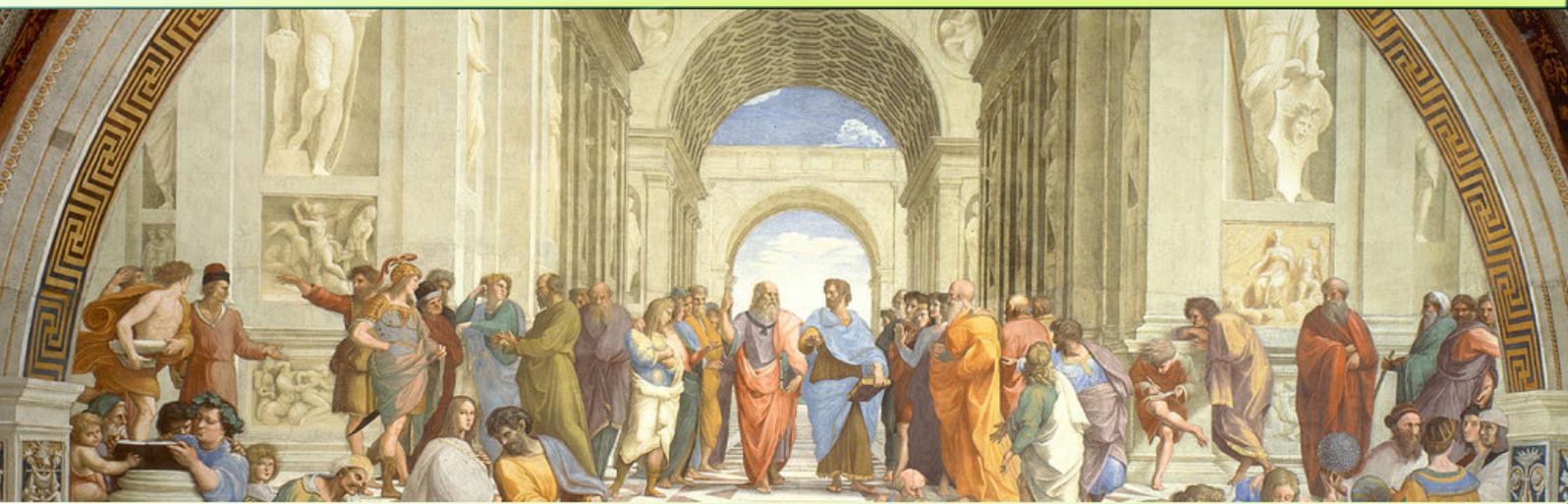


JUS CIVILE

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



3-2019

maggio-giugno



G. Giappichelli Editore

ISSN 2281-3918/2421-2563

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.

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.

Soltanto in casi eccezionali, i Curatori assumono, con adeguata motivazione, la responsabilità della pubblicazione.



INDICE

	<i>pag.</i>
Articoli e Saggi	
De Littera Forensis *	
di <i>Roberto G. Aloisio</i>	203
El azar como límite en el Derecho privado patrimonial *	
di <i>Matias Mascitti</i>	223
La parte “oscura” dell’avvocato: brevi note a margine di un problema ancora irrisolto *	
di <i>Marco Infusino</i>	245
<i>Affectio</i> e unitarietà dei doveri di coppia **	
di <i>Mario Trimarchi</i>	257
Giurisprudenza italiana	
Concorso di colpa del conducente per il mancato utilizzo delle cinture di sicurezza da parte del terzo trasportato: una nuova figura di responsabilità oggettiva per il trasporto amichevole?	
<i>Cass. civ., Sez. III, 30 gennaio 2019, n. 2531 (ord.) *</i>	
di <i>Carolina Leggieri</i>	269
Congelamento della pagina <i>Facebook</i> e lesione dei diritti all’identità e all’immagine	
<i>Tribunale di Pordenone, 10 dicembre 2018, n. 2139 *</i>	
di <i>Emanuela Calpona</i>	292

* Contributo sottoposto a revisione.

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



ROBERTO G. ALOISIO

Docente di Diritto Privato Europeo – Università “La Sapienza” di Roma

DE LITTERA FORENSIS

1. – Riposto in un cassetto, ho trovato uno scritto difensivo donatomi anni or sono da uno di quei abili avvocati di provincia presso cui spesso si rinserra una saggezza giuridica, invisibile ai più. Si tratta di una memoria di Cassazione, relativa ad una vicenda alquanto singolare per il tema trattato (che qui non interessa).

Rilevante appare – ai fini del discorso che qui tratteggeremo – l’esordio di quello scritto depositato in vista di un’udienza in camera di consiglio, in ragione della manifesta fondatezza del ricorso avversario.

Segnalo al lettore – come cornice di riferimento del racconto – che il ricorso per cassazione era stato particolarmente elaborato (ricco di riferimenti normativi e giurisprudenziali), mentre il controricorso era agile nella struttura, svolto con *nonchalance* (apparendo al difensore del resistente inconsistente la tesi sviluppata dal ricorrente).

Il ricorso veniva trattato in “*camera caritatis*” per manifesta fondatezza dello stesso e, in tal guisa, era stata depositata e notificata alle parti la relazione del Consigliere a ciò deputato.

Preoccupato della sottovalutazione dei *problèmata* che così efficacemente avevano indotto il Consigliere relatore a proporre al Collegio l’accoglimento del ricorso, l’Avvocato del resistente esordiva nella memoria con queste parole: “*la difesa della resistente si è avveduta di aver sottovalutato le quaestiones juris oggi al vaglio delle Sezioni Unite della Suprema Corte: una sorta d’ingenua disattenzione (potrebbe dirsi), che ha trovato il solo conforto nelle meditazioni di Epstein, personaggio chiave in ‘Atlante Occidentale’ di Del Giudice, quando capisce ‘che le cose più importanti avvengono nella distrazione, non nella concentrazione e aveva imparato la necessità di distrarsi’. In questa sede, pur tuttavia, nessuno sarebbe disposto ad offrire generose indulgenze alle distrazioni ed è giusto che si esigano da parte della Suprema Corte attente e corrette ar-*

JUS CIVILE



gomentazioni da parte degli avvocati (...) che abbiano almeno l'aspirazione prosastica ad attenersi ai valori che Italo Calvino auspicò che fossero preservati nel millennio a venire (purtroppo ciò che accadde dopo la morte del grand homme de pensée)".

