e conoscibile dal danneggiato”²².

In altri termini per i danni così detti lungo latenti vi è uno spostamento in avanti del termine di decorrenza della prescrizione, in cui il *dies a quo* è fissato nel momento della oggettiva percepibilità del danno dal soggetto danneggiato, il che in molteplici ipotesi di responsabilità professionale può significare un termine particolarmente lungo. Si pensi, ad esempio, non solo al caso della responsabilità medica laddove i danni per un intervento errato e/o incompleto potrebbero manifestarsi dopo anni ma, soprattutto, alla responsabilità professionale notarile²³ ove la giurisprudenza, in più occasioni, ha ribadito che nel caso in cui il notaio rogante l'atto pubblico di trasferimento abbia erroneamente asseverato l'inesistenza di pesi o vincoli sul bene immobile

²² Cass., 22.09.2016, n. 18606, in *CED Cassazione*, 2016, in tema di responsabilità del notaio; Cass., 27.07.2007, n. 16658, in *Resp. civ. on line*, 2007 e Cass., 08.05.2006, n. 10493, in *Mass. Giur. It.*, 2006, entrambe in tema di responsabilità dell'Avvocato; principio analogo è stato affermato in tema di responsabilità del dottore commercialista ove si è fatto decorrere il termine di prescrizione non già dalla presentazione dell'errata dichiarazione ma dalla data di notifica dell'avviso di accertamento. Così Cass., 03.11.2010, n. 22358, in *Contratti*, 2011, 437, con nota di F. SANGERMANO, *Responsabilità del fiscalista per errata presentazione delle dichiarazioni Iva*.

²³ Si ritiene che il problema delle richieste risarcitorie ultratardive riguardi particolarmente i notai considerato il lungo lasso temporale che può in concreto trascorrere tra il rogito di un determinato atto dispositivo di un bene immobile e il rogito successivo concernente lo stesso cespite. Ed infatti, non è un caso che proprio in materia di responsabilità civile notarile si registrano numerosi arresti giurisprudenziali relativi a tale tipologia di richieste risarcitorie.

JUS CIVILE



oggetto del negozio, ai fini della individuazione del momento iniziale di decorrenza del termine prescrizione, non assume rilievo dirimente il momento della stipulazione dell'atto, dovendosi invece aver riguardo all'esistenza di un danno risarcibile ed al suo manifestarsi all'esterno, siccome percepibile dallo stesso danneggiato alla stregua del parametro dell'ordinaria diligenza²⁴.

Analogo discorso ed esempi possono agevolmente farsi per la responsabilità derivanti da altre attività libero professionali quali quella dell'avvocato, del commercialista, dell'ingegnere etc.

Per tali richieste, che potremmo definire "ultratardive", la polizza con formula *claims made*, benché accoppiata ad una clausola di ultrattività decennale, rischia di non essere operante, mentre ben lo sarebbe una polizza con formula *loss act committed*, secondo lo schema tipologico prescelto dall'art. 1917, comma 1, c.c., ove ciò che rileva è solo la data di accadimento del fatto dannoso.

Aggiungasi che il predetto grave limite di copertura può interessare non solo il professionista assicurato ma anche i suoi eredi i quali, falsamente tranquillizzati dalla copertura decennale postuma contemplata nella polizza, in ossequio alla previsione normativa di cui innanzi, potrebbero essere indotti ad accettare l'eredità loro devoluta dal professionista in modo puro e semplice, senza, dunque, quella prudenziale separazione tra il patrimonio del *de cuius* e quello dell'erede, assicurata dall'accettazione beneficiata; da tale accettazione deriverà, però, per gli eredi incauti la triste conseguenza di dover rispondere anche con il loro patrimonio della richiesta risarcitoria formulata nei confronti del professionista, per il danno cd. lungo latente. E ciò malgrado che il professionista assicurato abbia per anni puntualmente pagato un ricco premio all'assicurazione, senza ottenere, al momento della richiesta risarcitoria ultratardiva, alcuna copertura.

Nel contempo se la finalità dichiarata dell'assicurazione obbligatoria per gli esercenti le libere professioni in generale e, nell'ipotesi di specie, per gli esercenti attività professionali in campo medico-sanitario è quella di assicurare ai danneggiati comunque un ristoro per i danni subiti da *mal practice* nell'esecuzione dell'opera professionale, confidando sulla solidità dei patrimoni delle compagnie di assicurazione, tale funzione verrà di fatto disattesa in quanto, almeno per la tipologia di danni di cui si è detto, la sopravvenuta carenza di copertura assicurativa terrà indenne la compagnia da ogni obbligo risarcitorio.

Di qui l'inadeguatezza di una copertura postuma decennale, peraltro originariamente limitata al solo caso di cessazione dell'attività²⁵, prevista dalla disciplina in commento, non solo nel rispondere alle esigenze di tutela dell'assicurato ma, anche, nel salvaguardare sempre e comunque i terzi danneggiati, che il legislatore avrebbe la pretesa di tutelare con la previsione dell'obbligo assicurativo in questione.

Peraltro, giova sottolineare, che il *vulnus* di cui sopra non è neppure attenuato dalla previsione di speciale salvaguardia di cui all'art. 14 della legge Gelli, contenente l'istituzione di un "fondo di garanzia per i danni derivanti da responsabilità sanitaria", giacché nelle ipotesi contemplate al comma 7 della norma non rientra il caso dell'assenza di copertura assicurativa con-

²⁴ Cfr., tra le altre, Cass., 3.5.2016 n. 8703.

²⁵ Cfr. L. 4 agosto 2017, n. 124, art. 1, comma 26 cit.

JUS CIVILE



seguito ad una richiesta risarcitoria eccedente la garanzia postuma decennale. Se l'ipotesi fosse stata, invece, prevista, certamente il meccanismo di tutela assicurativa sarebbe stato più completo e rispondente ed esigenze effettive di tutela tanto dell'assicurato quanto dei terzi danneggiati, senza, peraltro, snaturare le finalità del fondo né gravarlo eccessivamente sotto il profilo dell'esposizione dello stesso a richieste risarcitorie, considerata la peculiarità e la marginalità dal punto di vista numerico delle richieste risarcitorie ultratardive.

Per rimanere nell'ambito delle criticità dell'intervento normativo è appena il caso di evidenziare che la previsione di una garanzia progressiva decennale è del tutto inutile per il professionista medico o, per le strutture sanitarie, che abbiano appena iniziato la loro attività. Inutilità che, però, non viene bilanciata da un risparmio sul premio assicurativo, il che è molto discutibile sotto il profilo della giustificazione causale dell'esborso.

5. – L'art. 13 della legge in questione dopo aver previsto che le strutture sanitarie e sociosanitarie e le imprese di assicurazione che prestano la copertura assicurativa nei confronti del personale medico-sanitario comunicano all'esercente la professione sanitaria l'instaurazione del giudizio promosso nei loro confronti dal danneggiato, entro dieci giorni dalla ricezione della notifica dell'atto introduttivo, successivamente dispone che “Le strutture sanitarie e sociosanitarie e le imprese di assicurazione entro dieci giorni comunicano all'esercente la professione sanitaria, mediante posta elettronica certificata o lettera raccomandata con avviso di ricevimento, l'avvio di trattative stragiudiziali con il danneggiato, con invito a prendervi parte”. Avendo cura di precisare che “L'omissione, la tardività o l'incompletezza delle comunicazioni di cui al presente comma preclude l'ammissibilità delle azioni di rivalsa o di responsabilità amministrativa di cui all'articolo 9”.

La norma è coerente sia con la previsione dell'azione diretta nei confronti dell'impresa di assicurazione del soggetto danneggiato che con la previsione della partecipazione al giudizio promosso direttamente contro l'assicurazione o contro la struttura sanitaria del soggetto danneggiante, quale litisconsorte necessario (art. 12 comma 4).

Opportunamente è richiesta la partecipazione del sanitario alla fase delle possibili trattative per la transazione della lite; detta previsione, benché non sia espressamente contemplato, andrebbe logicamente estesa alla fase della mediazione obbligatoria sia per i giudizi promossi contro le assicurazioni che nei giudizi relativi a responsabilità medico-sanitaria intentati contro le strutture e gli operatori. E, perciò, pure in mancanza di una previsione espressa, sussistente, invece, in ordine alla partecipazione alla procedura di consulenza tecnica preventiva ex art. 8, comma 4 della legge per tutte le parti coinvolte, si ritiene che fin da tale fase sia prudenzialmente opportuno, nel rispetto dei tempi e dei modi sopra indicati, assicurare la partecipazione rispettivamente del personale medico-sanitario danneggiante, da parte dell'assicurazione o della struttura sanitaria che abbia avuto l'invito alla mediazione, o della struttura sanitaria da parte dell'assicurazione, pena, in mancanza il maturare della preclusione delle azioni di rivalsa o di responsabilità amministrativa di cui all'articolo 9 della legge in questione.



JOSÉ CRISCUOLO

Dottore in giurisprudenza

IL DANNO DA PERDITA DEL RAPPORTO PARENTALE: PROFILI PROBLEMATICI E (IR)RILEVANZA DEL LUOGO DI RESIDENZA DEL DANNEGGIATO AI FINI DELLA LIQUIDAZIONE

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il danno da perdita del rapporto parentale. – 3. L'incidenza del luogo di residenza del danneggiato sulla liquidazione del danno: Cassazione civile, sez. III, 7 ottobre 2016, n. 20206. – 4. Brevi riflessioni conclusive.

1. – Il presente contributo si pone come obiettivo quello di ricostruire sinteticamente i tratti essenziali del risarcimento del danno da perdita del congiunto, prestando particolare attenzione ai profili concernenti la determinazione del *quantum* risarcitorio.

La breve disamina si arricchirà degli interessanti spunti di riflessione offerti dalla sentenza della Corte di Cassazione n. 20206, del 7 ottobre 2016, che ha affrontato *expressis verbis* il tema della possibile incidenza del luogo di residenza del danneggiato sulla liquidazione del ristoro.

Sul punto, come si evidenzierà in seguito, si riscontra una divergenza di vedute in seno alla stessa Corte di Legittimità, divisa tra una risalente impostazione che attribuisce un rilievo al luogo di residenza del danneggiato, ed un più recente orientamento secondo cui tale elemento rappresenta un fattore estraneo al giudizio risarcitorio.

La pronuncia in esame si inserisce convintamente nel filone giurisprudenziale da ultimo citato, che ormai pare imporsi quale indirizzo ermeneutico destinato a trovare costantemente applicazione.

2. – Nel lungo lavoro interpretativo che ha condotto ad una perimetrazione (tendenzialmente) condivisa del pregiudizio non patrimoniale risarcibile, la giurisprudenza di legittimità ha avuto modo di delineare i contorni della figura del danno da perdita del rapporto parentale.

Tuttavia quest'ultimo, sebbene stabilmente riconosciuto in sede giudiziale, continua a mostrare dei profili meritevoli di approfondimento, soprattutto per ciò che concerne la natura giuridica e la funzione ad esso attribuita.

Problematica, inoltre, risulta l'attività di liquidazione del danno *de quo*, come insegna l'eterogenea e magmatica casistica giurisprudenziale.

Rinviano l'analisi di quest'ultimo profilo alla parte conclusiva del contributo, sembra opportuno ricostruire brevemente i tratti distintivi del danno da perdita del congiunto, definito qua-

JUS CIVILE



le “vuoto costituito dal non potere più godere della presenza e del rapporto con chi è venuto meno e perciò nell’irrimediabile distruzione di un sistema di vita basato sull’affettività”¹¹.

Volendo partire dalla natura giuridica e dall’inquadramento sistematico della fattispecie, può osservarsi che la giurisprudenza dominante colloca il danno da perdita del rapporto parentale nell’alveo del più ampio pregiudizio di matrice esistenziale, ravvisandolo “non nella mera perdita delle abitudini e dei riti propri della quotidianità della vita, ma nello sconvolgimento dell’esistenza rivelato da fondamentali e radicali cambiamenti dello stile di vita”²².

Secondo tale orientamento, che peraltro sembra avallato da una attenta lettura della pronuncia delle Sezioni Unite n.26972 del novembre 2008, il danno da rottura del rapporto parentale si caratterizza in termini di autonomia rispetto sia alla tradizionale nozione dottrinale di danno morale sia a quella normativamente fissata di danno biologico³³.

L’impostazione appena riferita trova ampio seguito anche nella giurisprudenza di merito, ove è frequente trovare massime secondo cui, in relazione al danno da perdita del congiunto, “va ristorato l’interesse costituzionalmente protetto ed ingiustamente leso dallo sconvolgimento della vita familiare (c.d. danno da perdita del rapporto parentale), integrante un pregiudizio di tipo esistenziale da cui discende la lesione dei diritti inviolabili della famiglia (art. 2, 29 e 30 cost.)”⁴⁴.

Viceversa in altre pronunce, relative soprattutto a decessi causati da sinistri stradali di matrice colposa, il danno da perdita del rapporto parentale viene quasi sovrapposto al pregiudizio morale, fino a dissolversi interamente in quest’ultimo.

Si sostiene, così, che il “danno edonistico” per la perdita del congiunto deve essere valutato unitamente al risarcimento del danno morale *iure proprio*, “considerando anche lo stretto vincolo parentale e il grandissimo dolore per la perdita dell’unico figlio e per la conseguente estrema intensità della sofferenza subita”⁵⁵.

A ben vedere, la discrasia tra i due citati orientamenti è più teorica che pratica e costituisce la diretta conseguenza dell’impossibilità di effettuare, all’interno della composita categoria unitaria del pregiudizio non patrimoniale, una previa distinzione analitica tra le varie “voci di danno” che vi confluiscono.

¹ Cfr. Cass. Civ., sez. III, 9 maggio 2011, n. 10107.

² Cfr. Cass. Civ., sez. III, 16 febbraio 2012, n. 2228.

³ *Ex multis*, Cass. Civ., sez. III, 20/08/2015, n. 16992.

In senso analogo nella giurisprudenza di merito, App. Napoli, sez. IV, 21 aprile 2016, n. 1643, secondo cui “Il soggetto che chiede *iure proprio* il risarcimento del danno subito per la definitiva perdita del rapporto parentale lamenta l’incisione di un interesse giuridico diverso dal bene salute e dall’interesse all’integrità morale, essendo l’interesse fatto valere quello alla intangibilità della sfera degli affetti e della reciproca solidarietà nell’ambito della famiglia e alla inviolabilità della libera e piena esplicazione delle attività realizzatrici della persona nell’ambito della famiglia, la cui tutela si ricollega agli art. 2, 29 e 30 Cost.”.

⁴ Cfr. Trib. Lucca, 09 giugno 2015, n. 1046.

⁵ Cfr. Cass. Civ., sez. III, 8 luglio 2014, n. 15491.

JUS CIVILE



Ne deriva che la prassi giurisprudenziale, piuttosto che affannarsi ad etichettare il danno patito, è più intenta a “valutare, caso per caso, l’effettiva consistenza del pregiudizio, a prescindere dal nome attribuitogli, individuando quali ripercussioni negative sul valore-uomo si sono verificate”⁶⁶.

In tale ottica, anticipando quanto si dirà a breve, ai fini della determinazione del *quantum debeatur* non è dirimente scindere le componenti del complesso pregiudizio, quanto garantire che quest’ultimo venga integralmente (ma unitariamente) ristorato.

Venendo alla funzione del danno da perdita del rapporto parentale, può riscontrarsi nella più recente giurisprudenza di legittimità una sostanziale convergenza di vedute.

Superata l’impostazione risalente che considerava la fattispecie in esame alla stregua di un danno *in re ipsa*⁷⁷, la Corte di Cassazione si è univocamente orientata nel senso di interpretare la figura al pari di un ordinario danno-conseguenza, come tale risarcibile in quanto allegato e provato, seppur tramite presunzioni ex artt. 2927 – 2729 cod.civ..

Tale soluzione, del resto, è l’unica compatibile con i numerosi arresti che hanno ribadito la naturale funzione compensativa svolta dalla responsabilità civile, che non si smarrisce neppure di fronte a pregiudizi di stampo non patrimoniale.

Sul rigore probatorio richiesto, tuttavia, è frequente riscontrare delle oscillazioni, peraltro inevitabili vista l’incidenza che possono avere sulla vicenda risarcitoria le peculiarità del caso concreto.

Una prima impostazione ermeneutica ritiene che “soltanto l’allegazione circostanziata – mercé l’indicazione di fatti precisi e specifici nel caso concreto – di fondamentali e radicali cambiamenti dello stile di vita, determina l’inversione dell’onere della prova tipica delle presunzioni”⁸⁸.

Un diverso orientamento, invece, considerato che si è al cospetto di una peculiare ipotesi di danno in cui non si risarcisce una perdita economica ma si compensa un vuoto interiore causato dalla perdita di un congiunto, mostra un maggiore *favor* verso le ragioni del danneggiato.

Così, si ritiene che la prova presuntiva possa anche non essere retta da puntuali allegazioni dei pregiudizi patiti, sempre che le presunzioni non siano specificamente contrastate da altre prove contrarie.

Nel danno da perdita del rapporto parentale, dunque, acquistano rilievo decisivo una serie concatenata di fatti noti (il grado di parentela, il rapporto di filiazione o di coniugio, la durata del matrimonio, la convivenza); questi ultimi, ai fini dell’accoglimento dell’istanza, nella loro

⁶ Cfr. Trib. Modena, sez. I, 5 gennaio 2016, n. 29.

⁷ Per inciso, si osserva che la giurisprudenza più recente è sempre più orientata a negare che nel sistema giuridico odierno trovi cittadinanza la risarcibilità del mero danno evento. L’espunzione di tutte le ipotesi di danno *in re ipsa* è cominciata all’indomani della pronuncia delle Sezioni Unite n. 6572 del 24 marzo 2006, e ha trovato ripetute conferme nella giurisprudenza di legittimità. In tal senso, da ultimo, si consideri la definitiva presa di posizione sulla irrisarcibilità del danno c.d. “tanatologico”, ribadita dalle Sezioni Unite nella sentenza n. 15350 del 22 luglio 2015.

⁸ Cfr. Cass. Civ., sez. III, 13 maggio 2011, n. 10527.

JUS CIVILE



valutazione complessiva devono consentire al prudente apprezzamento del giudice di risalire al fatto ignoto, ossia all'esistenza del danno.

Sebbene tale ultimo indirizzo risulti più condivisibile in un'ottica di equità sostanziale, non può tacersi il rischio che un uso "disinvolto" delle presunzioni possa condurre ad una riemersione di forme mascherate di danno *in re ipsa*.

Che il rischio sia reale emerge nitidamente dalla massima ufficiale di una recente sentenza del Giudice di legittimità, in cui si legge a chiare lettere che "il fatto illecito, costituito dalle gravissime lesioni patite dal congiunto, dà luogo ad un danno non patrimoniale presunto, consistente nelle conseguenze pregiudizievoli sul rapporto parentale, allorché colpisce soggetti legati da uno stretto vincolo di parentela".

Il paventato pericolo, tuttavia, non può mettere in ombra l'importanza rivestita dalle presunzioni in un ambito così delicato come quello in esame, soprattutto tenuto conto del fatto che limitare il ricorso a tale strumento vorrebbe dire obbligare il danneggiato ad una vera *probatio diabolica*.

A tal uopo, ai fini dell'accertamento del danno da perdita del rapporto parentale⁹, uno degli elementi maggiormente valorizzati in chiave presuntiva è costituito dalla convivenza (o meno) dell'istante con il *de cuius*.

Un primo orientamento attribuisce a tale fattore un rilievo decisivo, negando che in assenza di convivenza tra danneggiato "primario" e parente superstite possa instaurarsi quel reciproco legame affettivo e solidale, che giustifica la ristorabilità del danno non patrimoniale da perdita del congiunto.

Accedendo a tale ricostruzione, appena pochi anni fa la Suprema Corte individuava nella convivenza il "connotato minimo attraverso cui si esteriorizza l'intimità delle relazioni di parentela, anche allargate, contraddistinte da reciproci legami affettivi, pratica della solidarietà e sostegno economico, solo in tal modo assumendo rilevanza giuridica il collegamento tra danneggiato primario e secondario"¹⁰.

Un diverso e più recente orientamento, *re melius perpensa*, predilige un approccio più flessibile e rispettoso delle peculiarità del caso concreto, minando l'aprioristica validità della corrispondenza biunivoca tra convivenza e risarcibilità del danno.

È quindi da accogliere favorevolmente il *revirement* che ha indotto la Corte di Cassazione, sebbene in relazione alle statuizioni civili di un processo penale, ad affermare che "non può ritenersi determinante il requisito della convivenza, poiché attribuire a tale situazione un rilievo decisivo porrebbe ingiustamente in secondo piano l'importanza di un legame affettivo e parenta-

⁹ Per un inquadramento generale sulla tematica, C. SALVI, *Il risarcimento integrale del danno non patrimoniale, una missione impossibile*, in *Europa dir. priv.*, 2014, pp. 517 ss.