L'esito del giudizio decretato dalla Corte fu nel senso del rigetto del ricorso per manifesta infondatezza.

2. – Questi pochi rigi ci consentono di far partire la breve riflessione sullo stile della scrittura forense.

Cosa ci insegna quell'avvocato di provincia?

Credo, innanzi tutto, che il prologo di quella memoria individui esattamente un maestro della scrittura, che tutti gli avvocati potrebbero assumere come guida nelle narrazioni difensive: **Italo Calvino**.

Nella sua opera (postuma) *'Lezioni americane'* – **contenente la riproduzione scritta delle sei conversazioni tenute nell'anno 1984 nell'Università di Harvard** – l'abile letterato esibisce i cinque canoni del genere letterario (*leggerezza, rapidità, esattezza, visibilità, molteplicità*), ai quali ognuno di noi potrebbe far capo nell'esecuzione di un testo scritto: in tal senso anche la letteratura forense è, per l'appunto, letteratura, cioè scrittura colta a tutti gli effetti, e Giuseppe Capograssi, nelle sue numerose opere filosofico-giuridiche, considera il diritto come scienza strettamente collegata, se non aderente, al vivere quotidiano, essendo una delle forme di pensiero che si esprime attraverso il linguaggio comune.

Un'ulteriore segnalazione merita di essere fatta in ordine agli studi dedicati al linguaggio, svolti dal filosofo inglese Paul Grice, il quale, riportando alla superficie le categorie kantiane, elabora le cosiddette *'massime conversazionali'* per mezzo di quattro punti fondamentali, riguardanti il conversare fra individui:

- a. *Quantità*: "fornisci la dose necessaria di informazione, né troppa né troppo poca";
- b. *Qualità*: "sii sincero fornendo informazioni vere sulla base di ciò che sai";
- c. *Relazione*: "cerca di essere pertinente il più possibile, seguendo un percorso basato sul ragionamento logico";
- d. *Modalità*: "sii chiaro, esprimendoti in modo attinente e non ambiguo".

3. – Da questo momento in avanti la nostra attenzione sarà concentrata sugli scritti difensivi civilistici (ma il discorso non cambierebbe di molto per quelli di natura penale,

JUS CIVILE



amministrativa, tributaria etc.) e, in tal guisa, credo che gli Avvocati dovrebbero essere pervasi dal sentimento della leggerezza, che consiste nel “togliere peso alla struttura del racconto e al linguaggio”¹: “una leggerezza della pensosità”, diversa e opposta alla “leggerezza della frivolezza; anzi, la leggerezza pensosa può far apparire la frivolezza come pesante e opaca”². La leggerezza di cui qui si parla non è genericità o, peggio, superficialità, ma è un composto che “si associa con la precisazione e la determinazione, non con la vaghezza o l’abbandono al caso”; una sorta di ‘semplicità’ di sottofondo, dunque, data dalla capacità di rendere sobrio anche ciò che ha una natura intrinsecamente complessa; in tal senso si segnala una massima molto attinente di Gustave Flaubert quando afferma che “il vero problema dello scrivere non è tanto di sapere ciò che dobbiamo mettere nella pagina, ma ciò che da questa dobbiamo togliere”. Mi sembra che, seguendo questo canone, si ha un buon inizio letterario, perché si ben predispose l’animo e la mente del giudice, che della controversia è l’arbitro imparziale, saggio e, talvolta, còlto: sul versante giudiziario, l’ultima parola spetta, per fortuna degli abitatori del mondo pratico, alla Corte di Cassazione, appunto detta Suprema, ché non solo dice qual è il diritto esatto, applicabile al caso, ma deve svolgere (si potrebbe osare di dire) tutti gli sforzi tecnici in vista della realizzazione del valore ultimo del processo: la Giustizia. Così si esprime il dato normativo che trova il suo proprium nella proposizione sintattica nell’enunciato di cui all’articolo 24 (Costituzione), il quale –nell’asserire che “tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi” – consacra la Giustizia quale valore fondamentale che deve ispirare e guidare tutto l’Ordinamento giuridico, in ogni suo manifestarsi: ciò è tanto vero che il testo costituzionale, poco più avanti, sottolinea come il valore del “giusto”, di cui si sta discorrendo, è amministrato in nome del popolo e per mano di un organismo appositamente istituito, ovverosia la Magistratura, collocata in una (non casuale) posizione di autonomia ed indipendenza da ogni altro potere. In tale senso è improntato tutto l’apparato normativo previsto del Regio Decreto risalente al 1941, istitutivo dell’Ordinamento Giudiziario, che è dato dall’insieme di principi, regole e procedure che governano il potere giudiziario.

Questo medesimo valore (la Giustizia) pervade l’Avvocatura (come professione e come cetò) e, in tal senso, deponendo il già abrogato (dal CNF) preambolo del Codice deontologico forense il quale – **nell’affermare che “l’avvocato esercita la propria attività in piena libertà, autonomia e indipendenza, per tutelare i diritti e gli interessi della**

¹ I. Calvino; *Lezioni americane, Sei proposte per il prossimo millennio*, Garzanti 1988, p. 5.

² I. Calvino, *op. cit.*, p. 12.

JUS CIVILE



persona, assicurando la conoscenza delle leggi e contribuendo in tal modo all'attuazione dell'ordinamento per i fini della giustizia" – creava un ponte di coerenza fra l'attività difensiva e i principi, derivati dai valori, che ispirano l'ordinamento giuridico, la stessa comunità e, in modo ancor più primordiale, l'umano vivere.

Leggerezza è *valore* e i valori (come le clausole generali) non si lasciano scolpire sulla pietra; il linguaggio può solo tentare di lambirne i contorni, di tratteggiare i chiaroscuri, di mettere in luce le ombre e di mettere in ombra il fulgore, di definirla in negativo, senza comunque riuscire ad entrare nel “*centro di gravità permanente*”, perché lì c'è il mistero e, dove v'è mistero, deve calare il silenzio. Ciò che è certo è che il valore di la Giustizia è dato assiomatico e, come tale, (per dirla con i matematici) non deve essere dimostrato, perché $x = x$. L'assioma, infatti, per essere tale non è mai lambito dal dubbio e, nel caso di specie, la Giustizia è dogma di fede e qualsiasi piccolo dubbio ne distruggerebbe, d'un sol tratto, il mistero, su cui vi sono pagine memorabili di Salvatore Satta.

Il tema della Giustizia da Nicolò Lipari, il quale dice: “è (...) *ricorrente l'affermazione che nel nostro Paese la giustizia sia mortificata e umiliata. (...) Nella prospettiva qui proposta la giustizia viene pensata non in una sua astratta dimensione filosofica, ma esclusivamente come predicato necessario del diritto, come condizione ineludibile del valere del diritto come valore*” (N.L., *Perché in Italia non si crede più nella giustizia*, in *Studium*, 2014).

4. – La *rapidità* è un altro canone fondamentale della letteratura forense e giudiziaria.

La rapidità nello scrivere vuol dire: a) non perdere tempo con se stesso; b) non farlo perdere al giudice e all'avversario.

4.1. – Il secondo aspetto è il più agevole da descrivere, perché affonda le sue radici innanzitutto nell'educazione e nel rispetto dell'altrui ruolo: scrivere una difesa farraginosa e inutilmente complessa significa imporre un grado di attenzione non proporzionato a ciò che più semplicemente la narrazione dovrebbe descrivere. Del resto vi sono visibili insofferenze verso gli scritti “*liturgici*” che esprimono in cento pagine ciò che potrebbe essere contenuto in cinque: “*un'altra tendenza degli avvocati civilisti è di affidare le loro argomentazioni difensive a un periodare molto lungo, infoltito da precisazioni pleonastiche ed espressioni ridondanti, tributarie di vezzi linguistici sedimentati nel corso del tempo*”³.

³ G. Conte, *Il linguaggio della difesa civile*, in *Lingua e diritto* a cura di A. Mariani Marini e F. Bambi, Pisa, University Press, 2013, p. 44.

JUS CIVILE



Si badi bene ad un dettaglio non trascurabile: la *brevitas*, di cui qui si discorre, deve poggiare sull'*abundantia scientiae*, atta a creare stabilità, solidità, compattezza e completezza all'elaborato finale: parliamo della "sintesi", che non deve tramutarsi in discorso claudicante, incompleto o carente, bensì sapiente e partecipato.

Non voglio essere riduttivo e capisco che vi sono momenti difensivi che richiedono ben più (anche) di cento pagine: quando ciò accada, ci si deve chiedere quanta materia inutile occorre eliminare, prima di licenziare il testo; rilevante è il proposito **ogni volta che si scrive qualcosa** di contenere nei minimi termini (generalmente bastano, per esperienza, venti pagine) lo scritto che per avventura occorre redigere.

4.2 – Più complessa è l'esigenza per un avvocato di "non perdere tempo".

Sotto questo angolo riflessivo, il ceto forense si trova tra Scilla e Cariddi: non essere superficiale da un lato, ma essere rapido nell'esecuzione del testo (dopo aver pensato).

Il pensiero giuridico si articola in una serie di passaggi che si lasciano raccontare, scanditi in tre passaggi: leggere (la sentenza da impugnare, lo scritto avversario cui replicare), ascoltare la parte, studiare i testi dei dottori della legge, scrutinare la giurisprudenza; attraverso questi passaggi fattuali nasce l'elaborazione del pensiero (tracciato su carta).

Questo è il lavoro di base (reale) su cui s'innesta un *quid* immateriale della mente: l'intuito giuridico, qualità che hanno "quasi" tutti gli avvocati e che si distribuisce per quantità ineguali, svolgendo qui "la natura" un ruolo aristocratico selettivo (non condizionabile da influenze sconvenienti).

Orbene il lavoro qui descritto richiede un tempo incomprimibile e la sua ampiezza dipende dal grado di perfettibilità che si vuole raggiungere nella redazione di uno scritto e dalle capacità che lo scrittore ha nell'esecuzione di ciò che la sua mente è stata capace di elaborare.

Ciò che può dirsi certo è che l'esecuzione dell'*opus* deve essere rapida, perché – come dice Calvino – "*più tempo risparmiamo, più tempo potremo perdere*" e, come ognuno sa, "*il tempo è la ricchezza di cui siamo avari*"⁴.

Questo ultimo concetto viene descritto da Calvino con una storiella che merita di essere riproposta al lettore: "*tra le molte virtù di Chuang-Tzu c'era l'abilità nel disegno. Il re gli chiese il disegno di un granchio. Chuang-Tzu disse che aveva bisogno di cinque anni di tempo e d'una villa con dodici servitori. Dopo cinque anni il disegno non era*

⁴I. Calvino, *op. cit.*, p. 45.

JUS CIVILE



ancora cominciato. ‘Ho bisogno di altri cinque anni’ disse Chuang-Tzu. Il re glieli accordò. Allo scadere dei dieci anni, Chuang-Tzu prese il pennello e in un istante, con un solo gesto, disegnò un granchio, il più perfetto granchio che si fosse mai visto”⁵.