¹⁰ Il filone giurisprudenziale in esame, nel cui alveo si colloca Cass. Civ., sez. III, 16 marzo 2012, n. 4253, produce il controverso effetto di negare quasi sistematicamente la rilevanza giuridica della relazione tra nonno e nipote, visto che non è frequente riscontrare una convivenza che si estenda oltre lo stretto nucleo familiare costituito dai coniugi e la prole.



le la cui solidità e permanenza non possono ritenersi minori in presenza di circostanze diverse”.

L’indirizzo interpretativo da ultimo illustrato sembra destinato a guadagnare uno spazio applicativo sempre maggiore, soppiantando l’orientamento che ritiene la convivenza imprescindibile ai fini della risarcibilità del danno in parola.

Quanto osservato trova conferma in uno dei più recenti arresti intervenuti sul tema, laddove si afferma che “il dato esterno ed oggettivo della convivenza non è elemento idoneo a bilanciare le evidenziate contrapposte esigenze e ad escludere a priori il diritto del non convivente al risarcimento del danno non patrimoniale da lesione del rapporto parentale”¹¹¹¹.

Ciò nondimeno, l’utilità del parametro della convivenza viene recuperata ai fini della determinazione del *quantum debeatur* ¹²¹², atteso che sembra ragionevole presumere che l’intimità delle relazioni di parentela cresca laddove vi sia una quotidiana condivisione dello spazio e delle esperienze comuni, così giustificando un più robusto risarcimento.

Come anticipato, proprio l’esatta liquidazione del danno da perdita del rapporto parentale costituisce uno dei profili più problematici della fattispecie.

Venendo in rilievo la lesione di valori inerenti alla persona, in quanto tali insuscettibili di conversione economica, la liquidazione del danno in parola avviene principalmente attraverso un criterio equitativo (artt. 1226 e 2056 cod. civ.).

Il giudicante dovrà considerare tutte le variabili prima indicate (intensità del vincolo familiare, situazione di convivenza, l’età della vittima primaria e dei danneggiati secondari), al fine di addivenire ad una ponderata liquidazione del risarcimento, calibrata sulle conseguenze negative che l’evento lesivo ha prodotto nella cerchia degli affetti della vittima.

Ne deriva che la determinazione del *quantum*, almeno nelle declamazioni di principio, “non appartiene all’arbitrio del giudice, ma alla sua prudente discrezionalità”¹³¹³, che è circostanziata alla luce della rilevanza da attribuire nel caso concreto ai menzionati indici.

Invero, la prassi degli uffici giudiziari insegna che è in atto una tendenza tipizzante finalizzata a standardizzare la quantificazione del danno da perdita del congiunto, nel dichiarato intento di imbrigliare la libertà del singolo giudice.

I tribunali più attivi su questo versante sono quello capitolino e quello milanese, che si sono elevati a tutori dell’avvertita esigenza di uniformità e certezza nel ristoro del danno; in tale ottica, replicando la procedura utilizzata in tema di risarcimento del danno biologico, i citati uffici hanno elaborato delle specifiche tabelle di quantificazione del danno da perdita parentale.

Queste ultime, pur rappresentando un punto di partenza sulla strada dell’uniformità, non impediscono al giudice di discostarsi in maniera (anche) sensibile dai valori di riferimento; del re-

¹¹Cfr. Cass. Civ., sez. III, 20 ottobre 2016, n. 21230.

¹²Lo slittamento del parametro della convivenza dalla sfera dell’*an* del risarcimento a quella del *quantum* è ben evidenziata da A. PARZIALE, *Caduta del nonno sulla tomba del nipote: la giurisprudenza di merito alla prova del danno alla persona, tra nesso di causa e danno parentale*, in *Riv. it. med. leg.*, fasc.2, 2015, pag. 765.

¹³Così, Cass. Civ., sez. III, 12 luglio 2006, n. 15760.

JUS CIVILE



sto non potrebbe essere il contrario, visto che il danno non patrimoniale permane il campo in cui deve trovare massima attuazione l'opera di personalizzazione del risarcimento¹⁴.

Va segnalato, peraltro, la presenza di un robusto filone dottrinale che contesta *in nuce* l'utilizzabilità di criteri tabellari per la quantificazione del danno da perdita del congiunto¹⁵, trattandosi di ristorare un pregiudizio di per sé mancante di termini di raffronto¹⁶.

Ecco così riemergere la predilezione per l'equità "pura", certamente incapace di garantire l'uniformità del ristoro su tutto il territorio nazionale ma (forse) in grado di cogliere la profondità del pregiudizio subito nel caso concreto.

Va da sé che le incertezze relative al processo di quantificazione del danno in parola intercettano il più generale tema della necessaria liquidazione unitaria, o meno, del pregiudizio non patrimoniale.

A tal uopo, un valido punto di riferimento si rinviene nell'orientamento consacrato dalla sentenza resa dalle citate Sezioni Unite nel 2008, a cui la prevalente giurisprudenza di legittimità dichiara formalmente di voler dare continuità.

Non deve stupire, quindi, il frequente richiamo operato dalla Corte di Cassazione al principio di diritto secondo cui "la perdita di una persona cara implica necessariamente una sofferenza morale, la quale non costituisce un danno autonomo, ma rappresenta un aspetto — del quale tenere conto, unitamente a tutte le altre conseguenze — nella liquidazione unitaria ed onnicomprensiva del danno non patrimoniale".

Il rinvio alla massima riportata produce l'effetto di negare la congiunta liquidazione del danno da perdita del congiunto e di quello morale, e risulta funzionale a impedire un'inammissibile duplicazione risarcitoria, atteso che tali voci rappresenterebbero solo singoli aspetti del più generale pregiudizio non patrimoniale.

Al danno da perdita del rapporto parentale, in ipotesi, può aggiungersi anche un vero e proprio pregiudizio biologico; tuttavia anche in tale eventualità, almeno secondo l'orientamento in parola, l'uno e l'altro danno sono "nondimeno suscettibili – in virtù del principio della "onnicomprensività" della liquidazione – di liquidazione unitaria"¹⁷.

Ecco riemergere, dunque, la necessità di prescindere dall'utilizzo di sterili etichette classificatorie, sfrondando dalla materia in esame tutto ciò che non sia funzionale a garantire che venga ristorato "interamente il pregiudizio, ma non oltre".

¹⁴ In tema di personalizzazione del danno in parola, M. MIRRIONE, *Il danno da perdita del rapporto parentale: legittimazione iure proprio e criteri liquidativi*, in *Resp. civ. e prev.* 2013, pagg. 881 ss..

¹⁵ Così, F.D. BUSNELLI, *La liquidazione del danno alla persona nella R.C.A., tra legge, giurisprudenze e tabelle valutative*, in *Assicurazioni*, pagg. 587 ss..

¹⁶ In tal senso, testualmente, D. POLETTI, *Il danno risarcibile*, in *Diritto civile – La responsabilità e il danno vol. IV*, a cura di N. Lipari – P. Rescigno, Giuffrè, 2009, pag. 375.

¹⁷ *Ex multis*, Cass. Civ., sez. III, 19 ottobre 2015, n. 21084.

JUS CIVILE



3. – Un ulteriore variabile che può inserirsi nella già complessa opera di liquidazione del danno da perdita del rapporto parentale sembra essere, almeno per parte della giurisprudenza, il luogo di residenza del danneggiato.

Proprio su tale aspetto interviene la pronuncia¹⁸¹⁸ richiamata in apertura del presente contributo, facendosi portavoce di un recente indirizzo giurisprudenziale che tende a svalutare tale fattore ai fini della determinazione del *quantum debeatur*.

Volendo riannodare i fili del discorso appena accennato, può osservarsi che la vicenda in esame è giunta al vaglio della Suprema Corte in quanto i congiunti della vittima del sinistro stradale *de quo* contestavano la rideterminazione al ribasso del risarcimento operata dalla Corte di Appello di Bari.

Secondo l'impostazione interpretativa adottata nel secondo grado di giudizio, nella liquidazione equitativa del danno da perdita del rapporto parentale va tenuto conto anche della realtà socio economica in cui vive il danneggiato, potendosi adeguare a tale realtà l'importo che si ritiene dovuto ai fini riparatori del danno.

Partendo da tale assunto la Corte barese decurtava il *quantum debeatur*, attribuendo decisivo valore alla circostanza che i danneggiati risiedevano in Senegal, ossia in un paese in cui il potere d'acquisto dell'euro è di gran lunga superiore¹⁹¹⁹ rispetto a quello posseduto nello Stato in cui va risarcito il danno derivante dal sinistro.

Nel provvedere in tal senso, la sentenza impugnata dichiarava apertamente di aderire all'orientamento espresso da Corte di Cassazione sez. III, n. 1637 del 14 febbraio 2000, secondo cui la somma di denaro assunta come equa per la riparazione del danno patito può essere parametrata in base al potere di acquisto del denaro nella zona in cui esso è presumibilmente destinato ad essere speso.

Nella specie, trattandosi di danneggiati che risiedevano in Senegal, la Corte di merito riteneva giustificata la conversione delle somme liquidate in base ai coefficienti ministeriali²⁰ adottati per stabilire il livello di reddito equivalente per ciascun paese; così opinando, la sentenza censurata innanzi alla Corte di legittimità arrivava quasi a dimezzare il risarcimento accordato dal Giudice di prime cure.

Tanto premesso, va ora dato atto di come la Suprema Corte demolisca pezzo dopo pezzo le argomentazioni della Curia barese, pronunciandosi nel senso della totale irrilevanza del luogo di residenza dei danneggiati ai fini della liquidazione del danno da perdita del rapporto parentale.

In primo luogo, la Corte di Cassazione, sez. III, del 7 ottobre 2016, n.20206, evidenzia come

¹⁸ Cfr. Cass. Civ., sez. III, 07 ottobre 2016, n. 20206.

¹⁹ Si consideri che il rapporto di cambio, tra Euro e Franco senegalese, all'epoca dei fatti era circa 1/ 0.3867.

²⁰ L'importo finale liquidato è frutto di un complesso calcolo, e si basa sui coefficienti di conversione stabiliti dal decreto del Ministro del lavoro del 28 gennaio 2009, emesso ai sensi dell'articolo 38 della legge 27 dicembre 2002 numero 289. Tale norma prevede che il Ministro del lavoro, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze e del Ministro per gli italiani nel mondo, stabilisce con proprio decreto il livello di reddito equivalente per ciascun paese, al reddito di cui all'articolo 38 comma 1 della legge 28 dicembre 2001 numero 448. In base al decreto ministeriale, il livello di reddito equivalente è stato stabilito in base al prodotto di € 580,00 –per l'anno 2008 – per differenti coefficienti variabili in relazione a ciascun paese. Per quanto riguarda il Senegal, il coefficiente è stato fissato nello 0,4255.

JUS CIVILE



l'orientamento richiamato dalla sentenza impugnata non abbia trovato alcun seguito nella giurisprudenza di legittimità, la quale si è anzi orientata in un verso diametralmente opposto.

L'elaborazione pretoria più recente è giunta alla condivisibile conclusione secondo cui “la condizione socio-economica del danneggiato è un elemento esterno rispetto all'illecito aquiliano”, che in quanto tale non influenza in alcun modo la fase di liquidazione del danno.

La quantificazione di quest'ultimo, infatti, deve tener conto solo della capacità di alleviare il pregiudizio effettivamente patito dalla persona lesa, essendo irrilevante quantificare la possibile utilizzazione del risarcimento, che non rappresenta null'altro che “un *posterius* rispetto all'illecito”.

Le argomentazioni svolte sono suffragate anche dalla struttura della responsabilità aquiliana, nonché dalla funzione che il danno da perdita del rapporto parentale svolge nell'ordinamento giuridico.

In relazione a tale ultimo profilo, sarebbe razionalmente illogico e giuridicamente intollerabile commisurare il danno da perdita del congiunto alle conseguenze economiche che il danneggiato trarrà dal risarcimento, atteso che nella specie si tratta di compensare “nell'unica modalità giuridicamente possibile il valore della persona perduta”.

In altri termini, il peculiare danno in parola è funzionale a risarcire (sebbene attraverso una *fictio*) il valore di ogni persona, e proprio tale finalità impedisce che il ristoro possa subire alcuna *deminutio* in base ad elementi che su tale umanità non incidono.

Tornando alla struttura dell'illecito, come è noto essa si compone di tre elementi costitutivi – condotta illecita (dolosa o colposa), danno e nesso causale tra essi – risultando ancora una volta irrilevante “il luogo dove il danneggiato abitualmente vive, e presumibilmente spenderà od investirà il risarcimento”²¹²¹; così stando le cose, l'orientamento risalente rievocato dall'impugnata pronuncia appare senz'altro da superare.

In conclusione, l'autorevole Collegio non risparmia aspre critiche al ragionamento sotteso alla procedura di liquidazione operata dalla sentenza impugnata, attribuendo alla pronuncia in commento anche un valore *lato sensu* metagiuridico, perfettamente conforme alla sensibilità sociale del tempo.

Emblematica, in tal senso, l'affermazione secondo cui “il legislatore costituzionale ovviamente inibisce una liquidazione risarcitoria come quella adottata nella impugnata sentenza, per cui alla persona in sé si impone come parametro per il risarcimento per equivalente della sua perdita il valore della moneta con cui viene concretizzato nel luogo dove risiede chi tale perdita ha subito”.

Ogni altro commento pare superfluo, salvo concludere che, all'indomani della sentenza in esame, la censurata impostazione “valutaria” del risarcimento del danno da perdita del congiunto sembra destinata ad andare nel dimenticatoio.

4. – Al termine delle considerazioni svolte, sembra possibile delineare il volto odierno del danno da perdita del rapporto parentale.

²¹ Così, testualmente, Cass. Civ., sez. III, 18 maggio 2012, n. 7932.

JUS CIVILE



Il diritto vivente ci consegna un'ipotesi di pregiudizio non patrimoniale interpretata in termini spiccatamente sostanziali, in relazione alla quale non rileva classificarla come sottospecie di danno morale, ovvero come *vulnus* incidente sulla dimensione relazionale del danneggiato secondario.

Alla base della figura in parola si pone “il vuoto costituito dal non potere più godere della presenza e del rapporto con chi è venuto meno”, ed è tale vuoto che va ristorato a prescindere dal ricorso a sterili etichette, in ossequio ai fondamentali principi di integralità ed effettività del risarcimento del danno.

Nondimeno, dare concreta attuazione a queste premesse è compito tutt'altro che agevole, come dimostra l'articolata prassi giudiziale relativa alla fase di liquidazione del danno da perdita del congiunto; su tale versante, infatti, si susseguono procedure tutt'altro che univoche, talvolta ispirate a criteri equitativi puri e talaltra attuative di tendenze tipizzanti.

In termini più generali, inoltre, si assiste ad una divaricazione tra i fattori di una liquidazione unitaria ed omnicomprensiva del danno non patrimoniale e i sostenitori di una scomposizione analitica tra le varie “voci” di danno²²², sebbene anche quest'ultimo orientamento si mostri attento a non favorire indebite duplicazioni risarcitorie derivanti dalla menzionata disarticolazione del complessivo pregiudizio.

Sempre per ciò che concerne la fase di liquidazione del danno, si è avuto modo di indagare la possibile incidenza sul *quantum debeatur* di fattori esterni all'illecito, quali la convivenza della vittima primaria con il danneggiato e il luogo di residenza di quest'ultimo.

In tale ambito sembra delinearsi nella giurisprudenza di legittimità un orientamento ben definito, volto a disconoscere la rilevanza di qualunque elemento casuale ed estrinseco rispetto all'illecito e alle sue conseguenze.

Se tale argomento vale per il rapporto di convivenza tra danneggiato e *de cuius*, “che non è idoneo escludere a priori il diritto del non convivente al risarcimento del danno”²³, vale ancora di più per il luogo di residenza del danneggiato, che non rappresenta null'altro che “un *posterius*, come tale ininfluenza sulla misura del risarcimento del danno”, come testualmente affermato dalla sentenza in commento.

In conclusione, il danno da perdita del rapporto parentale può essere risarcito tutte le volte in cui a seguito dell'illecito venga recisa la sfera degli affetti reciproci e della solidarietà che caratterizza la vita familiare, e il *quantum debeatur* andrà commisurato al valore che la persona perduta aveva rispetto al danneggiato, restando irrilevanti fattori assolutamente eccentrici quali il luogo di residenza di colui che riceverà il risarcimento.

²² In particolare, secondo l'impostazione fatta propria da Cass. Civ., sez. III, 9 giugno, 2015, n. 11851, la sofferenza dell'individuo sarebbe sempre da scindere tra il dolore interiore (*id est* il danno morale) e la alterazione della vita quotidiana, così come emergerebbe da indici normativi (art. 5, D.P.R., 3 marzo 2009, n. 37) e giurisprudenziali (cfr. Cass. Civ., sez. III, 3 ottobre 2013).

²³ Cfr. la già citata Cass. Civ., sez. III, 20 ottobre 2016, n. 21230.



EUGENIO FAZIO

Professore associato di diritto privato –Università di Messina

STATUS FILIATIONIS E TUTELE DEI FIGLI NON RICONOSCIUTI E NON RICONOSCIBILI

SOMMARIO: 1. Premessa. La cancellazione del divieto di riconoscimento dei figli incestuosi. – 2. Artt. 279, 580, 594 c.c. e loro ambito di applicazione. – 3. I diritti successori dei figli non riconoscibili – 4. Il criterio del superiore interesse del minore.

1. – Lo studio della condizione giuridica dei figli non riconosciuti e non riconoscibili nel nostro sistema non sembra possa prescindere dalla rimeditazione della nozione di status¹, anche alla luce della affermazione della unicità dello stato di figlio proclamata dalla riforma della filiazione², iniziata con la l. 10 dicembre 2012, n. 219 e completata dal d.lgs. 28 dicembre 2013, n. 154.

In tal senso, dovendosi garantire a tutti i figli l'accesso all'accertamento formale dello stato, la riforma suddetta provvede all'eliminazione del preesistente divieto di riconoscimento dei figli incestuosi, ammettendo in ogni ipotesi il riconoscimento del figlio nato da relazione incestuosa tra parenti e affini ai sensi del riformulato art. 251 c.c.³ (senza più la distinzione tra buona fede o mala fede del genitore⁴ né la previsione della nullità del matrimonio da cui deriva l'affinità),

¹ Sullo *status*, quale situazione soggettiva di potenziata tutela dell'interesse, non solo punto di attrazione di un complesso di diritti ed obblighi connessi ad un determinato rapporto, ma anche fonte di un ulteriore e autonomo potere giuridico di far valere nei rapporti sociali ed *erga omnes* la propria posizione giuridica e la relativa qualità personale, cfr. V. SCALISI, *Lo status di figlio legittimo per adozione*, in *Categorie e istituti del diritto civile nella transizione al postmoderno*, Milano, 2005, 380, e, ora, in ID., *Studi sul diritto di famiglia*, Padova, 2014, 354-355.

² Cfr. L. LENTI, *La sedicente riforma della filiazione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, II, 207; G. FERRANDO, *La legge sulla filiazione. Profili sostanziali*, in www.juscivile.it, 2013, 2, 145; P. RESCIGNO, *La filiazione "riformata": l'unicità dello status*, in *Giur. it.*, 2014, 5; M. SESTA, *L'unicità dello stato di filiazione e i nuovi assetti delle relazioni familiari*, in *Fam. e dir.*, 2013, 231 ss.; ID., *Stato unico di filiazione e diritto ereditario*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, 2 ss.; ID., *Filiazione (diritto civile)*, in *Enc. dir., Annali*, VIII, Milano, 2015, 445 ss.; C. M. BIANCA, *La legge italiana conosce solo figli*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, 1 ss.; ID., *La riforma della filiazione: alcune note di lume*, in *Giust. civ.*, 2013, II, 439; M. PARADISO, *Navigando nell'arcipelago familiare. Itaca non c'è*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, 1306-1307; A. PALAZZO, *La riforma dello status di filiazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, 245 ss.; M. BIANCA, *L'uguaglianza dello stato giuridico dei figli nella recente l. 219 del 2012*, in *Giust. civ.*, 2013, II, 205 ss.; R. AMAGLIANI, *L'unicità dello stato giuridico di figlio*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, 554 ss.; E. GIACOBBE, *Il prevalente interesse del minore e la responsabilità genitoriale. Riflessioni sulla riforma "Bianca"*, in *Dir. fam. e pers.*, 2014, 817 ss.

³ Sul tema v. T. AULETTA, *Riconoscimento dei figli incestuosi*, in *La riforma del diritto della filiazione*, Comm. sist. a cura di C. M. Bianca, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2013, 478 ss., nonché, dopo il d.lgs. n. 154/2013, ID., *La filiazione derivante da incesto*, in C. M. BIANCA (a cura di), *La riforma della filiazione*, Padova, 2015, 230 ss.

⁴ Già in dottrina, in critica alla scelta legislativa che vietava il riconoscimento ai genitori in mala fede, non poten-



salva la necessità dell'autorizzazione giudiziale, tenendo conto dell'interesse del figlio e della necessità di evitare allo stesso qualunque pregiudizio⁵.

In questo quadro non può sottacersi peraltro che l'art. 278 c.c., come introdotto dalla riforma del 1975, precludeva l'azione di accertamento e ogni indagine sulla ricerca della paternità o della maternità nei casi in cui il riconoscimento dei figli incestuosi era vietato ai sensi del suddetto art. 251 c.c., vecchio testo, ossia nel caso di mala fede dei genitori, che fossero consapevoli del vincolo di parentela; la Corte Costituzionale nel 2002 aveva ritenuto illegittimo, in quanto discriminatorio nei confronti dei figli, un tale divieto⁶. La nuova formulazione dell'art. 278 c.c. prevede ora la stessa autorizzazione giudiziale⁷ di cui sopra per la dichiarazione giudiziale di paternità o maternità di un figlio nato da consanguinei o affini in linea retta, sicché la peculiarità della posizione del figlio nato da incesto si rinviene nel fatto che il riconoscimento o l'accertamento giudiziale dello status richiedono una previa valutazione giudiziale, che va condotta nella sola prospettiva della tutela dell'interesse del figlio.

In ragione dei richiamati interventi legislativi si pone dunque una fondamentale questione di sistema, ovvero la sussistenza della categoria dei c.d. "figli irricognoscibili" nell'ordinamento interno, dovendosi indagare sulla eventuale abrogazione tacita delle norme che, in assenza dell'instaurazione di una relazione di filiazione, attribuiscono ai suddetti figli determinati diritti⁸, di carattere essenzialmente obbligatorio, nei confronti del genitore biologico, sul presuppo-

do ricadere sui figli la colpa dei padri e delle madri, M. GIORGIANNI, *La filiazione fuori del matrimonio*, in *La riforma del diritto di famiglia*, Atti del Convegno di Venezia, 11-12 marzo 1972, Padova, 1972, 135; L. MENGONI, *La filiazione fuori del matrimonio*, *ivi*, 140 ss.; L. CARRARO, *Il nuovo diritto di famiglia*, in *Riv. dir. civ.*, 1975, I, 103; A. C. JEMOLO, *I figli incestuosi*, in *Riv. dir. civ.*, 1976, II, 564. Per il riconoscimento della filiazione incestuosa v. altresì F. SANTORO PASSARELLI, *La filiazione nel progetto di codice civile*, in *Saggi di diritto civile*, I, Napoli, 1961, 463.

⁵ Cfr. G. LISELLA, *Riconoscimento di figlio nato da relazione incestuosa e autorizzazione del giudice*, in www.comparazionediritto civile.it, 2013, 5 (ora anche in R. PANE (a cura di), *Nuove frontiere della famiglia. La riforma della filiazione*, Napoli, 2014, 57); S. TROIANO, *L'autorizzazione giudiziale al riconoscimento dei figli nati da parenti o affini*, in *Studi in onore di Giovanni Iudica*, Milano, 2014, 1397 ss.; C. M. BIANCA, *La legge italiana conosce solo figli*, *cit.*, 4-5.

⁶ Corte Cost., 28 novembre 2002, n. 494, in *Giur. cost.*, 2002, I, 4058; in *Vita not.*, 2002, I, 1353, con nota di F. UCCELLA, *Sulla parziale illegittimità della disciplina sulla cosiddetta filiazione incestuosa: forti ombre su di un sentiero, che resta impervio*; in *Fam. e dir.*, 2003, 119, con nota di M. DOGLIOTTI, *La Corte Costituzionale interviene a metà sulla filiazione incestuosa*. Nella stessa pronuncia, tuttavia, la Corte aveva rilevato come l'incostituzionalità "non coinvolge il parallelo divieto di riconoscimento nelle medesime ipotesi", assunto superato dalla riforma della filiazione e già criticato dalla prevalente dottrina (cfr. C. M. BIANCA, *La Corte costituzionale ha rimosso il divieto di indagini sulla paternità e maternità di cui all'art. 278, comma 1 c.c. (ma i figli irricognoscibili rimangono)*, in *Giur. cost.*, 2002, I, 4068; G. FERRANDO, *I diritti negati dei figli incestuosi*, in *Studi in onore di Cesare Massimo Bianca*, II, Milano, 2006, 211 ss.). In altri termini, a seguito di tale pronuncia, si era venuta a determinare una situazione piuttosto anomala, giacché, mentre risultava ammissibile l'accertamento giudiziale della filiazione naturale anche nell'ipotesi di incesto, per la persistente vigenza del divieto ex art. 251 c.c. era precluso un atto di riconoscimento, da parte dei genitori, dei figli incestuosi.

⁷ G. LISELLA, *Dichiarazione giudiziale di maternità e di paternità del figlio nato da relazione incestuosa e autorizzazione del giudice*, in *Fam. e dir.*, 2014, 846 ss.

⁸ Sulla abrogazione implicita degli artt. 279, 580, 594 c.c. per incompatibilità con la dichiarazione di incostituzionalità dell'art. 278 c.c., a seguito della summenzionata pronuncia della Corte costituzionale del 2002, cfr. C. M.

JUS CIVILE



sto di un accertamento meramente incidentale del rapporto procreativo⁹.

Il riferimento è evidentemente agli artt. 279, 580, 594 c.c., contenenti disposizioni mantenute dallo stesso legislatore delegato che con il d.lgs. n. 154/2013 ha apportato, alle stesse, modifiche di carattere prevalentemente formale. In particolare l'art. 279 c.c., comma 1, stabilisce che in ogni caso in cui non può proporsi l'azione per la dichiarazione giudiziale di paternità o di maternità, il figlio nato fuori dal matrimonio può agire per ottenere il mantenimento, l'istruzione e l'educazione, mentre, se maggiorenne e in stato di bisogno, può agire per ottenere gli alimenti, a condizione che il diritto al mantenimento di cui all'art. 315-*bis* sia venuto meno¹⁰; ai sensi della nuova formulazione del comma 2 dello stesso articolo 279 c.c., si prevede inoltre un'autorizzazione giudiziale per l'azione del figlio volta ad ottenere il mantenimento, l'istruzione e l'educazione, uguale a quella prevista per il riconoscimento del figlio nato da relazioni parentali ai sensi del novellato art. 251 c.c.¹¹. Gli artt. 580 e 594 c.c., sostanzialmente non modificati dall'intervento del legislatore delegato, attribuiscono poi ai figli non riconoscibili un assegno vitalizio a titolo, rispettivamente, di successione legittima e di successione necessaria¹².

BIANCA, *Diritto civile*, 2.1, *La famiglia. Le successioni*, Milano, 2005, 394; *contra* A. ANGIULI, *Sfera di applicazione dell'art. 279 c.c. a seguito della pronuncia di incostituzionalità dell'art. 278, 1° comma c.c.*, in *Giur. it.*, 2003, 868 ss.

⁹ Sul punto A. SASSI, *Accertamento indiretto di stato e diritti successori nella riforma della filiazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, 626.

¹⁰ Su quest'ultimo punto cfr. S. TROIANO, *Diritto allo stato e figli "senza stato", ovvero i figli non riconoscibili dopo la riforma della filiazione*, in *www.juscivile.it*, 2015, 5, 227; M. VELLETTI, *Autorizzazione all'azione di dichiarazione giudiziale di paternità e maternità*, in M. BIANCA (a cura di), *Filiazione. Commento al decreto attuativo*, Milano, 2014, 84; M. MANTOVANI, *sub. art. 279 c.c.*, in *Comm. breve al codice civile Cian – Trabucchi*, 11ª ed., Padova, 2014, 369.

¹¹ È evidente come non risulti più operante il rinvio, contenuto nel previgente testo dell'art. 279, comma 2, c.c., al giudizio di ammissibilità di cui all'art. 274 c.c., soluzione peraltro necessitata a seguito della dichiarazione di illegittimità costituzionale del giudizio soggetto da parte della Corte costituzionale (v. Corte cost., 10 febbraio 2006, n. 50, in *Giur. cost.*, 2006, 446 ss.; in *Corr. giur.*, 2006, 497, con nota di V. CARBONE, *Paternità naturale: incostituzionale la fase preliminare del giudizio*; in *Fam. e dir.*, 2006, 237, con nota di M. SESTA, *L'incostituzionalità dell'art. 274 c.c.: è ancora possibile la delibazione dell'interesse del minore?*).

¹² Così dispone ora l'art. 580 c.c., come modificato dal d.lgs. n. 154/2013: "1. Ai figli nati fuori del matrimonio aventi diritto al mantenimento, all'istruzione e all'educazione, a norma dell'art. 279, spetta un assegno vitalizio pari all'ammontare della rendita della quota di eredità alla quale avrebbero diritto, se la filiazione fosse stata dichiarata o riconosciuta. 2. I figli nati fuori del matrimonio hanno diritto di ottenere su loro richiesta la capitalizzazione dell'assegno loro spettante a norma del comma precedente, in denaro, ovvero, a scelta degli eredi legittimi, in beni ereditari". Conformemente il riformato art. 594 c.c. prevede che "Gli eredi, i legatari e i donatari sono tenuti, in proporzione a quanto hanno ricevuto, a corrispondere ai figli nati fuori del matrimonio di cui all'art. 279, un assegno vitalizio nei limiti stabiliti dall'art. 580, se il genitore non ha disposto per donazione o testamento in favore dei figli medesimi". La disposizione aggiunge che "Se il genitore ha disposto in loro favore, essi possono rinunciare alla disposizione e chiedere l'assegno".

Nel senso dell'impellenza di una legislazione unificatrice di tutti gli *status* e della disciplina successoria dei figli v. M. SESTA, *La filiazione naturale*, in *Tratt. Bessone*, Torino, 2002, 79; U. MAJELLO, *Profili costituzionali della filiazione legittima e naturale*, Napoli, 1965, 129 ss.; W. ROMAGNO, *La successione dei figli nati privi di stato alla luce di una recente sentenza della Corte costituzionale*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, II, 602 ss.



2. – In prima approssimazione e con riserva di ampliare ulteriormente le argomentazioni a supporto della conclusione, si può ritenere che le disposizioni in esame, da ultimo menzionate, mantengano un loro rilievo anche a seguito della riforma della filiazione e così conservino un proprio ambito di applicazione, sicché dinnanzi all'intervento non demolitorio del legislatore delegato pare difficile affermare l'abrogazione tacita delle norme in parola¹³ e la conseguente scomparsa dall'ordinamento della categoria dei figli non riconoscibili.

Difatti si è osservato come le norme summenzionate trovino applicazione non solo nei casi di figli nati da relazione incestuosa in cui il riconoscimento e l'azione per la dichiarazione giudiziale di paternità o maternità non vengano autorizzati in quanto non conformi all'interesse del figlio¹⁴, ma anche in altre ipotesi di obiettiva irricoscibilità non collegate ad una discendenza da unione incestuosa¹⁵, come nel caso di figli di genitori che non hanno l'età per riconoscere¹⁶, di figli infraquattordicenni già riconosciuti da un genitore (il quale neghi il suo consenso al riconoscimento tardivo da parte dell'altro), ed ancora nell'ipotesi, dibattuta prima della riforma, di figli che hanno già uno stato e siano impossibilitati ad agire per rimuoverlo¹⁷.

Questione ulteriore è quella relativa all'applicabilità degli articoli in esame riguardo ai figli, che, pur potendo, non vogliano conseguire l'accertamento pubblico dello stato, ossia qualora il mancato riconoscimento o accertamento giudiziale della filiazione non si colleghi ad un'obiettiva impossibilità di ottenere il riconoscimento o di agire per l'accertamento, bensì ad una scelta

¹³ Sul punto O. CLARIZIA, *Innovazioni e problemi aperti all'indomani del decreto legislativo attuativo della riforma della filiazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, 615, secondo la quale la soluzione dell'abrogazione tacita degli artt. 580 e 594 c.c. non appare congrua "poiché permane l'esigenza di ricorrere alla tutela specifica dettata dalle norme in questione". Anche per C. M. BIANCA, *Diritto civile*, 2.1, *La famiglia*, Milano, 5ª ed., 2014, 396, la tesi dell'intervenuta abrogazione delle norme in esame per incompatibilità con il venir meno del divieto di riconoscere i figli incestuosi non appare condivisibile in quanto l'azione per il mantenimento, l'educazione e l'istruzione e per l'assegno successorio "ha ancora ragione di essere nelle ipotesi in cui il riconoscimento e l'azione per la dichiarazione giudiziale di paternità o maternità non venissero autorizzati in quanto non conformi all'interesse del figlio".

¹⁴ Cfr. S. TROIANO, *Diritto allo stato e figli "senza stato", ovvero i figli non riconoscibili dopo la riforma della filiazione*, cit., 229-230, secondo il quale sussisterebbe in questi casi un interesse meritevole di tutela del figlio a esercitare i diritti nei confronti del suo genitore ai sensi degli artt. 279, 580, 594 c.c., non rilevando in contrario che nelle ipotesi in esame non si è in presenza di una condizione di irricoscibilità o di non dichiarabilità derivante da una astratta valutazione di legge, bensì solo di un impedimento in concreto al riconoscimento o all'accertamento dello stato: "Ci sembra, infatti, che i concetti di irricoscibilità o non dichiarabilità debbano intendersi in senso ampio come comprensivi anche di forme di impedimento in concreto, quanto meno dove si tratti, come nel caso di specie, di un impedimento giuridico e di carattere obiettivo". Sul tema, già con riferimento al disegno di legge di riforma, v. V. BARBA, *La successione mortis causa dei figli naturali dal 1942 al disegno di legge recante "Disposizioni in materia di riconoscimento dei figli naturali"*, in *Fam. pers. succ.*, 2012, 665.

¹⁵ S. TROIANO, *Diritto allo stato e figli "senza stato", ovvero i figli non riconoscibili dopo la riforma della filiazione*, cit., 230 ss.; A. MAGNANI, *Il principio di unicità dello stato giuridico di figlio. Il nuovo concetto di parentela. Riflessi successori*, in *Riv. not.*, 2013, I, 680 ss.; S. MEUCCI, *Successione legittima e necessaria alla luce della riforma della filiazione*, in *Persona e mercato*, 2014, 157.

¹⁶ S. TROIANO, *Diritto allo stato e figli "senza stato", ovvero i figli non riconoscibili dopo la riforma della filiazione*, cit., 231.

¹⁷ Sulla questione *amplius* S. TROIANO, *Diritto allo stato e figli "senza stato", ovvero i figli non riconoscibili dopo la riforma della filiazione*, cit., 232-234.

JUS CIVILE



degli stessi figli¹⁸. Una interpretazione estensiva della tutela consentirebbe a costoro di scegliere se agire attraverso l'accertamento pubblico dello stato ovvero mediante l'accertamento incidentale del fatto biologico della procreazione, idoneo all'ottenimento della tutela minimale apprestata dagli artt. 279, 580, 594 c.c.¹⁹

Una siffatta soluzione della questione si espone, tuttavia, a nostro avviso, a parte gli argomenti di ordine letterale emergenti dal testo dell'art. 279 c.c. anche dopo la riforma²⁰, all'obiezione di non tenere in considerazione la *ratio* degli articoli di cui sopra, ossia la necessità di protezione del figlio che si trovi nell'impossibilità oggettiva di ottenere l'accertamento formale del suo stato, diversamente da quanto accade con evidenza quando sia il figlio stesso a scegliere di rinunciare all'accertamento; senza tenere conto poi che una assoluta libertà di scelta del figlio in punto di accertamento potrebbe condurre alla non auspicabile conclusione del conseguimento da parte dello stesso dei vantaggi della procreazione, ma non dei doveri connessi allo status di figlio²¹.

Sembra opportuno precisare a questo punto che residuano tuttavia alcune ipotesi in cui la via dell'accertamento formale dello stato risulta pregiudizievole nei confronti del figlio, che al di là di scelte opportunistiche, preferisce scegliere la strada dell'accertamento incidentale e della conseguente minimale tutela²²; si pensi, ad esempio, nell'ambito della filiazione incestuosa, al caso del figlio, che pur potendo agire per la dichiarazione di paternità o maternità, scelga la via meno impegnativa dell'accertamento solo incidentale del rapporto di filiazione per ottenere i diritti di

¹⁸ Cfr., prima della riforma, nel senso del riconoscimento al figlio, nelle ipotesi suddette, dell'esercizio dei diritti di cui agli artt. 279, 580, 594 c.c., pur non potendosi parlare di "irricognoscibilità" o "non dichiarabilità", M. SESTA, *La filiazione*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da M. Bessone, *Filiazione, Adozione, Alimenti*, a cura di T. Auletta, IV, Torino, 2011, 311 ss.; G. FERRANDO, *La filiazione legittima e naturale*, in *Diritto civile*, diretto da N. Lipari e P. Rescigno, *Fonti. Soggetti. Famiglia*, II, *La famiglia*, coord. da A. Zoppini, Milano, 2009, 434; v. altresì A. PALAZZO, *La filiazione*, in *Tratt. dir. civ. e comm. Cicu-Messineo*, continuato da P. Schlesinger, Milano, 2013, 456 ss.; G. MARIANO, *I diritti dei figli privi di stato*, Napoli, 1991, 14 ss., 50 ss.

¹⁹ Si ritiene in dottrina (v. nt. precedente) che la scelta del figlio di far valere la filiazione, nella sua pienezza di diritti e doveri, attraverso l'accertamento formale dello stato non possa essere subordinata alla conseguenza della perdita del fondamentale diritto al mantenimento, all'istruzione e all'educazione.

²⁰ L'art. 279 c.c., modificato dal d.lgs. n. 154/2013, è rimasto identico nella sua formulazione in riferimento all'inciso di esordio ("in ogni caso in cui non può proporsi l'azione per la dichiarazione giudiziale di paternità o di maternità"), sicché dovrebbe escludersi che a questa ipotesi ("non può proporsi") possa assimilarsi quella in cui il figlio, pur potendo, non voglia proporre l'azione.

²¹ Del rischio di discriminazione a danno dei figli nati nel matrimonio, derivante dalla ricostruzione criticata nel testo, discorre S. TROIANO, *Diritto allo stato e figli "senza stato", ovvero i figli non riconoscibili dopo la riforma della filiazione*, cit., 236, nt. 53, in quanto questi, assoggettati ad un regime sostanzialmente automatico di accertamento della filiazione fondato su regole presuntive, "non potrebbero, a differenza dei figli nati fuori del matrimonio, sottrarsi a loro discrezione all'accertamento formale dello stato al fine di optare per un accertamento incidentale del fatto della procreazione, meramente strumentale al conseguimento dei soli benefici patrimoniali da quel fatto loro spettanti verso i genitori".

²² Ulteriore questione è se l'accertamento incidentale di cui all'art. 279 c.c. determini l'insorgenza solo di diritti di natura patrimoniale, oppure anche, preferibilmente, poteri-doveri in capo al genitore di natura personale, relativi al controllo sull'educazione e istruzione del figlio (così G. LISELLA, "*I diritti dei figli privi di stato*": a proposito di un recente contributo, in *Rass. dir. civ.*, 1993, 376).



cui agli artt. 279, 580²³, 594 c.c., onde evitare che la pubblicizzazione della relazione violenta e infamante tra i genitori possa arrecargli pregiudizio. In questo contesto, dunque, in ragione della peculiarità della situazione, all'impossibilità del riconoscimento o della dichiarazione di paternità o maternità dovrebbe assimilarsi l'impedimento che non consente al figlio per ragioni di ordine morale di agire direttamente per far valere i propri diritti verso il genitore, senza che rinunci evidentemente alla tutela attenuata ai sensi degli articoli succitati.

Concludendo sul punto appare allora convincente quella interpretazione che, ai fini dell'ambito di applicazione dell'art. 279 c.c., attribuisce rilievo anche a forme di impossibilità morale purché fondate, in quanto la sussistenza di un pregiudizio morale all'assunzione della relazione piena verso il genitore può giustificare talora la scelta del figlio di rifiutare l'acquisizione del corrispondente *status*²⁴.

3. – Sul piano dell'attribuzione dei diritti, anche in sede successoria²⁵, il mero accertamento incidentale del rapporto di procreazione non si traduce per il figlio in una tutela equivalente a quella spettante ai figli il cui stato è accertato pubblicamente²⁶, sicché, anche a seguito della riforma della filiazione, in ragione del permanere con lievi modifiche delle disposizioni in esame, sussistono discriminazioni a svantaggio della categoria dei figli non riconoscibili, impossibilitati a beneficiare di diritti successori pieni²⁷.