Ora qui mi fermo sulla narrazione delle *Lezioni americane*, perché non vorrei che mi venisse mosso anche il rimprovero di ripetere ciò che altri hanno così bene affabulato; aggiungo solo una notazione finale riferita alla *chiarezza*.

Il quesito che qui mi pongo è se la ‘chiarezza’ segue o precede la ‘rapidità’: *si riesce ad esser chiari poiché si è stati rapidi, o si è rapidi perché v’è chiarezza a monte?* Ebbene, credo che non sia possibile essere agili e veloci se di fondo non c’è limpidezza: una trasparenza in grado di eliminare i possibili equivoci accaduti o potenzialmente accadibili.

A conclusione di quest’ultimo discorso e con un’utile funzione di riepilogo, mi limito a richiamare la formula del filosofo greco Demetrio quando dice: “*non dire poche cose con molte parole, ma molte cose con poche parole*”.

5. – Vorrei invece, nello scenario conclusivo di questo scritto, svolgere due cenni: (a) sull’*arte* dello scrivere di diritto e (b) sulla *cultura* necessaria per scriverne.

5.1. – Come si riconosce universalmente, lo scritto difensivo s’incentra sul modo di argomentare che, prima di essere tale, passa dalla scienza dell’argomentazione (scienza come *techné*, di cui gli Avvocati italiani possono dirsi maestri, per una semplice ragione, perché la loro mobilità di pensiero si radica **nel senso proprio del termine “radice”** nella cultura del mondo greco – romano); il riferimento, in verità, si aggancia ad un ben più ampio concetto legato alla lunga disquisizione sulla dialettica, intesa propriamente come *arte dialogica*, affrontata da molti filosofi a partire da Parmenide e Zenone di Elea. Per Aristotele, inoltre, l’arte del dialogare si lega strettamente al concetto di *opinione probabile* ossia ad un *iter* che poggia le basi proprie su un ragionamento ‘umano’ (e quindi fallibile per definizione).

Collegato al pensiero di Aristotele è quello di Hegel in merito alla dialettica vista come strumento per raggiungere la *verità*, in un processo articolato in tre tappe: Hegel pone in stretto collegamento “dialettica e verità”, elaborando *un iter* dinamico in tre momenti: *tesi* (l’essere delle cose per come esse appaiono essere) *antitesi* (ciò che è diverso e si

⁵ I. Calvino, *op. cit.*, p. 62.

JUS CIVILE



contrappone all'essere) e *sintesi* (l'unione e la composizione dell'essere e del non essere, e cioè dei due elementi in contraddizione); attraverso il passaggio finale, ovvero la sintesi, si giunge ad un divenire che vuole, in verità, tramutare l'originaria negazione espressa dal *non-essere* (antitesi) in affermazione dell'*essere* (tesi).

Coloro che hanno letto alcune opere di Aristotele (*'La Metafisica'*, *'Ethica Nicomachea'*, *'De interpretazione'*, *'De generatione et corruptione'*) o di Cicerone (*'De Oratore'*, *'De senectute'*, *'De amicitia'*, *'De officiis'*), si rendono conto che le loro pagine (inconsapevolmente o consapevolmente) soggiacciono a regole che ormai fanno parte di un bagaglio culturale "innato" (perché ereditato dai padri del pensiero).

L'inconsapevolezza svanisce per chi, dalle letture dei classici del pensiero occidentale, abbia tratto i canoni logici, che guidano *la penna* nella trattazione degli argomenti. Vengono così alla luce vere e proprie opere scientifiche sull'argomentazione, quali quelle – per citarne solo alcune – di Roland Barthes (*'Il grado zero della scrittura'*, *'Il piacere del testo'*, *'Variazioni sulla scrittura'*) nonché di Chaim Perelman e Lucie Olbrechts-Tyteca (*'Trattato dell'argomentazione. La nuova retorica.'*).

L'argomentazione diviene "arte" solo quando lo scrittore abbia il dominio delle parole e delle regole per metterle insieme: allora si giunge ad un più alto livello di espressione del pensiero, che è meritevole di essere ascoltato o letto.

* * *

Qual è lo scopo che lo scritto difensivo dovrebbe perseguire?

La risposta corrente a questa domanda pare essere condensata nella seguente perifrasi: l'argomentare deve persuadere il destinatario del messaggio (nel caso del diritto, il giudice).

L'assunto non è un assioma o, meglio, lo può divenire solo a condizione che si connoti di contenuti ben più specifici, che non sono rappresentate solo dalle le regole tecniche del lessico giuridico.

È risaputo che l'enunciato della norma è soltanto il punto di partenza del ragionamento giuridico, non l'approdo. Quest'ultimo è il risultato dell'utilizzo di altre norme sull'interpretazione (anch'esse da interpretare), della valorizzazione dei principi e del rispetto dei valori.

Dei valori si può indicare ove poterli rintracciare: per il nostro ordinamento, *i loci* sono costituiti dalla Costituzione, dalla Carta di Nizza e dalla Carta dei diritti e delle libertà fondamentali.

JUS CIVILE



Codesta cornice di riferimento normativo consente di poter dire quale sia il fine (persuasivo) dell'oratore come dello scrittore (di diritto); prima però una precisazione: l'attività oratoria e la scrittura fanno parte del *genus loquendi*; più nello specifico, si potrebbe dire, con le parole dello scrittore e aforista francese Jules Renard, che “*scrivere è un modo di parlare senza essere interrotto*”.

* * *

Ebbene, qual è il fine ‘giuridico’ di questo parlare?

Non può essere il mero convincere il giudice: ciò si desume irrefutabilmente dalla schietta constatazione che tutti rifiuterebbero di credere che sia un “valore” il fenomeno (del tutto accidentale) di convincere qualcuno con argomenti falsi, o peggio insulsi, o peggio ancora disadattati e patologici.

Se questo può dirsi un assioma in negativo ($-\alpha \neq \alpha$), allora dovremmo essere certi che l'arte della persuasione, propriamente detta, deve contenere un nucleo stabile per essere finalizzato alla realizzazione di un dogma, quello de “La Giustizia”. Quest'ultima abbraccia e coinvolge, in prima linea, i Giudici, perché essi ne sono i servi (*servi legis sumus quia iustitia fiat*).

La conferma di diritto positivo dell'enunciazione si ricava dagli atti normativi più sopra richiamati (art. 24 Cost.), dal complesso normativo previsto dall'Ordinamento giudiziario (R.D. 30 gennaio 1941, n. 12) e dal Preambolo del Codice deontologico forense (nella versione abrogata).

5.2. – Per ciò che concerne la qualità di uno scritto, è forse facilmente deducibile ciò che determina il *discrimemen* tra un elaborato esaustivo, ricco e circostanziato, rispetto ad altro incompleto, carente ed impreciso: conoscenza e cultura sono gli elementi necessari e non eliminabili per dare alla luce un prodotto di qualità; anzi, più precisamente, è l'elemento culturale che pone le basi per parlare di *arte dello scrivere*: efficace è l'aforisma di Goethe secondo cui, “*se sai leggere devi capire; se sai scrivere devi sapere qualcosa*”.

Il termine “cultura” abbraccia diversi concetti: cultura significa, anzitutto, padronanza della sintassi e della grammatica italiana; significa altresì conoscenza del significato esatto delle parole ed uso corretto delle stesse (si pensi alla differenza di significato che intercorre tra *paura* e *timore*, *ira* e *severità*, *grazia* e *miracolo*, *saggezza* e *sapienza*, *ironia* e *autoironia*, tutti affini, ma non identici); significa conoscenza tecnica dell'ancor

JUS CIVILE



più specifico linguaggio giuridico; significa, ancora, conoscenza della storicizzazione dei concetti di diritto.

In tale prospettiva, il pensiero corre ad un lavoro di Aurelio Gentili in merito ad una conoscenza che deve necessariamente abbracciare tutto il diritto per potersi accennare ad un concetto di diritto che possa assumere sembianze culturali, dove conoscenza significa *storia, anatomia, motivazione ed evoluzione del diritto*; un sapere giuridico legato al solo passato storico significherebbe percorrere quelle “*strade del quartiere in cui viviamo: sono note e rassicuranti, ma non portano lontano*”⁶.

Entra qui in gioco anche il discorso legato all’attività di interpretazione del dato normativo: basti pensare all’opera interpretativa gravante sull’avvocato nel momento in cui si trova dinanzi ad un problema pratico risolvibile attraverso il modellamento della fattispecie concreta su quella astratta (prevista dal legislatore) e viceversa. Quest’ultima tipologia sussuntiva è attività di produzione che risponde ugualmente, come accade nel caso dello scienziato ‘puro’ di diritto, all’interrogativo inerente il *quid juris*, solo attraverso una modalità differente che passa attraverso un dato puramente pratico, per giungere ad un astrattismo, ad un dato teorico; ecco che ha senso citare la distinzione fra *scienza giuridica* e *prassi forense*, distinzione che viene sinteticamente descritta come segue: “*la supremazia della scienza giuridica sulla prassi forense nell’opinione corrente è sempre consistita in questo: l’avvocato fornisce soluzioni furbe, lo scienziato soluzioni giuste*”⁷.

⁶ A. Gentili, *Il diritto come discorso*, Giuffrè Editore, 2013, p. 131.

A proposito dei “professori universitari”, può dirsi che non tutti loro sono nati per operare come “avvocati”; come non tutti gli avvocati sanno di scienza giuridica.

Si pone, al riguardo, l’antica diade tra teoria e prassi, affrontata impareggiabilmente da Pugliatti.

All’origine (moderna), però, il tema è stato affrontato da Immanuel Kant (*Sul detto comune: questo può essere giusto in teoria, ma non vale per la prassi*, in *Opere varie* (contenute in scritti “minori”), RBA, senza data (ma 2019), pp. 243,245.

Si legge in questo articolo:

– “*possono darsi teorici che nella loro vita non riescono mai a diventare pratici, perché sono scarsi quanto a facoltà di giudicare: ad esempio medici o giureconsulti che hanno compiuto bene i loro studi, ma che quando si trovano a dare un parere non sanno come comportarsi*”;

– “*per una teoria che riguardi oggetti di intuizione le cose vanno del tutto diversamente rispetto a quella in cui tali oggetti siano rappresentati solo attraverso concetti (gli oggetti della matematica e gli oggetti della filosofia), i quali ultimi possono essere anche perfettamente e ineccepibilmente pensati (da parte della ragione) ma forse non essere affatto dati, e potrebbero ben essere invece soltanto idee vuote, di cui nella prassi non verrebbe fatto alcun uso o persino un uso per esse svantaggioso. In tali casi quel detto comune potrebbe allora avere la sua buona giustificazione*”;

– “*... la saccenteria di poter vedere più lontano e con più certezza con occhi di talpa fissi all’esperienza, piuttosto che con gli occhi dati ad un essere che fu fatto per stare eretto ed ammirare il cielo*”.

⁷ A. Gentili, *op. cit.*, p. 168.



La cultura può abbracciare anche àmbiti del sapere diversi rispetto a quelli legati in modo diretto al mondo del diritto e così anche una buona conoscenza della filosofia rende possibile l'uso di questa fonte del sapere per fini di diritto e di giustizia; così dicasi anche per l'economia, la sociologia e, perché no, anche la matematica e la logica matematica possono svolgere questa funzione di integrazione ed arricchimento in particolare per quel che concerne in chiave di esattezza della soluzione giuridica.