²³ Come già evidenziato i figli non riconoscibili, nel caso di successione *ab intestato*, non hanno diritto ad una quota di eredità, bensì soltanto ad un assegno vitalizio, pari all'ammontare della rendita della quota di eredità alla quale avrebbero diritto se la filiazione fosse dichiarata o riconosciuta; di vero e proprio diritto successorio, che costituisce un legato obbligatorio *ex lege*, discorre L. MENGONI, *Successioni per causa di morte. Parte speciale. Successione legittima*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* già diretto da Cicu e Messineo e continuato da Mengoni, XLIII, I, Milano, 1993, 129.

²⁴ Cfr. S. TROIANO, *Diritto allo stato e figli "senza stato", ovvero i figli non riconoscibili dopo la riforma della filiazione*, cit., 240. V. anche A. CHECCHINI, sub *Art. 580 c.c.*, in *Comm. dir. it. fam.* diretto da Cian, Oppo e Trabucchi, V, Padova, 1992, 129; ID., *Azione di mantenimento e rifiuto dello status da parte del figlio naturale*, in *Riv. dir. civ.*, 1991, II, 679 ss.

²⁵ Sul tema cfr. M. PARADISO, *Riforma della filiazione e diritti successori: le questioni aperte*, in *Studi in onore di Giovanni Iudica*, Milano, 2014, 1021 ss.; ID., *I diritti successori nella riforma degli status di filiazione*, in Cippitani e Stefanelli (a cura di), *La parificazione degli status di filiazione*, Perugia-Roma-Mexico, 2013, 249.

²⁶ L'art. 573 c.c. ritiene applicabili le disposizioni relative alla successione dei figli nati fuori dal matrimonio solo in favore dei soggetti che abbiano ottenuto i titoli di legittimazione derivanti dal riconoscimento o dalla dichiarazione giudiziale di genitorialità, salva la disposizione di cui all'art. 580 c.c., giacché "l'accertamento di mero fatto per l'accesso all'assegno mantenitorio, che ivi si considera, non presuppone la configurazione di uno *status* attraverso un titolo legittimante della successione ereditaria, bensì la dichiarazione incidentale della genitura da cui deriva l'accesso al diritto di credito ad esso sottostante" (così A. PALAZZO, *La filiazione*, cit., 501).

²⁷ Sul trattamento successorio dei figli non riconoscibili cfr. M. SESTA, *Stato unico di filiazione e diritto ereditario*, cit., 18 ss.; A. PALAZZO, *La filiazione*, cit., 500 ss.; M. CINQUE, *Profili successori della riforma della filiazione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, II, 661-663; M. DOGLIOTTI, *La filiazione fuori del matrimonio – Artt. 250-290*, in *Il Codice Civile Commentario*, fondato da P. Schlesinger, diretto da F. D. Busnelli, Milano, 2015, 147 ss.; A. DE RIENZI, *La nuova posizione dei legittimari nelle successioni legittime e testamentarie (art. 536, 594, 643, 687)*, in C. M. BIANCA (a cura di), *La riforma della filiazione*, cit., 880 ss.; C. ROMANO, *I riflessi successori della riforma della filiazione naturale*, in *Notaria-*



La mancata eliminazione della suddetta categoria discriminata di figli da parte del legislatore della riforma e dunque il criticabile mantenimento di una tutela successoria attenuata (artt. 580 e 594 c.c.²⁸) nei confronti del proprio genitore dà luogo a un trattamento indubbiamente penalizzante rispetto a quei figli che non percorrono la via dell'accertamento pubblico dello stato per motivi oggettivi, come nel caso di autorizzazione negata dal giudice, o nei casi di impossibilità morale accertata in concreto. Di conseguenza a non essere tenuto in considerazione in questi casi è in particolare l'interesse del minore²⁹, a cui non si attribuisce piena tutela successoria sulla base del solo accertamento incidentale del rapporto di filiazione.

L'ulteriore discriminazione, in ambito successorio, rivela la necessità di una parificazione delle tutele a fini di protezione dei cosiddetti irricognoscibili, sostenuta dalla più recente ricostruzione del concetto di *status*, inteso come momento fondamentale della tutela della persona e strumento di valorizzazione delle differenze con finalità protettive³⁰, sicché dalla affermazione dell'unico stato di figlio ai sensi dell'art. 315 c.c. sarebbe dovuta discendere ulteriormente l'attribuzione a chiunque si trovi in quella posizione dell'insieme di situazioni giuridiche che

to, 2014, 141 ss.; ma v. già V. BARBA, *La successione mortis causa dei figli naturali dal 1942 al disegno di legge recante "Disposizioni in materia di riconoscimento dei figli naturali"*, cit., 665. A. SASSI, *Accertamento indiretto di stato e diritti successori nella riforma della filiazione*, cit., 633-634, osserva come i diritti di cui agli artt. 580 e 594 c.c. "così come sono, cioè legati al valore del saggio legale di interesse e alla aspettativa di vita del beneficiario oltre che soggetti a svalutazione monetaria in quanto debiti di valuta, non consentono di realizzare appieno quella equiparazione dei figli che è alla base di una corretta interpretazione dell'art. 30 Cost., soprattutto quando sono in giuoco interessi squisitamente patrimoniali, in relazione ai quali non si giustificano disparità di trattamento".

²⁸ Di vero e proprio relicto storico, "residuo di un'antica rendita attribuita ai cadetti *loco portionis legitimae*", con riferimento alle previsioni degli artt. 580 e 594 c.c., discorre M. PARADISO, *Riforma della filiazione e diritti successori: le questioni aperte*, cit., 1019.

Dubbi sulla conformità a Costituzione di tale disciplina in C. MIRAGLIA, *Riconoscibilità dei figli incestuosi e tutela della personalità umana*, in P. PERLINGIERI, *Rapporti personali nella famiglia*, Napoli, 1982, 206; A. AMBANELLI, *La filiazione non riconoscibile*, in *Il diritto di famiglia*, III, *Famiglia e adozione*, in *Tratt. Bonilini-Cattaneo*, 2^a ed., Torino, 2007, 236.

²⁹ Non si può non evidenziare la difficoltà di comprendere il concetto di interesse del minore e il pericolo di "una moltiplicazione indiscriminata dei possibili contenuti della nozione fino a renderla una sterile clausola di stile, puramente retorica, quasi una sorta di contenitore neutro, che per ciò stesso potrebbe diventare vuoto, ossia puro e semplice artificio linguistico": così P. STANZIONE, *Minori (condizione giuridica)*, in *Enc. dir., Annali*, IV, Milano, 2011, 728. Cfr. sul tema anche L. LENTI, *Note critiche in tema di interesse del minore*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, 86 ss., spec. 105-106.

³⁰ Cfr. G. ALPA, *Status e capacità. La costruzione giuridica delle differenze individuali*, Roma-Bari, 1993, 30.

Sullo *status* v. almeno P. RESCIGNO, *Status. I) Teoria generale*, in *Enc. giur.*, XXX, Roma, 1993, 1 ss.; ID., *Situazione e status nell'esperienza del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1973, I, 209; ID., *Status e capacità*, in *I mobili confini dell'autonomia privata. Atti del Convegno di studi in onore di C. Lazzara*, a cura di M. Paradiso, Milano, 2005, 15 ss.; V. SCALISI, *Lo status di figlio legittimo per adozione*, cit., 354 ss.; L. LENTI, *Status*, in *Digesto civ.*, Torino, s.d., 29 ss.; G. BONILINI, *Lo status o gli status di filiazione?*, in *Fam. pers. succ.*, 2006, 681; P. ZATTI, *Status*, in A. BELVEDERE-R. GUASTINI-P. ZATTI-V. ZENO ZENCOVICH, *Glossario*, in *Tratt. Iudica-Zatti*, Milano, 1994, 391 ss.; C. CAMARDI, *Diritti fondamentali e «status» della persona*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2015, 7 ss.; R. SENIGAGLIA, *Status filiationis e dimensione relazionale dei rapporti di famiglia*, Napoli, 2013.

Del superamento dello *status* come appartenenza al gruppo nella evoluzione della normativa italiana e dell'accoglimento di una nozione individualistica dello stesso, non rispondente al modello preso a riferimento dal legislatore costituente negli artt. 29 e 30, discorre A. SASSI, *Accertamento indiretto di stato e diritti successori nella riforma della filiazione*, cit., 614 ss.



sostanziano il detto status³¹, e quindi a tutti i figli. Resta fermo, tuttavia, quanto osservato già prima della novella, ovvero che una integrale uniformazione dello stato di figlio presupporrebbe l'unicità del modello di accertamento della filiazione, possibile attraverso una modifica dell'art. 29, comma 1, Cost.³², non potendosi disconoscere che nel nostro sistema risultano attualmente differenti le tecniche di attribuzione dello status suddetto³³. Peraltro il tema dell'accertamento³⁴ ha suggerito in dottrina la necessità di un ripensamento dell'odierno sistema della volontarietà del riconoscimento, che pare contrastare con il proclamato stato unico di filiazione³⁵.

³¹ Cfr. R. AMAGLIANI, *L'unicità dello stato giuridico di figlio*, cit., 560, 572-573.

³² G. BONILINI, *Lo status o gli status di filiazione*, in *Studi in onore di A. Palazzo*, a cura di Mazzaresse e Sassi, Milano, 2009, 108. Già sulla possibilità di apprestare "una disciplina unitaria, che rispecchi l'unitarietà del contenuto del rapporto di filiazione sul terreno del sistema di accertamento, attraverso l'unificazione dei mezzi di accertamento dello stato di figlio" A. RENDA, *Equiparazione o unificazione degli status filiationis? Proposte per una riforma del sistema di accertamento della filiazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, II, 113 ss.

³³ Cfr. M. DOSSETTI, *La disciplina unitaria dello status di figlio: un adempimento che non può essere rinviato*, in *Fam. pers. succ.*, 2006, 422. Sul tema v., altresì, di recente I. A. CAGGIANO, *Lo scambio di embrioni e le modalità di formazione dello status di figlio: il caso emblematico dell'ospedale Pertini*, in *Eur. dir. priv.*, 2017, 304 ss.

³⁴ Sull'accertamento di stato v. A. SASSI, *Accertamento indiretto di stato e diritti successori nella riforma della filiazione*, cit., 617 ss.

³⁵ Cfr. sul tema M. COSTANZA, *A margine della riforma della filiazione (legge n. 219/2012)*, in *Iustitia*, 2013, 126, la quale evidenzia l'aporia di una legge che proclama l'identità della condizione di tutti i figli, mantenendo libero, nel contempo, il riconoscimento, anche della madre, principio ispirato dalla volontà di garantire una generazione senza l'assunzione della responsabilità che la nuova disciplina pretende. In tema di parto anonimo, le sezioni unite della Cassazione, con sentenza 25 gennaio 2017, n. 1946 (in *Foro it.*, 2017, 2, I, 477), hanno statuito di recente che, per effetto della sentenza della Corte Cost. n. 278 del 2013, ancorché il legislatore non abbia ancora introdotto la disciplina procedimentale attuativa, sussiste la possibilità per il giudice, su richiesta del figlio desideroso di conoscere le proprie origini e di accedere alla propria storia parentale, di interpellare la madre che abbia dichiarato alla nascita di non volere essere nominata, ai fini di un'eventuale revoca di tale dichiarazione, e ciò con modalità procedurali, tratte dal quadro normativo, idonee ad assicurare la massima riservatezza e il massimo rispetto della dignità della donna, fermo restando che il diritto del figlio trova un limite insuperabile allorché la dichiarazione iniziale per l'anonimato non sia rimossa in seguito all'interpello e persista il diniego della madre di svelare la propria identità. Sull'anonimato materno e sulla necessità di bilanciare i diritti e gli interessi della madre a mantenere l'anonimato con quelli del figlio a conoscere le proprie origini, cfr. la summenzionata pronuncia della Corte cost. 22 novembre 2013, n. 278, in *Fam. e dir.*, 2014, 15, con nota di V. CARBONE, *Un passo avanti del diritto del figlio, abbandonato e adottato, di conoscere le sue origini rispetto all'anonimato materno*, la quale, sulla scia delle indicazioni della Corte europea dei diritti dell'uomo (Corte europea dei diritti dell'uomo, 25 settembre 2012, Godelli c. Italia, n. 33783/09, in *Fam. e dir.*, 2013, 537; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, 103 ss., con commento di J. LONG, *La Corte europea dei diritti dell'uomo censura l'Italia per la difesa a oltranza dell'anonimato del parto: una condanna annunciata*) ha adottato una soluzione opposta rispetto a quella che aveva confermato la legittimità della disposizione posta a protezione dell'anonimato materno (Corte Cost. 25 novembre 2005, n. 425, in *Famiglia*, 2006, 261, con nota di L. BALESTRA, *Il diritto alla conoscenza delle proprie origini tra tutela dell'identità dell'adottato e protezione del riserbo dei genitori biologici*). Sul tema v. anche C. GRANELLI, *Il c.d. "parto anonimo" ed il diritto del figlio alla conoscenza delle proprie origini: un caso emblematico di "dialogo" fra Corti*, in *www.juscivile.it*, 2016, 6, 564 ss.; B. CHECCHINI, *Anonimato materno e diritto dell'adottato alla conoscenza delle proprie origini*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, 709 ss.; ID., *La giurisprudenza sul parto anonimo e il nuovo «istituto» dell'interpello*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, II, 1288 ss.; A. MORACE PINELLI, *Il diritto di conoscere le proprie origini e i recenti interventi della Corte Costituzionale. Il caso dell'ospedale Sandro Pertini*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, 242 ss.; O. CLARIZIA, *Innovazioni e problemi aperti all'indomani del decreto legislativo attuativo della riforma della filiazione*, cit., 621 ss.

JUS CIVILE



4. – L'esigenza di una rimeditazione della materia e di una rinnovata considerazione dei figli, un tempo definiti "irricognoscibili", vale allora a evidenziare come l'interesse del figlio, in particolare minore, alla genitorialità non possa essere misconosciuto, pena la violazione dei principi³⁶ costituzionali in tema di filiazione.

La condizione dei figli dovrebbe essere considerata come unica³⁷, non potendo incontrare differenziazioni collegate alle circostanze della nascita, in quanto il principio di responsabilità genitoriale di cui all'art. 30 Cost. rappresenta il fondamento di regole, quali gli obblighi di mantenimento, di istruzione e educazione della prole, che prescindono dalla natura del vincolo che lega i genitori. Orbene, quanto detto è auspicabile conduca, *de iure condendo*, a considerare l'opportunità di un'eventuale abrogazione degli artt. 279, 580, 594 c.c. precisamente per evitare di perpetuare una discriminazione evidente ai danni di una sottocategoria di figli, che sebbene non riconosciuti (data la volontarietà del riconoscimento nel nostro sistema), al fine di ottenere un accertamento formale del correlativo *status*, potrebbero comunque promuovere l'azione per la dichiarazione giudiziale della paternità o maternità; in questa prospettiva la stessa eliminazione della autorizzazione giudiziale ora prevista *ex art.* 278 c.c.³⁸ potrebbe agevolare il conseguimento di una tutela piena dal punto di vista patrimoniale e successorio da parte di coloro che restano le vittime e non gli autori dei comportamenti illeciti. In altri termini si ritiene che la tutela attenuata di cui agli articoli succitati debba soccombere di fronte alla possibile attribuzione a tutti i figli del conseguente *status*, pena lo svuotamento di significato della formula di cui all'art. 315 c.c. sull'unicità dello stato di figlio³⁹, che resterebbe altrimenti una mera declamazione di

³⁶ Sui principi cfr. V. SCALISI, *Ritorno al diritto (dialogo con Paolo Grossi)*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, 122: "I principi, in quanto chiamati a interagire e a riflettere lo stato dei valori praticati da una comunità, consentono di risalire e dar rilievo – ai fini di un sempre maggiore adattamento e costante adeguamento del diritto alla realtà sociale – a quello che Mortati chiamava « l'ordine fondamentale intrinseco di una società »"; cfr. C. MORTATI, voce *Costituzione (dottrine generali)*, in *Enc. dir.*, XI, Milano, 1962, 165.

³⁷ Cfr. Corte Cost., 28 novembre 2002, n. 494, cit., secondo la quale la Costituzione, "come avviene nella stragrande maggioranza degli ordinamenti oggi vigenti, conosce, all'art. 30, comma 1 e 3, solo due categorie di figli: quelli nati entro e quelli nati fuori del matrimonio, senza ulteriori distinzioni tra questi ultimi".

³⁸ L'autorizzazione di cui all'art. 251 c.c. viene definita discriminatoria da B. DE FILIPPIS, *La nuova legge sulla filiazione: una prima lettura*, in *Fam. e dir.*, 2013, 293, secondo il quale in tal modo si manterrebbe in vita una categoria particolare di figli, ovvero quella di coloro che necessitano di un provvedimento giudiziale per poter essere riconosciuti, dimostrandosi la necessità di "venire a patti" con pregiudizi sociali in merito alla conoscenza pubblica dell'origine del minore.

³⁹ Sulla rubrica del nuovo art. 315 c.c., "*Stato giuridico della filiazione*", definita sorprendente, cfr. F. D. BUSNELLI, *Il diritto della famiglia di fronte al problema della difficile integrazione delle fonti*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, 1472, secondo il quale la conferma di una categoria quale lo *status*, considerata ora in dottrina espediente tecnico neutrale, sembra "paradossalmente la scelta meno adatta a conseguire il superamento della pluralità degli stati di figlio in un concetto davvero più alto e unificante: che non può essere lo stesso *status* per tutti, ma deve essere per tutti il principio di pari dignità personale e di non discriminazione per le condizioni personali e sociali (art. 3, comma 1, Cost.), e specificamente – come precisa la Carta di Nizza all'art. 21 – per la nascita".

Secondo F. CAGGIA, *Il linguaggio del «nuovo» diritto di filiazione*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2015, 244, l'insistenza del richiamo alla formula dello stato unico di figlio intende rappresentare l'idea di una "riformulazione della *ratio* del diritto di famiglia maggiormente incentrata sulla posizione dei figli nel rapporto con i genitori e nei legami familiari con il gruppo più esteso".



principio e non piuttosto strumento, di cui si avvale il diritto, di protezione da trattamenti pregiudizievoli della dignità della persona⁴⁰.

Infine non può non rilevarsi come considerazione preminente in questa materia debba avere, quale funzione quadro che prescrive una direzione, il superiore interesse del figlio, specie se minore⁴¹, che ai sensi dell'art. 315-*bis* c.c. non solo ha diritto di essere mantenuto, educato, istruito, e assistito moralmente dai genitori, ma anche di crescere in famiglia⁴². Senza trascurare poi che, abbandonata la visione istituzionalistica e individualistica, i rapporti familiari si fondano ora non sul piano strutturalistico (come, ad esempio, l'atto di matrimonio) o su quello naturalistico del dato biologico⁴³, piuttosto prevalentemente sul piano funzionale del rapporto⁴⁴, ove trova piena realizzazione nella varietà e molteplicità delle sue manifestazioni la personalità degli stessi figli, per i quali peraltro il diritto al riconoscimento formale di un proprio *status filiationis* è elemento costitutivo dell'identità personale *ex art. 2 Cost.*⁴⁵

⁴⁰ Sul rispetto dell'essere umano in quanto tale e dei suoi diritti fondamentali, quale direttiva di metodo per l'interprete nel suo percorso veritativo di ricerca della regola cfr. V. SCALISI, *Ritorno al diritto (dialogo con Paolo Grossi)*, cit., 136-137, secondo il quale la dignità dell'uomo deve costituire la *ratio* e il limite di ogni percorso ermeneutico.

⁴¹ Sul rilievo particolarmente alto dell'interesse del minore tra gli strumenti di protezione e promozione dei diritti del minore cfr. L. LENTI, *Note critiche in tema di interesse del minore*, cit., 97-98, secondo il quale ciascun minore ha il diritto primario a che ogni adulto "che abbia qualche genere di responsabilità verso di lui, agisca nel suo specifico e individuale interesse, cioè si adoperi per porre in essere le condizioni necessarie a garantirgli la salute fisica e mentale, la sicurezza materiale, un insieme di relazioni interpersonali stabili e non superficiali, un'adeguata assistenza a sviluppare le sue capacità, un ragionevole grado di libertà e di autodeterminazione, crescenti con l'età, per seguire le sue inclinazioni naturali e le sue aspirazioni". Sul tema dell'interesse del minore cfr. anche P. RONFANI, *L'interesse del minore: dato assiomatico o nozione magica?*, in *Soc. dir.*, 1997, n. 1, 47; ID., *Dal bambino protetto al bambino partecipante. Alcune riflessioni sull'attuazione dei «nuovi diritti» dei minori*, in *Soc. dir.*, 2001, n. 1, 67; P. ZATTI, *Le icone linguistiche: discrezionalità interpretative e garanzia procedimentale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2004, suppl. al n. 3, 1; G. FERRANDO, *Diritti e interesse del minore tra principi e clausole generali*, in *Pol. dir.*, 1998, 167.

⁴² Sui diritti e doveri del figlio ai sensi del nuovo art. 315 *bis* c.c. cfr. M. SESTA, *Famiglia e figli a quarant'anni dalla riforma*, in *Fam. e dir.*, 2015, 1013 ss. Sulla genitorialità che assume una fisionomia in cui i desideri dei *partners* prevalgono sulle responsabilità nei confronti dei *children* cfr. F. D. BUSNELLI – M. C. VITUCCI, *Frantumi europei di famiglia*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, 769.

⁴³ V. SCALISI, *Le stagioni della famiglia nel diritto dall'unità d'Italia a oggi. Parte prima. Dalla «famiglia-istituzione» alla «famiglia-comunità»: centralità del «rapporto» e primato della «persona»*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, 1061; e, ora, in ID., *Studi sul diritto di famiglia*, cit., 84.

⁴⁴ Con la famiglia stessa "intesa come svolgimento e particolare modo di esplicazione della persona, anche il fulcro gravitazionale di ogni valutazione si è spostato, trapassando su altro piano, quello del rapporto, il piano cioè del concreto ed effettivo sistema di vita così come realmente praticato e attuato dai suoi protagonisti in senso conforme alla postulata funzione. Ormai è qui, nel *rapporto*, il nuovo principio di rilevanza e il criterio stesso di legittimazione e qualificazione giuridica della formazione-famiglia": così V. SCALISI, *Le stagioni della famiglia nel diritto dall'unità d'Italia a oggi. Parte prima. Dalla «famiglia-istituzione» alla «famiglia-comunità»: centralità del «rapporto» e primato della «persona»*, cit., 1061; e, ora, in ID., *Studi sul diritto di famiglia*, cit., 84.

⁴⁵ In merito agli *status* familiari C. CAMARDI, *Diritti fondamentali e «status» della persona*, cit., 20, osserva come la perdita di significati subita dal concetto giuridico di *status* – se inteso in funzione dell'appartenenza al gruppo familiare e a tutela della sua conservazione – sia imputabile al sopravvenire di un elemento tecnico giuridico in netta contraddizione con il portato classico dello *status*: tale elemento "è l'emergere della persona come titolare di diritti soggettivi il cui esercizio è tale da reagire a, e prevalere su qualunque limite si voglia ad esso opporre nel nome di un interesse «superiore» o semplicemente «del gruppo» familiare".

JUS CIVILE



Se all'interno del fenomeno del pluralismo dei modelli familiari, come è stato osservato, "i legami di filiazione conoscono un processo di riarticolazione a seguito dell'allungamento dell'elenco delle cause giuridicamente rilevanti di costituzione del rapporto"⁴⁶, resta fermo che per l'identificazione della formazione famiglia, che scaturisce dal basso della concreta esperienza storico-sociale di vita dei consociati, non basta rivolgersi solo al piano dell'*essere*, dovendosi valutare anche la rispondenza di ogni rapporto al *dovere essere normativo*, quale costituito dal complessivo *sistema*, unitariamente considerato, dei valori dell'ordinamento⁴⁷.

E si ritiene che un rapporto sia idoneo a realizzare una dimensione di vita familiare nella concretezza storica del suo svolgimento, solo se connotato da reciproco riconoscimento e accettazione della necessaria compresenza dell'altro quale referente di un legame generativo, che si fonda sulla spiritualità, "luogo primario del dispiegamento di ogni strutturale relazionalità"⁴⁸.

Di conseguenza il riconoscimento da parte dell'ordine giuridico della dignità di rapporto familiare può riguardare anche nel caso dell'esperienza generativa solo ed esclusivamente un rapporto così strutturato, sicché qualunque relazione generativa deve esprimersi nella condivisa attuazione da parte dei membri della stessa di un impegno reciproco di cure, affetti e solidarietà per il soddisfacimento di interessi comuni e individuali⁴⁹.

Pertanto, in ultima analisi, anche per il trattamento giuridico della filiazione non riconosciuta o non riconoscibile vale quanto detto per la regolamentazione giuridica dei rapporti di famiglia, ovvero che questa rinviene il necessario criterio di orientamento nell'*assiologia* stessa della vita, cioè in quell'insieme di reali necessità vitali quale condiviso da una società storicamente data, perché solo in tal modo "è possibile evitare che si determinino incolmabili *iatus* tra il diritto e la vita e al tempo stesso garantire l'adeguazione e l'adattamento delle forme positive alla realtà dei diversi valori vitali in campo"⁵⁰.

⁴⁶ Così F. CAGGIA, *Il linguaggio del «nuovo» diritto di filiazione*, cit., 240.

⁴⁷ Così V. SCALISI, *Le stagioni della famiglia nel diritto dall'unità d'Italia a oggi*. Parte seconda. «Pluralizzazione» e «riconoscimento» anche in prospettiva europea, in *Riv. dir. civ.*, 2013, 1313; e, ora, in ID., *Studi sul diritto di famiglia*, cit., 115. Sul ruolo dello stesso interprete, non più mero esegeta e servitore della norma, bensì parte e protagonista attivo del processo di costruzione di una giuridicità, che in una visione ordinamentale del diritto si ponga in ascolto dei processi di trasformazione sociale v. ID., *Ritorno al diritto (dialogo con Paolo Grossi)*, cit., 131; cfr. altresì sul tema ID., *Per una ermeneutica giuridica 'veritativa' orientata a giustizia*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, 1269 ss.

⁴⁸ Così V. SCALISI, *Le stagioni della famiglia nel diritto dall'unità d'Italia a oggi*. Parte seconda. «Pluralizzazione» e «riconoscimento» anche in prospettiva europea, cit., 1313-1314, e, ora, in ID., *Studi sul diritto di famiglia*, cit., 116; «Famiglia» e «famiglie» in Europa, in *Riv. dir. civ.*, 2013, 21, e, ora, in ID., *Studi sul diritto di famiglia*, cit., 40. Cfr. anche ID., *Quale famiglia per l'Europa?*, in *Studi sul diritto di famiglia*, cit., 59.

⁴⁹ Sulla genitorialità come concetto relazionale cfr. M. C. VENUTI, *Coppie sterili o infertili e coppie «same-sex». La genitorialità negata come problema giuridico*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2015, 262.

⁵⁰ V. SCALISI, *Le stagioni della famiglia nel diritto dall'unità d'Italia a oggi*. Parte seconda. «Pluralizzazione» e «riconoscimento» anche in prospettiva europea, cit., 1317; e, ora, in ID., *Studi sul diritto di famiglia*, cit., 120. Sulla positività essenzialmente ermeneutica del diritto cfr. ID., *Ritorno al diritto (dialogo con Paolo Grossi)*, cit., 133; *Il diritto naturale e l'eterno problema del diritto "giusto"*, in *Eur. dir. priv.*, 2010, 471 ss., ora in ID., *Fonti-Teoria-Metodo. Alla ricerca della «regola giuridica» nell'epoca della postmodernità*, Milano, 2012, 124 ss.



GIULIO PONZANELLI

Professore ordinario di diritto privato – Università cattolica del Sacro Cuore di Milano

DANNI PUNITIVI: OLTRE LA DELIBAZIONE DI SENTENZE STRANIERE?

SOMMARIO: 1. *La grande attesa.* – 2. *Il contenuto della decisione del 5 Luglio 2017 n. 16601.* – 3. *Modifiche sul livello del risarcimento in Italia.* – 4. *Qualche conclusione.*

1. – C'era molta attesa in Italia dopo l'ordinanza interlocutoria della prima Sezione che aveva ritenuto di rimettere la questione della delibabilità di sentenze straniere di condanna a danni punitivi alle Sezioni Unite¹. Non esisteva, a dire il vero, una giurisprudenza divisa sul punto, visto che la Corte di Cassazione nei suoi pochi interventi aveva ritenuto non delibabili tali decisioni, ma la prima sezione con un importante intervento nell'aprile 2016, quando aveva giudicato positivamente la figura delle *astreintes*², aveva aperto più di uno spiraglio per modificare la giurisprudenza contraria al riconoscimento di sentenze straniere con condanne a risarcimenti punitivi.

L'attesa era anche determinata dal contenuto dell'ordinanza interlocutoria della prima Sezione laddove si era insistito sulla polifunzionalità delle regole di responsabilità civile, che non poteva avere unicamente una identità riparatoria ma anche deterrente, sanzionatrice e punitiva. Tale polifunzionalità, secondo alcune letture, avrebbe potuto determinare il riconoscimento, evidentemente giurisprudenziale, della figura di un danno punitivo, simile o comunque non lontano comunque dai *punitive damages* nordamericani, spingendo in alto il livello del risarcimento in Italia.

La sentenza delle Sezioni Unite riconosce la delibabilità di sentenze straniere di condanna a danni punitivi, ma è ben lontana dall'accogliere motivazioni che possono costituire il fondamento per il generale riconoscimento di una figura di risarcimento punitivo³.

¹ Cass. (ord.) 16 maggio 2016, n. 9978 in *Foro it.* 2016, I, 1982 con nota di E D'ALESSANDRO, *Riconoscimento in Italia di danni punitivi*,

² Si tratta di Cass. 15 aprile 2015, n. 7613, in *Foro it.* 2015, I, 3951, con nota di G. MONDINI, *Astraintes, ordine pubblico interno e danno punitivo*, e in *Resp. civ. prev.* 2015, 1894, con nota di A. VECCHIARUTTI, *Le Astreintes sono compatibili con l'ordine pubblico interno. E i punitive damages?* In questo caso, però, si era ritenuto non in contrasto con l'ordine pubblico internazionale la figura francese delle *astreintes*, profondamente diversa dai *punitive damages*, ma non a tal punto da poter immaginare una risposta diversa per i *punitive damages*.

³ Cass. sez. un., 5 luglio 2017, n. 16601, in *Danno e Resp.* 2017, 419, con nota di M. LA TORRE, G. CORSI, G. PONZANELLI e P.G. MONATERI, in *Corr. Giur.* 2017, 1042, con nota di C. CONSOLO; in *Nuova Giur. civ.*

JUS CIVILE



2. – Il caso portato all’esame delle Sezioni Unite, a dire il vero, avrebbe potuto essere deciso senza che venisse affrontato il tema della delibabilità di sentenze di condanna a *punitive damages* perché non era del tutto chiaro nell’atto di transazione (successivo alla condanna della società italiana produttrice dell’*helmet* ritenuto difettoso), che poi non era stato onorato dalla società italiana, se la somma, oggetto della manleva, includesse o meno anche la voce di *punitive damages*⁴.

È che la Corte di Cassazione, con le modifiche apportate al Codice di rito nel 2006, ha avuto sempre più libertà nel creare il principio di diritto quando la questione viene dalla stessa considerato di particolare importanza. E l’affermazione della possibile delibabilità di sentenze straniere a risarcimenti punitivi evidentemente rappresentava, per le Sezioni Unite, una questione di centrale importanza, anche se non sussisteva alcuna diversità giurisprudenziale. E allora bisogna interrogarsi sulle ragioni che hanno determinato il cambiamento dell’orientamento giurisprudenziale sino ad oggi seguito in tema di delibazione e che hanno rappresentato una questione di massima importanza. Ed esse sono sicuramente tre: in primo luogo, si è voluto confermare una lettura dell’ordine pubblico internazionale sempre più ristretta, già accolta però in un filone giurisprudenziale maturato soprattutto nell’ambito del diritto di famiglia. L’ordine pubblico internazionale viene, cioè, sempre più identificato con un controllo di costituzionalità, che presenta però le caratteristiche di un sistema *ex ante* e non *post*: il giudice della delibazione, cioè, deve giudicare se la norma, dalla quale ha avuto origine la decisione di cui si chiede il riconoscimento, possa essere giudicata non conforme con i principi costituzionali. In tal modo, l’ordine pubblico internazionale viene inevitabilmente a restringere notevolmente la sua operatività, perché solo in casi assai limitati verosimilmente per la possibile incostituzionalità della norma, non si avrà il riconoscimento della sentenza straniera.

In secondo luogo, sicuramente, la Suprema Corte rivela di aver seguito con attenzione e interesse l’evoluzione giurisprudenziale dei *punitive damages* nordamericani i quali, in virtù del processo di sempre maggiore costituzionalizzazione e di aggancio all’VIII emendamento, che proibisce le *excessive fines*, sono diventati sempre meno eccessivi nella loro composizione quantitativa, non costituendo più una figura così incompatibile con il diritto italiano.

Da ultimo, legati intrinsecamente al profilo dell’ordine pubblico internazionale e alla nuova identità dei *punitive damages*, le Sezioni Unite affrontano il tema della polifunzionalità delle regole di r.c., chiedendosi appunto, come giudici che devono esercitare questa valutazione *ex ante* di impatto di costituzionalità, se i “nuovi” *punitive damages* potessero porsi in contrasto con i principi costituzionali vigenti in materia. E le Sezioni Unite lo escludono, riconoscendo le tante funzioni delle regole di responsabilità civile italiana che non si fermano unicamente alla ripara-

comm. 2017, I, con commento di GRONDONA e *ibidem*, II, di A. GAMBARO, P.G. MONATERI e G. PONZANELLI e in *Foro it.* 2017, I, 2613, con nota di A. PALMIERI-R.PARDOLESI, E. D’ALESSANDRO, R. SIMONE e P.G. MONATERI.

⁴ Insiste su questo aspetto, con la solita lucidità, C. CASTRONOVO, *Diritto privato e realtà sociale. Sui rapporti tra legge e giurisprudenza. A proposito di giustizia*, in *Eur. dir. priv.* 2017, 794.

JUS CIVILE



zione del danno, che permette al danneggiato tramite l'equivalente monetario di recuperare lo stesso *status quo ante* goduto prima del compimento del fatto illecito, ma che non possono non incidere sul livello della condotta del danneggiante: cercando di prevenirla (e allora si parlerà di “*deterrenza*”), stigmatizzando la condotta (l'espressione utilizzata sarà “*sanzione*”) o infliggendo, civilisticamente, una pena monetaria che si aggiunge al risarcimento riparatorio (cioè “*punizione*”).

Queste funzioni, diverse dalla riparazione del danno, sono già riconosciute, oltre che dall'abbondante letteratura che si è formata sul punto, dalla legislazione speciale la quale in diversi settori assolutamente eterogenei uno dall'altro (diritto del lavoro, della proprietà industriale, del processo civile, della stampa etc.) ha previsto a carico del danneggiante somme di denaro che superano il livello del risarcimento. E queste norme non solo non sono in contrasto con i principi costituzionali (vedi ad esempio, l'intervento della Corte Costituzionale sulla legittimità costituzionale del terzo comma dell'art. 96 c.p.c.⁵), ma indicano appunto una polifunzionalità delle regole di responsabilità. Ecco: proprio sulla polifunzionalità le Sezioni Unite offrono le riflessioni che più erano attese e che sicuramente si presteranno a letture profondamente diverse⁶.

Oltre a giustificare il riconoscimento di sentenze straniere di condanna a danni punitivi, ci si deve chiedere se la decisione delle Sezioni Unite possa essere utilizzata anche per modificare il livello del risarcimento in Italia, proprio alla luce della dichiarata polifunzionalità posseduta dalle regole di responsabilità civile: la risposta è negativa per svariate ragioni.

3. – A questo preciso interrogativo rispondono già le Sezioni Unite, eliminando ogni dubbio interpretativo, quando affermano che la “*curvatura deterrente-sanzionatrice*” posseduta dalle regole di responsabilità civile non può certo consentire “... *ai giudici italiani che pronunciano in materia di danno extracontrattuale, ma anche contrattuale, di imprimere soggettive accentuazioni ai risarcimenti che vengono liquidati*”. Quindi, andrà sempre rispettato e applicato il principio di integrale riparazione del danno che impone al giudice di riconoscere un risarcimento integrale, tale da rimettere il danneggiato nella stessa curva di indifferenza. In altri termini, non godendo lo stesso principio di una rilevanza costituzionale, solo il legislatore può modificare l'integrale riparazione, sia riducendo il risarcimento integrale (per la presenza di precisi e solari interessi pubblici come è accaduto nel settore della circolazione auto e in parte in quello della responsabilità medica) sia introducendo, invece, una maggiorazione del livello di risarcimento (come è accaduto nella legislazione ricordata dalle Sezioni Unite).

⁵ Corte cost. 23 giugno 2016, n. 152, in *Nuova giur. civ. comm.* 2016, I, 1643, con nota di V. VISCONTI, *La Corte Costituzionale e l'art. 96, comma 3, cod. proc. civ.*

⁶ Molto critica la posizione di C. CASTRONOVO, *Diritto privato e realtà sociale*, cit., p. 780, che individua nella decisione delle Sezioni Unite una negazione della secolarizzazione della responsabilità civile.

JUS CIVILE



In assenza di una intermediazione legislativa, il giudice è vincolato al principio di integrale riparazione del danno⁷

L'intermediazione legislativa sollecita il problema se le tabelle giudiziali elaborate negli ultimi venti anni dagli uffici giudiziari possano anch'esse essere legittimate a prevedere risarcimenti che tengano conto della condotta soggettiva del danneggiante.

È noto, ad esempio, che l'Osservatorio della Giustizia Civile di Milano sta studiando l'elaborazione di nuove tabelle che fissino *ex ante* il livello del risarcimento in settori diversi da quelli sino ad ora sperimentati: quantificazione del pregiudizio *ex art.* 96, terzo comma, c.p.c., e la determinazione del danno non patrimoniale nelle ipotesi di diffamazione. Dalle bozze delle tabelle sino ad oggi circolate, sembra che la quantificazione del danno non patrimoniale dipenda anche dalle condizioni soggettive della condotta del danneggiante (e in effetti una qualche riflessione potrebbe essere indotta dal fatto che, osservando la fattispecie sul lato danneggiante, lo stato di colpa o di dolo presentano implicazioni diverse quando lo scopo sia sanzionatorio). Quale che sarà la conclusione, a me non pare che le tabelle giudiziali, nonostante le indicazioni contenute nella storica decisione della Cassazione che assegnò valore paranormativo alle tabelle di Milano, possano integrare il requisito dell'intermediazione legislativa indicata dalle Sezioni Unite⁸. Infatti, le tabelle giudiziali di Milano hanno avuto questo riconoscimento proprio perché in sintonia con il principio di integrale riparazione del danno già fissato nelle decisioni di San Martino del 200: e senza una vera intermediazione legislativa, cioè, non pare possibile fissare livelli di risarcimento che eccedano il livello dell'integrale riparazione del danno.

Si è però sicuri che, al di là del chiaro inciso delle Sezioni Unite, proprio concentrando l'attenzione sulla polifunzionalità, ci saranno in dottrina coloro che riterranno che sanzione, punizione e deterrenza potranno essere applicate direttamente dal giudice, anche in assenza di una intermediazione legislativa, per rendere il risarcimento più alto. E su questo punto riaffiora una indebita commistione di piani, facendo leva sullo scopo della deterrenza (cioè prevenzione dell'evento dannoso) per giustificare invero uno scopo pratico diverso (cioè aumento dei risarcimenti).

Al di là degli elementi contenuti nella decisione delle Sezioni Unite, bisognerebbe interrogarsi su quali fondamenti poggia l'esigenza del riconoscimento di un danno punitivo. In altri termini: se tutto il danno viene risarcito, anche l'obiettivo di deterrenza viene raggiunto. E allora bisogna verificare se in Italia si sia in presenza di una situazione di *undercompensation*, cioè di un livello risarcitorio che si colloca al di sotto dell'integralità, situazione questa che giustificherebbe l'applicazione del danno punitivo. Orbene, questo non è davvero il caso italiano, visto che

⁷ Non è di questo avviso A. DI MAJO, *Principio di legalità e di proporzionalità nel risarcimento con funzione punitiva*, in *Giur.it.* 2017, 1792

⁸ Il riferimento è alla Cass. 7 giugno 2011, n. 12408, in *Danno e Resp.* 2011, 931, con note di M. HAZAN, *L'equa riparazione del danno (tra r.c. auto e diritto comune)* e G. PONZANELLI, *Le tabelle milanesi, l'inerzia del legislatore e la supplenza giurisprudenziale*

JUS CIVILE



L'Italia è il paese nel quale viene riconosciuto il maggior livello di risarcimento del danno non patrimoniale in tutta l'Europa. Si possono avere situazioni di *undercompensation*: ma ad una delle ipotesi classiche di *undercompensation* costituita proprio dalle *small claims*, si è cercato di porre rimedio mediante l'introduzione delle *class action*. L'eventuale esigenza di rendere più efficaci tali *class actions* non può comportare, allora, lo stravolgimento dell'intero impianto risarcitorio.

Allo stesso modo, premere per l'introduzione di una forma di danno punitivo si scontra con le caratteristiche portanti del regime di responsabilità civile vigente non solo in Italia ma in tutto il mondo. In altri termini, la responsabilità civile è sempre più diventata una responsabilità assicurata. E prevedere l'estensione della garanzia assicurativa anche al danno punitivo determina due chiare conseguenze negative: da un lato, se fosse legittima, e non lo è, la garanzia assicurativa estesa anche al danno punitivo avrebbe l'immediato risultato di produrre una spirale di aumento dei premi assicurativi; dall'altro, la garanzia assicurativa non può coprire l'elemento del dolo che è alla base della figura dei *punitive damages*. Con la ulteriore conseguenza che la somma punitiva, non essendo coperta da garanzia assicurativa, rischia verosimilmente di essere una condanna simbolica, con pochissime probabilità di avere soddisfazione concreta.