6. – E dunque, cosa serve all'argomentazione perché persuada della fondatezza della ragione del diritto che si postula in giudizio?

L'*instrumentum* è costituito dalla verità; la verità (αλήθεια) che nel pensiero greco antico si soleva distinguere dall'opinione (δόξα), sulla scia delle riflessioni condotte da Parmenide, il quale soleva riporre piena fiducia su di un sapere desunto completamente dalla ragione anziché dai sensi.

Orbene sul *valore di verità* non sono poche le riflessioni da svolgere ed emblematico, in tal senso, è il libro di Michele Taruffo (*La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*), di cui si riportano di seguito alcuni significativi brani: “ogni enunciato relativo ad accadimenti del mondo reale è vero o è falso in sé in funzione dell'esistenza di questi accadimenti nel mondo reale. In sostanza, è la realtà a determinare la verità o la falsità delle narrazioni che la descrivono. (...) Il punto essenziale è che ogni enunciato fattuale è vero o falso in sé, in funzione dell'esistenza o inesistenza dell'evento che descrive. (...) la realtà esterna esiste e costituisce il metro di misura (...) che determina la verità o la falsità degli enunciati che se ne occupano⁸. (...) la verità di un enunciato è determinata dalla realtà degli accadimenti che quell'enunciato descrive. Se così non fosse (...) si giungerebbe alla conclusione paradossale che vi sarebbero infiniti concetti di verità, tutti sostanzialmente equivalenti”⁹.

La conquista della verità in ambito processuale è sinonimo di Giustizia, laddove “la giustizia, come la verità (...) si lascia intravedere quando il pensiero e il linguaggio si aprono a una riflessione profonda e onesta, stimolata (...) dal pensiero e dal linguaggio che la Letteratura sa mettere a disposizione”¹⁰: una soluzione giuridica corretta, assunta secondo diritto, è, in effetti, anche una decisione vera e giusta, sorretta dalla massima ri-

⁸ M. Taruffo, *La semplice verità*, Editori Laterza, p. 78, 2009.

⁹ M. Taruffo, *op. cit.*, p. 81.

¹⁰ AA.VV., *Giustizia e Letteratura I*, Vita e Pensiero Editori, 2012, p. XXXVI.

JUS CIVILE



chiamata da Luigi Ferrajoli: “*veritas non auctoritas facit iudicium*”¹¹; ciò è confermato anche da Benedetto Croce quando scrive che “*la verità (...) è la madre della giustizia*” ed “*è, nella ricerca, a capo della scala degli errori (...) Ricercare vale, insomma, percorrere la scala degli errori*”¹².

* * *

Ci si potrebbe a questo punto porre una domanda ulteriore: *che cos'è la verità per l'avvocato?*

La verità suppone (a monte) una “buona volontà”, umile ma non pigra, che nella sua laboriosa operosità voglia approssimarsi alla conoscenza del dato nella sua umanità fenomenica; è insomma la metodica conoscitiva che utilizza gran parte dell'Avvocatura nel condurre le battaglie processuali. Riflettendo su questo ruolo (quello di avvocato) ci si rende conto che il compito di questi è di ricostruire i fatti nella prospettiva della parte ed in ciò è il senso dell'esercizio effettivo della difesa del cliente.

* * *

Viene allora da domandarsi *qual è l'obiettivo cui deve tendere il difensore? è forse quello del raggiungere la verità?*

L'avvocato deve, certamente, svolgere la propria funzione di tutore degli interessi del soggetto che si affida alle sue cure, con l'ausilio di un filtro fondamentale, ovvero la capacità di critica, sinonimo di consapevolezza.

Ciò detto, però, si faccia attenzione ad un dato importante: l'avvocato non si tramuta mai in un freddo inquisitore che intende giungere al vero costi quel che costi, ma deve rimanere “confessore” della parte, il che implica che egli tenderà sempre a palesare le verità che la parte vuole rivelare: tanto è vero che l'avvocato non è obbligato a dire la verità ed il suo ruolo nulla ha a che vedere con quello di testimone, il quale invece, giura di dichiarare il vero; l'avvocato è, viceversa, vincolato al segreto e il suo obiettivo è quello di tutelare interessi e diritti (a volte anche fondamentali) del cittadino, in ragione della faziosità istituzionale, anzi costituzionale (art. 24 Cost.), che gli è propria.

Quanto appena detto non vuole dirottare verso mete pericolose ed errate: all'avvocato

¹¹ L. Ferrajoli, *Principia iuris*, Laterza-Bari, 2007, p. 876.

¹² B. Croce, *Logica come scienza del concetto puro*, Laterza-Bari, 1981, pp. 275-278.

JUS CIVILE



è fatto divieto di alterare la verità fattuale e ciò è detto a chiare lettere da Franco Cipriani: “*per gli avvocati, ‘imbrogliare le carte non significa e non può significare barare o mentire, bensì, più semplicemente, metterle in un ordine che possa tornare utile al proprio cliente’*”¹³.

In conclusione l’avvocato si limita a svelare la verità della parte, verità che potrà essere oggetto di conferma o smentita da parte del giudice, il quale tenta il recupero di una verità oggettiva, terza, completa, imparziale e neutrale, sulla base, naturalmente, del materiale fornito dagli avvocati, (mai attraverso una ricerca autonoma), operando scelte destinate ad assumere il ruolo di protagonista sulla scena processuale.

Si potrebbe a questo punto credere che la verità rivelata dal giudice sia assoluta, dimenticando, erroneamente ed ingenuamente, che di verità assoluta non è possibile parlare nella nostra realtà umana (relativa e perciò limitata) e chissà che non sia una fortuna trattandosi di ‘entità’ (la verità stessa) da utilizzarsi con molta prudenza: Jorge Luis Borges ci invita a “*non esagerare il culto della verità: non c’è uomo che alla fine d’una giornata non abbia mentito, a ragione, molte volte*”¹⁴.