4. – Altamente prevedibile era che ci fosse un *overruling* rispetto all'indirizzo giurisprudenziale sino ad ora seguito, contrario al riconoscimento delle sentenze straniere di condanna ad un risarcimento punitivo, per le ragioni prima tratteggiate.

Allo stesso modo, era prevedibile che le Sezioni Unite esigessero una riserva di legge per la previsione di un risarcimento punitivo.

La decisione del 5 luglio 2017 pare quindi equilibrata: si conferma la polifunzionalità delle regole di responsabilità civile, condividendo un lungo percorso dottrinale che era iniziato con le opere pionieristiche di Pietro Timarchi e di Stefano Rodotà all'inizio degli anni sessanta e proseguito poi con l'influsso di opere anche non italiane, di taglio prevalentemente giuseconomico, divenute poi patrimonio di tutta la letteratura. Le Sezioni Unite sono molto consapevoli che il risarcimento, essendo un trasferimento di ricchezza e anche un costo sociale, quando si allontana dal modulo riparatorio, aggiungendo un'ultima somma a titolo di sanzione, richiede necessariamente l'intervento legislativo che solo può stabilire, con il dovuto equilibrio e una migliore persuasività, se sia o meno opportuna la concessione di un risarcimento ulteriore rispetto a quello riparatorio e, nel caso di una risposta positiva al quesito, l'esatta determinazione di questa punizione monetaria.



MARIO TRIMARCHI

Professore ordinario di diritto civile –Università di Messina

L'ULTIMO CORSO DI LEZIONI DI SALVATORE PUGLIATTI: “DIRITTO CIVILE E DIRITTO AMMINISTRATIVO”¹

SOMMARIO: 1. *La grande attesa.* – 2. *Il contenuto della decisione del 5 Luglio 2017 n. 16601.* – 3. *Modifiche sul livello del risarcimento in Italia.* – 4. *Qualche conclusione.*

1. – Università degli studi di Messina. Facoltà di Giurisprudenza. Anno accademico 1972/1973. Venuto a conoscenza che il prof. Salvatore Pugliatti avrebbe tenuto il Suo ultimo corso di lezioni di Diritto civile, chiedo al Preside di anticipare la materia dal quarto al terzo anno per potere frequentare quel corso.

Le prime lezioni, di chiara impronta metodologica, sono dal Professore dedicate alle ragioni che Lo avevano indotto alla scelta del tema, che viene così formulato: "Diritto civile e diritto amministrativo".

Durante il corso prendo costantemente appunti e registro insieme ad altri studenti e ad alcuni giovani collaboratori del Professore le lezioni, che vengono poi trascritte per poterle rileggere e studiare al fine del superamento dell'esame.

Affascinati dalla personalità e dalla profonda cultura del Maestro, nel maggio del 1973 il giorno dell'ultima lezione noi studenti Gli consegniamo una targa d'oro per ringraziarLo del prezioso insegnamento ricevuto e della splendida esperienza vissuta.

Conservo da allora gelosamente quelle lezioni. Nel corso degli anni in più occasioni le ho rilette in tutto o in parte, ed in svariate occasioni utilizzate per la ricerca scientifica o in funzione dell'attività didattica.

In passato, ho avuto modo di mettere a conoscenza illustri colleghi di altre discipline dell'esistenza del dattiloscritto e tutti, dal romanista Antonio Metro, allo storico del diritto Federico Martino, all'amministrativista Antonio Romano, hanno ritenuto il materiale di grande valore e sicuramente meritevole di essere pubblicato. E di questa lettura e del loro incoraggiamento Li ringrazio particolarmente.

Nel 2016 l'Associazione dei civilisti italiani, su proposta di Guido Alpa e di Francesco Macario, ha promosso presso La Sapienza l'organizzazione di due importanti convegni dedicati alle

¹ Prefazione al volume "Dalle lezioni di SALVATORE PUGLIATTI. Diritto civile e diritto amministrativo", a cura di M. Trimarchi, Napoli, ESI, 2017.

JUS CIVILE



Scuole civilistiche italiane, al fine di effettuarne una completa ricognizione e di indagare gli sviluppi, i contenuti e i protagonisti di ciascuna di esse. Nel primo incontro, tenutosi il 29 e 30 aprile, il prof. Vincenzo Scalisi ha delineato mirabilmente il percorso intellettuale della Scuola civilistica messinese dalle origini ai nostri giorni ed in specie dei suoi più grandi esponenti, Salvatore Pugliatti ed Angelo Falzea. Nel secondo incontro, tenutosi il 21 e 22 ottobre, ho ritenuto di proporre un ricordo del fondatore della Scuola riferendo proprio del Suo ultimo corso di lezioni, quello che avevo frequentato oltre quarant'anni prima.

Il particolare interesse da molti manifestato a conoscere il pensiero, inedito, del Maestro mi ha indotto a riprendere quel vasto ed articolato materiale. Ho deciso di accingermi a questo lavoro con una certa emozione e comunque consapevole della difficoltà di trasmettere in tutta la loro ricchezza il contenuto di quel corso. Al riguardo va ricordato come il testo delle lezioni del 1972/73, oggetto di questo volume, non proviene personalmente dal prof. Pugliatti né è stato da Lui riletto, risistemato o corretto. Egli era solito, infatti, revisionare con assoluto rigore i Suoi scritti, con interpolazioni e sostituzioni di frasi o interi periodi, fino ad un attimo prima di licenziare la stampa definitiva. In precedenza il Nostro aveva pubblicato vari corsi di lezioni di Diritto privato o di Diritto civile, ma probabilmente la Sua prematura scomparsa non Gli ha permesso di rivedere questo ultimo corso, cui teneva particolarmente. Eventuali errori o imprecisioni devono dunque essere ascritte interamente al sottoscritto e di questo sin d'ora mi scuso.

Il lavoro, a distanza di tanti anni, di rilettura degli appunti e delle trascrizioni allora effettuate delle lezioni si è rivelato alquanto complesso, nella misura in cui, pur nel rispetto della massima fedeltà possibile al corso effettivamente pronunciato dal Professore, si è provato a trasfondere il Suo discorso orale in un testo scritto agevolmente leggibile. Si è così proceduto alla informatizzazione del materiale e ad un primo accurato controllo sul piano formale: e qui il ringraziamento va ad alcuni miei collaboratori (le dott. Veronica Bongiovanni, Barbara Puglisi e Francesca Romeo) per l'attento lavoro preliminare ed in particolare alla prof. Angela La Spina per il coordinamento di questa fase.

Al fine di dare al testo una veste che consentisse una fruizione ottimale sono state ristabilite le frasi interrotte ed eliminate tutte quelle inevitabili ripetizioni in cui ogni docente tra la fine di una lezione e l'avvio di quella successiva incorre per riprendere il dialogo con i suoi studenti. Poiché il materiale – in ragione del fatto che è stato raccolto da studenti – presentava qualche imprecisione, si è operata, per quanto è stato possibile, anche una verifica delle fonti citate. È stato, inoltre, redatto un indice-sommario per consentire al lettore una visione complessiva dei contenuti del corso.

2. – Autorevoli studiosi hanno scritto della straordinaria capacità di Pugliatti di padroneggiare ai massimi livelli tutte le scienze umane, e non certo solo quella giuridica, cosicché senza alcuna enfasi ben può essere considerato un grande protagonista della cultura italiana del '900. Uno di quei Maestri la cui dimensione si staglia con assoluta preminenza ed il cui ricordo ed insegnamento permarranno vivi e fecondi nel tempo.

JUS CIVILE



I contributi, spesso illuminanti, che il Nostro ha fornito alla scienza giuridica sono innumerevoli e attengono non solo a tutti i campi del diritto civile, ma anche al diritto del lavoro, al diritto commerciale, al diritto industriale e al diritto agrario. È stato rilevato come sia stato un giurista completo, ma al tempo stesso inquieto, dotato di grande curiosità, fortemente aperto al dibattito, convinto che lo scienziato del diritto debba continuamente aggiornare i risultati conseguiti, assolutamente insofferente nei confronti di qualsiasi generalizzazione o astrazione inutile, in una logica di continuo rinnovamento dei concetti e della loro necessaria rispondenza al reale.

3. – L’eccezionale personalità di Pugliatti, nei suoi molteplici aspetti e sfaccettature, risulta con tutta evidenza dal Suo ultimo corso di lezioni intitolato “Diritto civile e diritto amministrativo”.

L’avvio è scintillante. All’inizio della ricerca conduce una attenta analisi linguistica dell’espressione, e si chiede se fosse opportuno indicare prioritariamente il diritto amministrativo o il diritto civile, ma soprattutto indaga a lungo sulla portata della particella “e” concludendo che dal punto di vista puramente grammaticale congiunge, mentre dal punto di vista logico disgiunge, nel senso che sembra proporre un raffronto tra due ambiti tra i quali ricorre una relazione.

Ma il particolare interesse della parte introduttiva va ravvisato nel fatto che Pugliatti si dichiara apertamente in ordine al metodo che il giurista deve utilizzare nella ricerca. Al riguardo evidenzia che, almeno in astratto, è possibile procedere per tre vie differenti, peraltro non parallele e quindi destinate per più aspetti ad incrociarsi.

La prima è quella dell’esperienza comune, consistente nel ricorso alle notizie più o meno approfondite che ciascuno possiede in una data materia ed in particolare che l’operatore del diritto possiede per gli istituti giuridici; l’esperienza consente di orientarsi, dà una prima informazione ma non è certo da sola sufficiente per conseguire una vera conoscenza dei fenomeni.

La seconda via, in apparenza la più rapida, è quella che parte dai concetti, dalle categorie, dagli schemi, nella specie propri del diritto civile e del diritto amministrativo; in realtà, pur essendo utile, non sempre è praticabile dal momento che le classificazioni sono spesso incerte e problematiche e comunque alquanto astratte. Lo stesso confine tra le due branche oggetto della ricerca appare quanto meno mobile e comunque segnato da una zona grigia che rende difficile la distinzione.

Vi è, infine, un’altra via, –sostiene Pugliatti– un metodo di ricerca che ricorre a diversi mezzi, che cerca di utilizzare tutte le risorse possibili e di tenersi quanto più possibile a contatto con la realtà e l’esperienza e nel tempo stesso di soddisfare il bisogno di ordine che sorregge la cosiddetta scienza. In che cosa consiste quest’altra via? In una parola, la tradizione, la storia. C’è un patrimonio immenso di esperienze immediate di vita vissuta, di elaborazioni culturali, di *erlebnis*, di riflessione sul vivere: la tradizione –afferma il Nostro– ha un’importanza enorme, e di essa non è possibile liberarci perché finisce con l’essere l’eredità che viene trasmessa dalle ge-

JUS CIVILE



nerazioni immediatamente precedenti e che si finisce con il dover accettare di fatto e di diritto. Cosicché se si vuole stabilire cosa sia diritto civile, cosa sia diritto amministrativo, è necessario affidarsi alla tradizione per vedere in che modo questa esperienza è stata analizzata dalle generazioni precedenti.

Pugliatti indica, quindi, il metodo storico o storicistico quale percorso privilegiato da prescegliere nella ricerca, anche per evitare sia concettualizzazioni eccessive e lontane dal reale, sia interpretazioni meramente formali del dato positivo del tutto sconnesse dal contesto sociale.

Ed avvia, così, un'amplissima, dotta e ricchissima ricostruzione del diritto civile dagli albori ai giorni d'oggi, passando in rassegna e analizzando attentamente una infinità di fonti, a partire dai Greci e dai Romani sino alla metà del secolo scorso, sempre attento a collegare quelle strettamente giuridiche con tutte le altre di matrice economica, politica o sociale, essenziali per comprendere in una visione unitaria in modo corretto le prime.

È interessante notare come il Nostro, nell'ambito di questo *excursus* storico, tenda in varie occasioni ad aprire lunghe parentesi, che potrebbero apparire erudite digressioni, ma che in realtà costituiscono paragoni o confronti tra fenomeni tra loro anche temporalmente distanti, necessari per cogliere appieno il senso del discorso. E, così, l'elegante discussione sulla *naturalis ratio* ed il confronto col *Volkgeist* di matrice storicista con le citazioni di Puchta, di Savigny, di Herbert e di Grimm, e con *l'esprit du peuple*, e quindi con l'illuminismo di Montesquieu, Gli servono per cogliere i punti di incontro e le differenze tra le varie fasi storiche. Oppure l'approfondimento, di particolare interesse, sulla c.d. grammatica comparata, dove il riferimento alle varie famiglie linguistiche via via individuate dagli studiosi, a partire dal sanscrito, che si assumeva all'origine di varie lingue europee, e poi alla lingua indogermanica, a quella indoeuropea, a quella arioeuropea, e, ancora, alla lingue studiate più di recente amerindiane e africane, dimostra la necessità di evitare generalizzazioni e di condurre un'analisi storicamente collaudata e relativizzata.

In realtà –osserva Pugliatti– nulla esiste che possa essere fermato per l'eternità. Ecco allora come la storia non è più una parola soltanto ma è una parola che designa qualcosa di essenzialmente reale, cioè appunto questo moto continuo, questo cambiamento continuo, questa instabilità esistenziale radicale di ciò che è reale.

Il lettore è condotto in un'affascinante viaggio attraverso il tempo, alla scoperta, pagina dopo pagina, delle ragioni di carattere economico, politico o sociale che hanno determinato la formazione di ciò che si denonima diritto civile. E, così, ad esempio, è dato cogliere quando, come e perché si originino e si sviluppino vari istituti giuridici e, tra gli altri, quelli della rappresentanza, della cessione del credito e dei titoli di credito. Oppure si comprende come, una volta superato il periodo feudale, tendenzialmente chiuso e accentrato, l'ampliamento del mondo degli affari abbia favorito la nascita e il diffondersi del fenomeno associativo.

Ed ancora: il Nostro si sofferma in più occasioni sulla funzione e sul ruolo del giurista, esaltando in primo luogo i meriti della scuola storica tedesca del diciannovesimo secolo ma rilevando, poi, che la scienza giuridica del ventesimo secolo presenta ormai una funzione semplice-

JUS CIVILE



mente didattica o addirittura anche deformatrice, nel senso che costruisce degli schemi concettuali ma esagera nell'attribuire ad essi anziché una funzione semplicemente pratica, cioè di strumenti utilizzabili per mettere ordine e per agevolare la interpretazione delle norma, addirittura valore di principi dai quali dedurre e ricavare delle norme giuridiche. È il Pugliatti decisamente contrario al mero concettualismo e alle teorizzazioni inutili, nella convinzione –ribadita anche in questo ultimo corso– che l'attività del giurista deve sempre avere una finalità pratica, tenendo quanto più è possibile in disparte le sue convinzioni ideologiche, pur senza spogliarsi della sua personalità.

Ed in questo contesto non si lascia sfuggire l'occasione per alcune amare considerazioni sulla classe dei giuristi e sulle tecniche di formazione delle legge. I giuristi – rileva Pugliatti– sono quasi tutti individualisti e tendono ognuno a realizzare proprie idee, ideologie e tecniche, difficilmente associabili in una unità di tendenze e di orientamenti. Talora alcuni di essi riescono parzialmente a collaborare per curare la tecnica ed il linguaggio legislativo, ma nella massima parte dei casi la classe politica, trasformista ed immatura, nel redigere le leggi non rispetta né la logica, né la lingua, né la chiarezza espressiva, cosicché vi è una specie di anarchismo tecnico nel campo legislativo sempre più pauroso, e, di conseguenza, una classe giuridica, almeno nel complesso, scarsamente utile ed autoreferenziale.

Egli compie, quindi, una ricostruzione e una ricerca brillantemente documentate al fine di individuare attraverso una analisi storica dettagliata, e però al pari in una prospettiva sintetica, il vivo e palpabile evolversi dei fenomeni sociali e giuridici, e cioè delle forze operanti nella realtà sociale e degli istituti giuridici ad esse inscindibilmente connessi. E a conclusione della parte privatistica del corso rileva che il Suo tentativo di comprendere e descrivere cosa sia il diritto civile, consente di affermare che il diritto civile ha come fondamento alcuni istituti essenziali, uno è il lavoro, un altro è la proprietà; che proprietà e lavoro finiscono coll'essere collegati, cosicché terra, lavoro e capitale, i tre fattori della produzione sono i fenomeni disciplinati dal diritto civile. Altri istituti che disciplina il diritto civile sono poi la famiglia le connesse successioni.

Il diritto civile è, perciò, la sua storia. Consiste e coincide con quanto la sua storia ci insegna e ci consegna. Gli istituti del diritto civile sono quelli che nell'esperienza plurisecolare della civiltà contemporanea sono andati progressivamente ad emergere. Il Maestro ci ammonisce che non è possibile compiere alcuna generalizzazione, che le distinzioni tra le varie branche del diritto non possono poggiarsi su criteri logicamente e astrattamente precostruiti e come l'unica risposta al riguardo riposa nella storia e va colta attraverso un'analisi dell'evoluzione del reale e dei fatti quali entità fondanti le norme, da quelli non separabili né distinguibili.

Ma Pugliatti presenta il diritto civile insieme al diritto amministrativo, il che fa supporre la ricorrenza di elementi che giustificano questa considerazione unitaria, accanto naturalmente ad elementi che differenziano i fenomeni osservati.

Per cogliere tale rapporto, il Nostro – fedele alle sue scelte metodologiche– chiarisce, come ha già fatto per il diritto civile, che il mero ricorso all'esperienza e alla logica e, si vuole, anche alla sociologia e alla linguistica, se può essere utile alla ricerca, non appare comunque piena-

JUS CIVILE



mente appagante. Ad esempio, –aprendo una ampia parentesi-, rileva acutamente che il termine latino *administrare* è naturalmente ambiguo e polisenso potendo significare “assistere” ad esempio ad una funzione religiosa, oppure “servire” ad esempio a tavola, oppure “dirigere” ad esempio una nave, o ancora “condurre” o “essere titolari di un comando” o “eseguire” o, infine, “reggere e dirigere”. Invero solo l’indagine storica è quella in grado di svelare come e perché si sia sviluppato il diritto amministrativo e quali suoi istituti presentano connessioni col diritto civile. Anche in questa materia non si tratta – chiarisce Pugliatti– di ricercare improbabili o impossibili criteri distintivi, quanto piuttosto di osservare e constatare le innumerevoli forme di coesistenza tra le due branche del diritto nella regolamentazione di ogni istituto, cogliendo così in una logica unitaria le esigenze fattuali e le risposte dell’ordinamento.

E a questi fini viene condotta un’ampia ricerca, particolarmente attenta al dato esegetico, evidenziando l’enorme mole di istituti che presentano insieme aspetti civilistici e amministrativistici. Base di partenza è il ricorso all’idea moderna di diritto comune, inteso come il complesso degli istituti fondamentali della convivenza civile, in relazione ai quali accanto a profili privatistici, rilevano spesso anche aspetti pubblicistici, che integrano forme di amministrazione pubblica del diritto privato. La maggior parte delle attività dei privati – nota Pugliatti– presenta riflessi esterni che mettono in giuoco interessi non tanto degli autori dell’atto di autonomia quanto di carattere generale o di determinati terzi estranei, cosicché divengono essenziali forme di accertamento e di documentazione, esplicate soprattutto dai notai, che attribuiscono pubblica fede a quegli atti. Nell’atto pubblico, appunto, si incontrano un’attività privata e un’attività amministrativa, nella misura in cui il pubblico ufficiale assicura quella certezza importante ai fini della prova.

Già in precedenti scritti Pugliatti aveva avuto modo di chiarire che non fosse possibile tracciare con nettezza la distinzione tra diritto privato e diritto pubblico. Il Maestro rifugge, quindi, da concettualizzazioni e schematizzazioni eccessive e si orienta a favore di un metodo che potrebbe dirsi integrale, nel senso che il compito dell’interprete è quello di individuare e prendere in considerazione tutti i dati, di qualsiasi genere, disponibili e rilevanti. E nella specie tutte le disposizioni di diritto civile e di diritto amministrativo riferibili al caso, ai fini di una loro lettura unitaria, nonché tutte le componenti della realtà sociale utili per la evidenziazione e soluzione del problema pratico di vita dei consociati.

4. – Le suggestioni offerte dal corso di lezioni inducono a qualche considerazione conclusiva.

La lezione del Maestro rimane illuminante e conserva una grande attualità soprattutto per la tensione che la anima a favore di una concezione storico-reale del fenomeno giuridico, da sperimentare attraverso una approfondita indagine analitica che colga tutti i dati a disposizione, con l’obiettivo di organizzare l’ordinamento rimanendo fortemente connessi ai fatti e ai valori emergenti dalla realtà sociale.