Da questi passaggi affrettati, sembra possa dirsi che la fisionomia della verità cambia di aspetto: è, per l’avvocato più *strumento* che *valore* (da perseguire), strumento che si pone in posizione subordinata rispetto al diritto che da *mezzo* assume le sembianze di *valore*.

Il discorso potrebbe inoltre cadere, quasi in una successione logica, in un campo di riflessione più ampio, che spezza il perimetro meramente processuale, travalicando il limite segnato dalle mura di un’aula di tribunale: viene in considerazione il rapporto intercorrente tra *verità* e *regime democratico* (vigente nel nostro ordinamento); democrazia vista quale presupposto necessario per discutere di quella ‘fiducia’ che il cittadino dovrebbe riporre in uno Stato di diritto, fiducia che si rintraccia nella professione forense, essendo quest’ultima uno degli specchi nei quali è possibile scorgere l’immagine fedele, in quanto riflessa, di quella stessa democrazia presupposta. In tal senso si torna al discorso sulla *littera forensis* e allo stile comprensibile e fluido che essa deve mantenere vivo, proprio per il tipo di attività svolta dall’avvocato stesso: tutela, lavoro di riflessione in molti casi estremamente meticoloso, risoluzione di cavilli giuridici; senza contare gli indesiderati eventi che possono abbinarsi per una giustificabile carenza di sonno!

L’avvocato quindi è sciolto dall’obbligo di verità, perché il giuramento che egli presta

¹³ F. Cipriani, *L’avvocato e la Verità*, in Rivista ‘*La previdenza forense*’, 2003, n. 3, p. 223.

¹⁴ J. L. Borges, *Elogio dell’ombra*, Einaudi-Torino, 1998, p. 101 da *Frammenti di un Vangelo apocrifo*.

JUS CIVILE



è quello di esercitare i doveri professionali con lealtà, onestà e decoro nell'interesse della giustizia, sempre, però, nell'ottica della parzialità della parte; nella professione forense l'obbligo del segreto non è semplicemente un obbligo, ma si erge su di un gradino più elevato, acquisendo identità di valore: il segreto, anzi, diviene 'valore dei valori' essendo un bacino contenente le verità, ed ecco perché si è parlato della verità come strumento. Il segreto è un valore-dovere (forense), non un privilegio spettante ad una minoranza; esso è un peso onerosissimo che grava sull'Avvocatura e serve a proteggere il bene più alto della persona: il valore della libertà di coscienza.

* * *

Altra domanda: cosa sta a significare la norma deontologica contenuta nell'art. 14 del Codice Deontologico Forense titolato 'dovere di verità'?

La norma, come balza all'evidenza, non parla mai di obbligo ma di dovere: *qual è la differenza?*

Sfogliando in *L'enciclopedia del diritto*, ci si rende ben conto dell'esistenza, nella realtà giuridica, di situazioni nelle quali *diritto* e *obbligo* non si presentano come due diverse ed opposte facce della stessa medaglia, bensì come due facce, meglio due aspetti, della medesima medaglia e l'esempio, in quest'ultimo caso, è dato dalla categoria dei 'poteri-doveri'; il cosiddetto obbligo risulta essere 'estrazione' proveniente da una miniera ben più ampia, data dalla vasta categoria del dovere, nel momento in cui viene a sussistere una bilateralità, una prestazione ed una controprestazione, un particolarismo ed una relatività. Il dovere ha una sua connotazione assoluta in quanto individua una posizione (quella di dovere appunto) che non è collegata ad una relazione intersoggettiva, ma che ha, per così dire, valenza di per se stessa, in questo modo dando, ad esempio, peso ed identità al proprietario di un appartamento per il solo fatto di esserne tale; viceversa l'obbligo, come poc'anzi si accennava, si posiziona sempre in una relazione di rapporto particolare ed assume, quindi, un carattere relativo e cioè valevole e spendibile nei soli confronti (ad esempio) di colui il quale è obbligato a pagare in virtù di un contratto di compravendita.

Il dovere è dunque ben più "alto" dell'obbligo, riferendosi alla generalità dei consociati o meglio alla realtà statale nella sua interezza e collegandosi, in un certo senso, ai concetti di eticità e moralità di una condotta, inserita in un contesto regolamentato: un'etica ed una morale secondo diritto.

Ciò che traccia il suddetto art. 14 è una regola 'estetica', che non impone il dovere in-

JUS CIVILE



condizionato di svelare la verità (al giudice o ai terzi); è regola di forma e di stile, tesa ad impedire che siano contraddetti dati oggettivi evidenti, il canone non fa riferimento ad un concetto di verità, per così dire, ‘particolare’ bensì ad una verità più ‘generale’, di atteggiamento generale, comprensiva dei concetti di dignità, di correttezza, di lealtà, perché: non smentendo i fatti obiettivi ed osteggiando la tentazione ad introdurre prove false, gli avvocati tutelano la dignità del ceto e, in ultima istanza, perseguono l’interesse superiore della giustizia.

La verità semmai ha un altro ruolo nella vita degli attori del processo; in effetti, avvocati e giudici, sono sottoposti, nella loro quotidiana opera, al giudizio di verità che un tribunale superiore applica in ogni istante della loro vita: è il tribunale silente della coscienza che, quando si attiva, è inesorabilmente giusto e crudele nel suo giudizio.