JUS CIVILE



Ed invero la storia in genere ed anche quella del diritto ci consegnano momenti alterni, che sembrano vorticosamente ripetersi e rincorrersi. Fasi nelle quali, più in particolare, il diritto civile presenta una tendenza unificatrice, che si traduce nella codificazione o comunque nella vigenza di una fonte assolutamente prevalente, e fasi nelle quali si danno una pluralità di fonti, aventi varia natura e generanti forme di particolarismo giuridico. Pugliatti ci ammonisce che il giurista non può limitarsi ad una semplice presa d'atto della ricorrenza in un dato periodo storico, di un dato assetto (piuttosto che di un altro) delle fonti civilistiche, conducendo un'analisi meramente astratta e formale. Ogni assetto delle fonti, più o meno accentrato o più o meno frammentato o articolato, presenta, infatti, una precisa motivazione, è fondato su scelte in senso lato politiche ed è significativo dell'emergere, dell'evolversi o del venir meno di determinate esigenze sociali. Così, determinati momenti storici caratterizzati dalla compresenza di una pluralità di fonti potrebbero essere dovuti all'insorgere di nuovi centri di interesse che tendono ad imporsi o comunque costituiscono la prova della contestuale esistenza di più forze in conflitto. La ricorrenza di una codificazione può, invece, testimoniare un periodo di controllo dell'assetto sociale da parte delle forze prevalenti o comunque di stabilità, di pretesa certezza o di conservatorismo. In ogni caso le scelte risultanti dalla forma delle norme non possono essere scisse – chiarisce definitivamente ed autorevolmente il Maestro – dall'osservazione e dalla considerazione del fatto e dei valori da questo evidenziati.

L'utilizzo di queste illuminanti riflessioni per provare a comprendere i tempi d'oggi, inducono a ritenere che il pluricentrismo normativo del ventunesimo secolo vigente nel tempo della complessità ed il diritto debole che caratterizza vari settori dell'esperienza, costituiscano il segno di una fase di passaggio e di instabilità dovuta alla presenza sullo scenario internazionale di grandi forze attualmente in lotta per l'affermazione sul piano giuridico dei loro interessi economici.

5. – Rivolgo un ringraziamento alla SISDiC e a Pasquale Femia per avere reso possibile la pubblicazione di questo volume, che vuole rappresentare un sentito dovuto omaggio da parte mia a Salvatore Pugliatti, cui mio padre per lunghi anni è stato legato da un rapporto di profondo affetto, di riconoscenza e di ammirazione per il Maestro di vita e di scienza. Ringraziamento che estendo anche alla figlia Teresa, con la quale in questa occasione ho avuto modo di ricordare i bei momenti vissuti insieme dalle nostre famiglie e di concordare anche il titolo del volume.

Messina, marzo 2017



GIORGIO DE NOVA

Professore emerito – Università di Milano

INTORNO ALLA *COMPENSATIO LUCRI CUM DAMNO*

Le Sezioni Unite si trovano ad affrontare un tema che è percorso da considerazioni equitative che si pongono tra loro in contraddizione.

(a) Non è “giusto” che il danneggiato cumuli l’integrale risarcimento del danno con altri importi che riceve a seguito dell’atto illecito.

(b) Non è “giusto” che il danneggiante si giovi, riducendo il risarcimento, di benefici pubblici o privati corrisposti al danneggiato a seguito dell’atto illecito.

(c) Non è “giusto” che lo Stato paghi due volte alle vittime dell’atto illecito.

Come è stato ricordato da Renato Scognamiglio, in una nota a sentenza del 1952, che rimane uno scritto fondamentale sul tema, «in una siffatta materia, particolarmente esposta alla suggestione di considerazioni equitative o addirittura empiriche e comunque metagiuridiche, non parerà mai troppo lo sforzo inteso a delineare i principi scientifici che debbono guidare rettamente la soluzione dei casi concreti»¹.

Provo allora a mettere un po’ d’ordine, cercando di dare conto delle diverse opinioni anche oggi pomeriggio emerse.

1. Una prima considerazione è che il tema non si pone solo per la responsabilità aquiliana, ma anche per la responsabilità contrattuale, pur se la questione è stata inizialmente posta per l’atto illecito. Ne è prova il bellissimo scritto di John Fleming, che, dopo aver ampiamente trattato dell’argomento per i *Torts* sulla *California Law Review* del 1983 si occupa della «*collateral source rule*» in relazione al contratto². Per noi, ne è prova la circostanza che Pietro Trimarchi si occupa del tema sia nel volume "Il contratto: inadempimento e rimedi" sia nel volume "La responsabilità civile: atti illeciti, rischio, danno"³.

2. Una seconda considerazione è che il tema si pone in tutti gli ordinamenti, di *common law* come di *civil law*.

3. Una terza considerazione come ricordava il Presidente Mammone, è che il tema riguarda non solo il giudice civile, ma anche il giudice amministrativo.

Svolgo queste tre considerazioni preliminari per ricordare a tutti noi che si dovrà dare ai que-

¹ R. SCOGNAMIGLIO, *In tema di “compensatio lucri cum damno”*, in *Foro it.*, 1952, I, p. 635.

² J. G. FLEMING, *The Collateral Source Rule and Contract Damages*, 71 *Cal. L. Rev.* 56 (1983).

³ P. TRIMARCHI, *Il contratto: inadempimento e rimedi*, Giuffrè, 2010, p. 188 ss.: ID., *La responsabilità civile: atti illeciti, rischio, danno*, Giuffrè, 2017, p. 603 ss..

JUS CIVILE



siti che pongono le ordinanze di remissione una risposta che tenga conto sia delle implicazioni della posizione che si assumerà (e dunque sia per la responsabilità aquiliana, sia per la responsabilità contrattuale), sia delle risposte correnti negli altri ordinamenti (per evitare di adottare soluzioni isolate nel panorama degli ordinamenti); sia, ove possibile, per evitare che vi sia un contrasto tra giudice civile e giudice amministrativo, quantomeno, come precisava il Presidente Lipari, per la lesione dei diritti soggettivi.

Vorrei fare ancora una premessa, su cui mi pare si possa essere tutti d'accordo: meglio non parlare più di *compensatio lucri cum damno*, perché comunque si voglia affrontare il tema, è certo che non si tratta di compensazione tra crediti o tra pretese. E la formulazione che ci tramanda il latinetto (per di più di dubbia origine) non è innocente, perché potrebbe far pensare appunto alla compensazione, e indurre ad esempio a ritenere che le poste negative e positive debbano essere omogenee, e che il danneggiante debba formulare un'eccezione in senso proprio. A quest'ultimo riguardo, lo dico per inciso, la tesi prevalente è che la considerazione del beneficio che riceve il danneggiato sia rilevabile d'ufficio⁴, ma si tratta di soluzione non da tutti condivisa⁵.

Poniamoci il quesito di fondo che sollevano le ordinanze nel modo più neutro possibile.

“Se, successivamente all'atto illecito, il patrimonio del danneggiato presenta poste negative e poste positive, nel determinare il risarcimento del danno si devono considerare, operando una somma algebrica, anche le poste positive?”.

Utilizzo, intenzionalmente, l'avverbio “successivamente”, per non pregiudicare la risposta al quesito.

Togliamo dal tavolo casi che non pongono problemi.

Se l'atto illecito è causa esclusiva sia di poste negative sia di poste positive nel patrimonio del danneggiato, si procederà alla determinazione del danno mediante una somma algebrica. Non è una ipotesi peregrina, come sembrano ritenere alcune ordinanze di remissione.

Se ho l'abitudine di andare al lavoro in auto, e la sera la metto di una autorimessa, e pago notte per notte la custodia dell'auto, e il danneggiante mi sottrae l'auto per una settimana e me la fa poi ritrovare indenne sotto casa, il mio danno sarà dato dal costo delle corse di taxi per andare al lavoro meno la spesa risparmiata per l'autorimessa.

Qui si tratta, del tutto banalmente, di determinare il danno in base al criterio della differenza patrimoniale.

Per converso, vi sono casi in cui pare evidente che il problema di cui ci occupiamo non si pone.

Così nel caso in cui la posta positiva costituisce la remunerazione dell'attività del danneggiato successiva all'atto illecito. Pare difficile dare ragione a chi, dovendo risarcire a Silvio Pellico il danno da ingiusta detenzione, sostenga di poter dedurre dal risarcimento i diritti d'autore che

⁴ Cass. 20111/2014; P. TRIMARCHI, *La responsabilità civile*, cit., p. 606.

⁵ Manifesta dubbi al riguardo IZZO, *È nato prima il danno o la sicurezza sociale?*, in *Resp. civ. prev.*, 2016, p. 64.

JUS CIVILE



il patriota ha percepito con la vendita de “Le mie prigionie”; potrei essere meno datato, e parlare di Fabrizio De André e dei diritti di “Hotel Supramonte”, ma Faber perdonò i suoi rapitori.

Così pure, nel caso in cui il danneggiato abbia ricevuto delle somme da terzi in gara di solidarietà, il danneggiante non potrà per ciò ridurre il risarcimento.

In senso opposto, pare evidente che se il danneggiante ha provveduto ad assicurarsi, pagando i relativi premi, e la sua assicurazione indennizza il danneggiato, il danneggiante medesimo dovrà risarcire solo il danno non coperto dalla sua assicurazione.

Se la soluzione in questi casi appare agevole, può essere tuttavia utile motivare le ragioni che portano alla soluzione, per utilizzarla nei casi dubbi.

Se si ammette il cumulo della posta attiva con il risarcimento, è perché i diritti d'autore non sono legati da un nesso causale con l'illecito, ed hanno come ragione giustificatrice un'attività del danneggiato; se lo si ammette per la liberalità, è perché esse hanno come ragione giustificatrice quella di aiutare la vittima, non già di agevolare il danneggiante.

Se si esclude il cumulo dell'indennizzo dell'assicurazione del danneggiante, è perché è quest'ultimo che ha provveduto per tempo ad assicurarsi contro il rischio, assumendo l'onere di pagare i premi.

Come si vede, ho fatto riferimento sia al nesso causale sia alla ragione giustificatrice della posta positiva.

Questo secondo profilo è espressamente sottolineato nell'art. 10:103 dei *Principles of European Tort Law*, che così dispone: «*Benefits Gained Through the Damaging Event. When determining the amount of damages benefits which the injured party gains through the damaging event are to be taken into account unless this cannot be reconciled with the purpose of the benefit*». Dunque il *benefit* si cumula, quando lo scopo per cui viene riconosciuto non consente di considerarlo nel determinare il danno risarcibile.

Nota per inciso che nel commento a questa norma (richiamata anche da alcune ordinanze di remissione), Magnus osserva che la regola applicativa nei paesi europei è piuttosto quella del cumulo che non della riduzione del risarcimento⁶.

Veniamo ora ai casi dubbi, e, senza pretesa di completezza, a quelli che sono oggetto delle ordinanze di remissione: ma già un primo risultato mi sembra di poter dire raggiunto. Al quesito, se la c.d. *compensatio* «possa operare come regola generale del diritto civile ovvero in relazione soltanto a determinate fattispecie»⁷ si può già rispondere che di regola generale non è il caso di parlare. E mi pare che in questa direzione si muovessero le considerazioni introduttive del Presidente Rordorf.

Ma, come tutti abbiamo ben capito, la vera questione è se si debbano ridurre i casi di cumulo: in questa direzione si muovono le ordinanze di remissione.

⁶ MAGNUS, *Commento all'art. 10:103*, in *Principles of European Tort Law*, Springer, 2005, p. 157.

⁷ Cass., ord. nn. 15534 e 15535.

JUS CIVILE



Esaminiamo allora alcune ipotesi.

(a) Nel determinare il danno che subiscono gli eredi per la uccisione di una persona si deve considerare la posta positiva consistente nell'acquisto dell'eredità della vittima dell'illecito?

Inizio con questo caso l'analisi dei casi dubbi, perché tale risulta dal commento all'art. 10:103 dei *Principles of European Tort Law*⁸. Ma la soluzione negativa a me pare sicura.

Muoviamo dal principio di regolarità causale, secondo cui una condotta è causa di un evento se senza la prima il secondo non si sarebbe verificato secondo l'*id quod plerumque accidit*⁹.

Mi pare si debba dire che la morte di quella persona si sarebbe verificata (anche se in un momento successivo) in ogni caso, e così l'acquisto dell'eredità. Per usare una felice espressione di un autorevole magistrato, Peretti Griva che annotò la stessa sentenza annotata da Renato Scognamiglio, la successione ereditaria è legata «non già al fatto di quella morte, bensì al fatto della morte in generale, che avrebbe potuto verificarsi per un evento non ingiurioso»¹⁰.

Ma consideriamo soprattutto la ragione giustificatrice dell'acquisto dell'eredità da parte degli eredi: essa sta nel rapporto tra *de cuius* ed erede, e l'idea che i risparmi del *de cuius* vadano a vantaggio di chi lo uccide a me pare francamente intollerabile.

(b) Nel caso di assicurazione sulla vita, l'indennità si cumula con il risarcimento. Si tratta di una forma di risparmio posta in essere dall'assicurato, sopportando l'onere dei premi, e dunque sussiste una ragione giustificatrice che non consente il computo nel risarcimento¹¹.

(c) Nel caso di assicurazione contro i danni, l'assicuratore del danneggiato, che lo ha indennizzato, è surrogato nel diritto del danneggiato al risarcimento *ex art.* 1916 cod. civ., e dunque il danneggiante rimborserà all'assicuratore l'indennità assicurativa, e risarcirà l'eventuale maggior danno al danneggiato. Qui il problema di una eventuale duplicazione non si pone, perché alla fine il danneggiante risarcisce tutto il danno e il danneggiante ottiene tutto (e solo) il danno.

Viene qui in evidenza il terzo personaggio seduto al tavolo della discussione di oggi: il primo è il principio di causalità (la cui importanza è stata ricordata dal Presidente Rordorf, ed è stata sottolineata in particolare da Franzoni); il secondo è la ragione giustificatrice del “beneficio collaterale” (sottolineata da Izzo, e anche dal Consigliere Vincenti, ma nell'ottica del bene/interesse tutelato); il terzo è la surrogazione (sottolineata in particolare da Pardolesi).

(d) Quanto all'assicurazione contro gli infortuni e le disgrazie accidentali, la giurisprudenza è orientata a dedurre dal danno da incidente non mortale l'indennità assicurativa¹², ma si è di recente sottoposto a critica questa soluzione, considerato che l'autonomia negoziale si esprime

⁸ MAGNUS, *Commento all'art. 10:103, cit.*, p. 158.

⁹ Così Cass., ord. 15534/17, p. 16.

¹⁰ PERETTI GRIVA, *A proposito della compensatio lucri cum damno*, in *Foro pad.*, 1951, I, c. 1124.

¹¹ Così FLEMING, *op. cit.*, p. 58, e TRIMARCHI, *La responsabilità civile, cit.*, p. 605.

¹² Cass., S.U., 5119/2002; Cass. 13233/2014.

JUS CIVILE



spesso per l'esclusione pattizia del diritto di surrogazione dell'assicurato, in deroga all'art. 1916, 1° e 4° comma, la cui natura di norma di ordine pubblico viene revocata in dubbio¹³.

(e) Vi sono poi i casi in cui, per previsione di legge, lo Stato eroga importi a beneficio di una classe di danneggiati.

Caso esemplare è la legge 25 febbraio 1992, n. 210, che prevede un «indennizzo a favore dei soggetti danneggiati da complicanze di tipo irreversibile a causa di vaccinazioni obbligatorie, trasfusioni»¹⁴.

È possibile, ed anzi è la regola, in fatto, che sia convenuto per il risarcimento lo Stato, che ha erogato le indennità.

La circostanza che sia lo stesso soggetto ad erogare l'indennità e a dover corrispondere il risarcimento non mi pare giustificare l'imputazione, perché non si giustificerebbe una diversità di trattamento a seconda che responsabile dell'illecito sia lo Stato piuttosto che un privato¹⁵. Per escludere il cumulo occorre accertare che il beneficio previsto *ex lege* costituisce un risarcimento, se si vuole un risarcimento anticipato.

(f) Vi sono, infine, i casi in cui il danneggiato ottiene dei benefici svolgendo attività diverse da quelle in relazione alle quali ha subito il danno. Nel diritto amministrativo il caso classico è quello dell'impresa che chiede il risarcimento del danno per la mancata aggiudicazione di un appalto pubblico, ma che percepisce redditi *aliunde* (si veda l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 2 del 2017 e quanto ci ha detto il Presidente Lipari).

Per diritto civile si può ricordare il caso di chi svolge un lavoro manuale, si infortuna, e successivamente svolge un lavoro sedentario, ma più remunerativo.

Ho tentato di concludere il seminario concentrandomi sui casi, più che non sui temi generali.

Sul piano generale, credo di poter osservare in chiusura che il criterio di selezione tra i casi in cui ammettere o negare il cumulo sia non tanto il criterio del nesso causale (che nella sua attuale formulazione in tema di responsabilità civile non ha grandi capacità selettive), quanto il criterio della ragione giustificatrice del beneficio collaterale che il danneggiato riceve, per accertare se sia compatibile o incompatibile con una imputazione al risarcimento (mentre mi pare troppo limitante il riferimento al bene/interesse protetto, che finisce per considerare soltanto i beni/interessi tutelati a livello costituzionale o comunque i diritti fondamentali).

La selezione dovrà essere fatta, non caso per caso, ma per classe di casi, come ho cercato di fare.

Non si potrà invece parlare, già lo si è detto, della c.d. *compensatio lucri cum damno* come principio generale. Perché il punto centrale per il tema della c.d. *compensatio* è quello «dei limiti in cui il principio può trovare applicazione»: lo ricordava Renato Scognamiglio¹⁶, ed è vero, io credo, ancor oggi.

¹³ IZZO, *op. cit.*, p. 400 ss., cui aderisce TRIMARCHI, *Responsabilità civile, cit.*, p. 605.

¹⁴ Per un quadro generale su analoghi indennizzi o elargizioni v. IZZO, *op. cit.*, p. 56 ss..

¹⁵ Cfr. invece Cass., S.U., 11 gennaio 2008, n. 584.

¹⁶ R. SCOGNAMIGLIO, *op. cit.*, p. 625.

JUS CIVILE



La soluzione che si adotterà inciderà, inevitabilmente, sul ruolo svolto dalla responsabilità civile, preventivo, reintegrativo, sanzionatorio. Ma sarà bene evitare inversioni di metodo, e non dedurre la soluzione del problema da una eventuale preferenza a priori per l'una o l'altra finalità.



CESARE MASSIMO BIANCA

Professore straordinario – Università Unitelma Sapienza di Roma

NOTE PER UNA REVISIONE DELL'ISTITUTO DELL'ADOZIONE

Nella sua approfondita indagine sulla evoluzione della famiglia nella storia del diritto e nella realtà sociale, Vincenzo Scalisi ha dato atto della ricca ed estesa costellazione delle nuove aggregazioni familiari¹. Nel vario ambito di queste aggregazioni Vincenzo Scalisi riscontra anche le famiglie costituite “su base elettiva”, come le famiglie adottive. Tali famiglie ritiene di poter chiamare ‘artificiali’².

La denominazione ‘artificiale’ attiene al modo di formazione del rapporto, non alla sua realtà di rapporto familiare, in cui si realizza una ‘dimensione’ di vita della persona, quella dimensione che rappresenta l’essenziale ambiente di crescita e di sviluppo della personalità dell’essere umano.

La suggestiva espressione di Jemolo, che ravvisava nella famiglia un’isola che il diritto può solo lambire, ma non penetrare, è largamente smentita da una realtà sociale di cui lo stesso diritto è parte.

È un dato di esperienza che la famiglia si atteggia diversamente sul piano sociale secondo che gli interessi dei suoi membri siano giuridicamente tutelati o lasciati alla libera esplicazione dei rapporti familiari. La famiglia adottiva, poi, è ‘creata’ dal diritto. L’adozione inserisce il minore in questa famiglia, che diviene la sua famiglia, e che segna pertanto la sua esistenza. Può quindi intendersi l’importanza primaria che questo istituto assume nell’ordinamento giuridico della famiglia e l’urgenza di un intervento normativo che tenga conto di alcune più pressanti istanze di revisione dell’istituto.

Volendo indicare i punti che attendono un intervento innovativo va in primo luogo segnalato il problema dell’ampliamento della sfera della capacità adottiva.

Attualmente i minori abbandonati possono essere adottati esclusivamente da coppie di persone coniugate da almeno un triennio. La Convenzione di Strasburgo del 1967, che dette ingres-

¹ I fondamentali studi di Vincenzo Scalisi hanno messo in evidenza l’emergere di una costellazione di “nuove aggregazioni familiari” ma, al tempo stesso, l’esigenza della ricerca di un elemento identificativo colto, in ultima analisi, nella “relazione di coppia quale comunione materiale e spirituale di vita (nella forma di una stabile e duratura convivenza *more uxorio*) nonché il rapporto (ma solo eventuale) di filiazione”. V. il saggio “*Le stagioni della famiglia nel diritto dell’unità d’Italia ad oggi*”, parte seconda, in *Riv. dir. civ.*, 2013, 1287. La parte prima è pubblicata *ivi*, 2013, 1043. V. anche *La ‘famiglia’ e le ‘famiglie’ (il diritto di famiglia a dieci anni dalla riforma)*, in *Categorie e istituti del diritto civile nella transizione al post moderno*, Milano, 2005, 213, e già in *La riforma del diritto di famiglia dieci anni dopo, Bilanci e prospettive, Atti del Convegno di Verona* (14-16 giugno 1985), Padova, 1986.

² SCALISI, *Le stagioni della famiglia ecc.*, parte secondo, *cit.*, 1293

JUS CIVILE



so alla nuova concezione dell'adozione quale forma di tutela dei minori, aveva espressamente previsto la possibilità dell'adozione da parte di persona singola (art. 6). L'Italia, che aveva sottoscritto e ratificato la Convenzione, emanò la prima legge sull'adozione minorile escludendo tale possibilità (l. n. 431, del 5 giugno 1967).

L'esclusione è rimasta anche nella legge successiva, la n. 184 del 4 maggio 1983, che costituisce il testo base dell'attuale disciplina dell'istituto. Tenendo ferma la chiusura nei confronti della persona singola l'Italia si è messa in una posizione isolata rispetto a tutti gli altri ordinamenti.

Si tratta di una posizione che va superata. In contrario non vale addurre l'interesse del minore alla bigenitorialità. È certamente più rispondente all'interesse del minore l'essere educato da due genitori, ma vivere con una persona che lo mantenga, lo educi e lo curi come un figlio è per il minore abbandonato una scelta esistenziale incomparabilmente più favorevole rispetto a quella del ricovero presso una struttura di assistenza.

La nostra legge ha consentito l'adozione da parte di persona singola in tema di adozione in casi particolari (art. 44³ l. adoz.). Si è in tal modo riconosciuto che anche una persona singola può dare al minore una famiglia³.

Pure al di fuori dell'adozione in casi particolari deve pertanto ammettersi che il minore abbandonato possa essere adottato da una persona singola. A maggior ragione deve ammettersi l'adozione del minore da parte di una coppia di conviventi stabili con i quali la famiglia si costituisce nella pienezza del suo nucleo.

Ciò che conta è la sussistenza degli essenziali requisiti della idoneità affettiva e della capacità di mantenere, educare e istruire il minore adottato.

La facile risolubilità della convivenza rende meno sicura la posizione dell'adottato nell'ambito del nucleo familiare in cui è inserito, ma una maggiore durata dell'affidamento preadottivo potrebbe consentire di verificare la fermezza del rapporto adottivo assunto. Eguale considerazione vale per l'adozione da parte del singolo.

Non coniugati sono anche gli uniti civilmente.

Il nostro ordinamento ha infatti scelto di introdurre l'unione civile quale istituto distinto rispetto al matrimonio. La disciplina dell'unione civile è però ispirata al modello matrimoniale e le posizioni degli uniti civilmente sono in larga parte corrispondenti a quelle dei coniugi. Agli uniti civilmente è stata tuttavia preclusa l'applicazione della legge sull'adozione. Agli uniti civilmente è stata in tal modo negata la capacità adottiva.

L'incapacità adottiva degli uniti civilmente è difficilmente giustificabile. Se non vi è ragione di ritenere che per il minore sia pregiudizievole essere mantenuto, educato, istruito, curato affettivamente da persone dello stesso sesso, la sancita privazione della capacità adottiva risulta basata sul genere degli uniti civilmente e rivela allora carattere discriminatorio. In tal senso si è

³ La presenza di una sola figura genitoriale non toglie la realtà familiare del rapporto: vedi SCALISI, *Le stagioni della famiglia ecc.*, parte seconda, *cit.*, 1293.

JUS CIVILE



pronunziata la CEDU, che ha condannato uno Stato per l'impedimento frapposto dalla legge di quello Stato all'adozione da parte di persone dello stesso sesso⁴.

Pur in mancanza di una norma di legge che consenta l'adozione da parte di persone dello stesso sesso, alcune sentenze di tribunali e la stessa Cassazione sono giunte a riconoscere efficacia a provvedimenti stranieri di adozione del figlio di una convivente da parte della convivente dello stesso sesso⁵.

Questi singoli precedenti giurisprudenziali confermano la necessità di un intervento legislativo che, attribuendo capacità adottiva anche alle persone dello stesso sesso, conferisca alla materia certezza e coerenza sistematica.

L'unione civile è più facilmente risolubile del matrimonio potendo cessare per volontà unilaterale dell'unito civilmente. Il minore è quindi maggiormente esposto al rischio di un inserimento precario nel nucleo familiare adottivo. Ma come per l'adozione da parte dei conviventi, può ritenersi che un più lungo affidamento preadottivo renda verificabile la fermezza del rapporto adottivo assunto.

Una disciplina rivisitata dell'adozione dovrà affermare il principio che lo stato di adottabilità non può essere dichiarato quando sussiste un significativo legame affettivo tra il minore e i suoi genitori o uno di essi o un ascendente. Alle situazioni di carenza della famiglia che non è in grado di mantenere ed educare i propri figli deve provvedere lo Stato (art. 30² Cost.). L'intervento dello Stato non deve però sottrarre il minore all'affetto della sua famiglia perché il minore ha il diritto fondamentale di crescere nella famiglia e questo diritto garantisce essenzialmente il vincolo affettivo che lo lega ad essa. L'aver i nostri giudici avviato all'adozione un minore voluto bene dalla madre che non era in grado di accudirlo, è stato motivo di condanna dell'Italia da parte della CEDU. Nella specie la madre non era in grado di prendersi sufficiente cura del figlio, ma altre soluzioni si sarebbe dovuto trovare per tutelare il minore senza recidere il rapporto con la sua famiglia⁶.

Una realtà che esige un deciso intervento di solidarietà pubblica e sociale è rappresentata dalla situazione dei minori dichiarati in stato di adottabilità che non vengono adottati e, al raggiungimento della maggiore età, non sono in grado di provvedere al proprio mantenimento. Al fine di consentire a questi giovani di inserirsi nel mondo del lavoro e di crearsi una vita autonoma, occorre prevedere la predisposizione di piani di studio e di formazione professionale.

La legge di revisione dell'adozione n. 149 del 2001, ha posto a carico dello Stato, delle Regioni e degli enti locali l'impegno di prevenire le situazioni di abbandono aiutando con adeguati mezzi di sostegno anche economico le famiglie in crisi (art. 1). Occorre che questo impegno abbia effettiva attuazione e che gli enti locali siano messi in grado di effettuare gli interventi di sostegno previsti dalla legge.

⁴ Sentenza del 19 febbraio 2013, X c. Austria (ric. 19010/97), in *Nuova giur. civ.*, 2013, I, 519, con n. di Fatta e Winkler.

⁵ Sentenza della Cass. n. 12962 del 22 giugno 2016.

⁶ Sentenza del 21 gennaio 2014, Z. c. Italia (ric. 3373/11), in *Minori giust.*, 2014, 274, con n. di Occhiogrosso.

JUS CIVILE



A tal fine è necessario prevedere l'istituzione di un fondo nazionale di solidarietà avente la funzione di consentire agli enti locali in difficoltà di assolvere la funzione assistenziale in favore dei minori prevista dalla segnalata norma e da altre disposizioni di legge.

Il fondamentale diritto del minore di crescere nella famiglia lo rende il principale interessato nel procedimento sullo stato di adottabilità e il soggetto che esige la maggiore garanzia processuale. L'attuale disciplina riconosce che il minore è parte del procedimento e che questo si svolge fin dall'inizio con l'assistenza legale del minore (art. 8⁴, l. adoz.). Non è prevista, tuttavia, la nomina di un difensore d'ufficio, come è prevista per i genitori e i parenti partecipanti al procedimento (art. 10², l. adoz.).

Occorre pertanto assicurare al minore un difensore di ufficio, nominato all'apertura del procedimento. Occorre altresì che l'apertura del procedimento comporti la sospensione della responsabilità genitoriale dei genitori o degli affidatari del minore senza la necessità di un apposito provvedimento presidenziale, e che al minore sia assicurato un tutore provvisorio, riconoscendone legalmente la funzione al suo difensore in giudizio.

Altra esigenza fortemente avvertita è quella che richiede la semplificazione del procedimento di adozione e la sua ragionevole durata.

Al riguardo la via principale da seguire è quella dell'accertamento preventivo dei requisiti di idoneità tramite un attestato rilasciato dai servizi sociali o da un consultorio familiare accreditato. La qualifica professionale dei firmatari dell'attestato deve garantire la serietà dell'accertamento, che nell'attuale disciplina è comunque affidato dal tribunale alla consulenza tecnica dei servizi sociali, con un provvedimento adottato nel corso del procedimento e, già per questo motivo di prolungamento del medesimo. L'accreditamento del consultorio familiare ne assicura un'affidabilità non inferiore a quella dei servizi sociali.

La regolarità formale e sostanziale dell'attestato dovrebbe essere verificata dal tribunale e seguita dalla spedita emissione del decreto di idoneità adottiva.

L'inserimento delle domande di adozione e delle dichiarazioni dello stato di adottabilità in una rete informatica nazionale agevolerebbe la scelta appropriata di affidamento preadottivo e la spedita conclusione del procedimento.

Anche per l'adozione internazionale la semplificazione del procedimento deve passare per la via del preventivo accertamento dei requisiti di idoneità adottiva tramite un attestato rilasciato dai servizi sociali o da un ente autorizzato. L'attestato occorre che sia firmato da esperti aventi le previste qualifiche professionali. Sulla base del predetto attestato, allegato alla dichiarazione di disponibilità all'adozione, il tribunale può provvedere speditamente al rilascio del decreto di idoneità adottiva.

Il tribunale deve poi accertare che l'adozione pronunciata all'estero o da pronunciare in Italia risponde all'interesse del minore e che il provvedimento dell'autorità straniera è conforme ai principi fondamentali del nostro diritto di famiglia, mentre funzione della Commissione per le adozioni internazionali dovrebbe essere quella di accertare che il provvedimento dell'autorità straniera è conforme ai principi della Convenzione dell'Aja del 1993.

JUS CIVILE



L'adozione in casi particolari deve rimanere, in quanto consente o agevola l'adozione del minore in situazioni di speciale difficoltà senza recidere il rapporto del minore con la sua famiglia⁷. Tale adozione è una soluzione specificamente appropriata quando risulta che la famiglia è un ambiente definitivamente inadatto ma che tuttavia essa mantiene un significativo legame affettivo col minore. L'applicazione in tale ipotesi dell'adozione in casi particolari da parte di qualche nostro tribunale, la c.d. adozione mite, ha avuto l'apprezzamento della CEDU⁸.

L'importanza del ruolo che servizi sociali, consultori familiari, associazioni di volontariato, enti autorizzati dovranno essere chiamati a svolgere nell'applicazione di istituti che involgono l'esistenza e la crescita del minore, esige che vengano determinati per legge i loro requisiti di professionalità e che, fatta eccezione per i servizi sociali, l'autorità pubblica provveda al loro accreditamento.

L'affidamento ha, e deve conservare, una presenza centrale nell'area delle forme di intervento a favore dei minori, ma occorre che ne sia garantita l'applicazione conforme alla sua funzione. Pure se previsto per sopperire alle situazioni in cui il minore è temporaneamente privo di un ambiente familiare idoneo, l'affidamento familiare inserisce il minore in una famiglia, che deve assicurarli il mantenimento, l'educazione, l'istruzione e le relazioni affettive di cui ha bisogno (art. 2¹ l. adoz.). Gli enti e le strutture giuridiche non sono in grado di assolvere questi compiti e soprattutto non sono in grado di prestare quella cura affettiva che può essere prestata solo attraverso uno stabile rapporto personale. Di questa cura il minore ha bisogno essenziale per la sua crescita armoniosa. Si rende pertanto assolutamente necessario escludere che il minore sia dato in affidamento ai servizi sociali o altri enti, salvi i casi di urgenza e comunque in via del tutto provvisoria.

Va detto infine che occorre dare ingresso ad una forma di adozione sociale, che consenta alla persone maggiorenti prive di un ambiente familiare idoneo, che per effetto di infermità, età o diversa abilità si trovano nella durevole impossibilità di provvedere in tutto o in parte ai propri interessi, di essere stabilmente accolte e assistite da una famiglia.

L'adozione sociale è una risposta che in attuazione del principio di sussidiarietà (art. 118⁴ Cost.) la società civile può dare a situazioni di bisogno affidate altrimenti alla beneficenza pubblica.

⁷ Vedi CIRAOLO, in E. GABRIELLI, *Commentario della famiglia, Della famiglia, Leggi collegate*, a cura di L. BALESTRA, Torino, 2010, 271.

⁸ Vedi la cit. sentenza del 21 gennaio 2014.

JUS CIVILE



MASSIMO CONFORTINI (a cura di), *Clausole negoziali. Profili teorici e applicativi di clausole negoziali tipiche e atipiche*, Utet, Torino, 2017

L'opera costituisce una forma letteraria non conosciuta nella nostra produzione giuridica. È frutto dell'idea originale di offrire un repertorio di clausole che contengono regole da potere essere introdotte nei più vari assetti contrattuali e, per il tema, anche oggetto di autonomi negozi: in questo caso il processo di guardare all'argomento nella semplificazione della clausola permette all'operatore pratico di avere un quadro panoramico da cui partire e muoversi.

Le clausole sono distinte tra tipiche e atipiche secondo una terminologia tradizionale. La distinzione ha solo un significato classificatorio. Quelle atipiche, ormai presenti in massa nel mondo degli affari, sono in realtà anch'esse tipiche dal punto di vista dell'ordinamento, perché attraverso l'art. 1322 c.c. entrano nella sua organicità, rinvenendo la loro disciplina nella parte generale del contratto e delle obbligazioni, vero gioiello nato da una stagione di giuristi di elevato spessore. Il metodo tipologico, che poteva avere un senso in un'economia agricola e nella prima fase dell'industrializzazione, oggi appare un residuo del passato, non essendo più compatibile con la tecnologica, finanziaria e la transnazionalizzazione degli affari.

Apparentemente l'opera non ha un carattere di sistematicità (lo dichiara anche il coordinatore), forse neppure un grado di completezza, data la continua vivace fantasia del giurista nel venire incontro alle esigenze della realtà sociale, sempre diverse e sempre complicate, difficili pertanto da seguire con immediatezza. Gli ordinamenti si penetrano vicendevolmente e si scambiano le loro acquisizioni. Ciò la differenzia dalla monografia, dalla raccolta di scritti tematici e dal trattato secondo la tradizionale nozione. Ma ha una particolarità che la rende interessante e importante. Per la molteplicità e varietà delle clausole che attraversano tutti i libri del codice civile e si espandono anche a figure negoziali c.d. atipiche, sempre più ricorrenti e ad esigenze di altri paesi, l'opera taglia, come si esprimeva un grande giurista, tutto l'ordinamento, così implicando che ogni autore – pur nella limitatezza dello spazio, nella necessaria sinteticità, nella chiarezza di esposizione per rendere facile la comprensione – deve avere presente, nello scrivere, la complessità del sistema e perciò una solida cultura. E questo è un merito non piccolo del coordinatore che, pur nelle differenti sensibilità, esperienze e attitudini degli autori, ha cercato di dare un'omogeneità formale e sostanziale per cui nessuno è andato, per così dire, per la sua strada, ma si è attenuto non ad uno schema fisso preconstituito, in cui sarebbe imbrigliato, ma al rispetto di un tracciato che osservi, da un lato, i concetti elementari e propedeutici ad ogni studio e dall'altro pervenga a soluzioni sempre attente e, cosa oggi non frequente, di buon senso.

È, dunque, un libro “didattico e polemico” insieme, nel senso in cui ne parlavano i giuristi culti del XVI e XVII secolo, cioè un libro che ordina e insegna attraverso il filtro della pluralità delle concezioni nella ricerca di una soluzione ragionata e motivata.

Dicevo, dunque, che l'opera è composta dall'apporto di molti autori, alcuni giovani e altri

JUS CIVILE



noti ed affermati. Non è possibile discutere ogni saggio; sceglierne solo alcuni, potrebbe sembrare preferenza rispetto ad altri; il che sarebbe non corretto, dato che tutti sono da apprezzare.

Si possono elencare i vari stili. Taluno appare un modello di come dovrebbe essere il metodo argomentativo atto a pervenire a risultati fondati; altri presentano una acuta intersezione tra teoria e pratica; alcuni provengono da autori preoccupati di dimostrare di avere bene studiato. Non deve, infine, preoccupare la sinteticità oppure ampiezza degli scritti. L'importante è, da un lato, evitare prolissità e ovvietà (e anche lunghe note ripetitive di dottrina conosciuta), e dall'altro rispettare l'esautività. Ha suscitato la mia attenzione una voce che – nel trattare rimedi risolutivi – accenna, seppur di sfuggita, alla tolleranza con tratto rapido ma ricco di spunti. Può essere di non piccolo aiuto all'avvocato e al giudice.

La molteplicità eterogenea degli scrittori per il particolare modo di porsi di fronte a ciascuna clausola dovuta alla sua estrazione e alla individuale *forma mentis*, permette di compiere una valutazione dello stato della nostra attuale dottrina. Un'occasione favorevole per capire dove ci troviamo oggi.

Come è noto, il giudizio non è sempre positivo, molte aspettative sono andate deluse, c'è molta accondiscendenza alle mode del tempo. Si vuole innovare per non dire nulla di nuovo, ci si muove nella retorica, si sfugge al confronto con il passato, si tende spesso ad oltrepassare il codice. Si crede nell'efficacia creativa del giudice con riflessi sulla portata dell'art. 1, comma 2, cost.

L'opera non cade in questi vizi (e in altri qui non elencati), e dimostra equilibrio, rispetto per il codice e per il testo, sempre letto con razionalità sfuggendo alla tentazione di inventare regole e principi che non abbiano un sicuro fondamento normativo, vigile attenzione a tutto ciò che si agita intorno per separare il seme dalla zizzania e cercare di porre un po' di ordine in un mondo spesso frastornato. Si avverte un uso corretto del principio di buona fede, senza straripamenti. La parola "solidarietà", se non erro, credo non compaia.

L'opera si può dire completa? Il coordinatore che è giurista di esperienza e fantasia ha detto che forse potrebbe esserci un secondo volume, quindi pensa a nuove clausole.

Ne vorrei proporre alcune desunte dalla mia recente esperienza:

- clausola che fissa un minimo garantito,
- clausola che stabilisce un plafond di risultato quantitativo, non raggiungendo il quale il debitore vede ridursi il compenso dell'attività svolta,
- clausola che fissa gli obblighi restitutori e di risarcimento e/o indennizzo in caso di invalidità del contratto,
- clausola che pone regole di diligenza nell'adempimento dell'obbligazione,
- clausola che definisce la nozione di colpa grave,
- clausola che fissa l'ambito dell'informazione nella fase delle trattative,
- clausole che per prassi sono inserite negli atti di destinazione ex art. 2645 ter c.c.

Nel convegno di presentazione del volume a Roma il 12 gennaio 2018, i relatori prof. Domenichini e prof. Toffoletto hanno ulteriormente prospettato un'indagine sulla clausola che, nei

JUS CIVILE



patti parasociali, esonera gli amministratori da ogni responsabilità per l'attività gestoria ormai finita, su quelle di stallo e di trascinamento e, su suggerimento di Natalino Irti, che ha presieduto il convegno, su quelle usuali e ricorrenti ritenute spesso di stile che non possono essere considerate sempre inutili e irrilevanti, perché vanno coordinate con l'art. 1363 c.c., per Irti – ed ha pienamente ragione – norma centrale nell'interpretazione di ogni accordo, non ancora del tutto indagata nella sua reale portata.

Un'ultima notazione.

L'opera nasce dall'impronta di una scuola feconda e rigorosa, che ho sempre ammirato. Merita una consultazione (ardua può essere la lettura completa) anche dai non pratici, per capire come oggi, se si vuole fare diritto, lo si deve fare nel segno della tradizione che non vuole essere arroccamento, ma solo continuazione di un metodo che, pur nella sua naturale evoluzione mai dimentica della dogmatica, consenta l'inserimento delle nuove esigenze, realtà e mutamenti nel bagaglio delle consolidate acquisizioni, così da osservare l'unità del sistema che solo deve dominare sulla spinte incontrollate degli interessi contrapposti di una società profondamente divisa, sulla quale vuole, invece, prevalere una autoproclamata élite culturale, che si considera la sola portatrice del sapere.

FRANCESCO BENATTI