Esiste un legame importante, sul quale vorrei di seguito continuare a soffermarmi, in grado di raccontare la storia e di disegnare la fisionomia di ciò che si suole definire con il termine ‘giuridico’: mi riferisco al rapporto sussistente fra letteratura e diritto; tra questi due emisferi v’è un collegamento intimo dato dal linguaggio e dal terreno sul quale il linguaggio si muove: due sponde di uno stesso fiume destinate ad una confluenza. Qui si riallaccia il discorso sul diritto come letteratura, sulla natura etica del diritto e sulla fisionomia umana di ciò che chiamiamo ‘giuridico’: verrebbe da parlare di pieghe letterarie del diritto e di pieghe giuridiche della cultura e del sapere (Antonio D’Amato scrive de ‘*La letteratura e la vita nel diritto*’ nel 1936 definendo queste due realtà come branche “*dell’attività dello spirito*”¹⁵).

La letteratura d’un tempo era pervasa dall’elemento giuridico e ciò è giustificato dal fatto che l’ambiente culturale (nei secoli?) aveva uno stampo marcatamente giuridico.

La presenza ‘di diritto del diritto’ si riscontra nelle opere di Dante Alighieri, Alessandro Manzoni, Carlo Goldoni, per rimanere nell’ambito italico, ma se volgessimo lo sguardo oltreconfine potremmo citare Shakespeare, Kafka, Omero, Goethe, Dickens, Dostoevskij, Tolstoj.

II

Ciò detto, è bene a questo punto parlare del linguaggio più specifico utilizzato nel mondo del diritto: come si conforma il tecnicismo giuridico a quanto scritto sino ad ora?

La risposta sta nel riconoscere un elemento innegabile dato dal fatto che ciascun am-

¹⁵ A. D’Amato, *La letteratura e la vita nel diritto*, Ubezzi & Dones editore, 1936, p. 14.

JUS CIVILE



bito del sapere tecnico mantiene al suo interno un ‘codice linguistico’; ciò vale per qualsiasi ambito: giuridico, medico o filosofico che sia.

Nel nostro campo si discorre di diritto (*ius dicere*) e parlare, ad esempio, di un contratto con il quale “*una parte assume, con organizzazione dei mezzi necessari e con gestione a proprio rischio, il compimento di una opera o di un servizio verso un corrispettivo in danaro*” significa parlare, con una parola, di ‘appalto’; questo è il termine tecnico che consente, fra operatori del diritto, di sintetizzare con un solo vocabolo ciò che, tuttavia, è spiegato nell’articolo 1655 c.c. con un linguaggio coerente con quanto elaborato nel presente scritto. È come se dicessimo che in un ambito scientifico specifico esiste un contenuto (il linguaggio comune) ed un contenitore: quest’ultimo è dato proprio dal linguaggio tecnico; questi due elementi, meglio atteggiamenti, entrano in rapporto diretto con il tipo di interlocutore che si pone innanzi, ad esempio, all’avvocato: l’ambito processuale necessita del tecnicismo tipico di questo ambiente. Attenzione però, linguaggio tecnico non significa impossibilità di accesso ad un discorso, ma semplicemente saper chiamare le cose con il proprio nome: in questo caso trattasi di *nomen iuris*.

Volendo ricapitolare, l’argomentare dell’avvocato, scritto oppure orale, dovrebbe possedere sembianze e sostanza di un testo piacevolmente leggibile o auscultabile. Il linguaggio, nel dinamismo giuridico, è elemento fondamentale essendo il vettore principale attraverso il quale si svolge tutta l’attività forense. Il giurista lavora per mezzo di un ragionare che si situa alla base del vettore principale, se non esclusivo, ossia l’eloquio; ebbene il linguaggio giuridico ha un’impronta di carattere principalmente sociale perché risolve e analizza i problemi presenti in un contesto di vita in comunità o, ancor più semplicemente, popolare: ciò è tanto vero che la disciplina che regola la professione forense (L. 247/2012) dice in modo inequivocabile, all’art. 1 comma 2 lettera c, di “*affidamento della collettività*” nelle mani del professionista avvocato; di qui, si diceva, il linguaggio tecnico giuridico utilizzato, in un certo senso, per rimodellare la realtà, per darne una traduzione sublimata per com’essa dovrebbe essere secondo diritto: proprio a questo scopo è servente la rinomata *ficito iuris*. La citata disposizione di legge parla anche (art. 3, comma 1) di “*giudizio intellettuale*” impensabile senza un *iter* logico, un ragionamento che deve essere alla base dell’argomentazione finale; *iter* logico, come si diceva, libero ed indipendente ma, nello stesso tempo, non arbitrario bensì vincolato da “*lealtà, probità, dignità, decoro, diligenza e competenza*” (art. 3, comma 2).

Alla luce delle regole e degli ‘auspici’ sin qui analizzati, il ragionare giuridicamente, alla base della scrittura e della parola, implica, dunque, un’attività di ricerca nozionistica destinata a risolversi in attività creativa, il cui risultato finale è dato da un prodotto di

JUS CIVILE



novità, se frutto di una ricerca critica, meditata, emotivamente neutrale ma non passiva.

Il fatto di mantenere vive ed effettive queste regole nell'attività di avvocato è, inoltre, potenzialmente in grado di innescare una reazione a catena, data dalla ripercussione in positivo che questi elementi esercitano sull'andamento complessivo del processo.

La "genuinità", se così può dirsi, di un testo, non esclude, naturalmente, un'eleganza di stile e di forma in grado di accompagnare, anzi, rendere ancor più gradevole, il componimento verbale oggetto di lettura o di ascolto; ciò è dimostrabile attraverso la citazione, ancora una volta, di quella memoria difensiva menzionata all'inizio del presente lavoro: la 'leggera eleganza' e la 'chiarezza ricercata' di quell'avvocato di provincia, ha dunque svolto il ruolo di 'custode' del pensiero, accompagnandone l'apertura ed anche la chiusura.

III

Credo che il diritto rechi con sé la qualità del "perfettibile" – non della "perfezione", che non esiste in nessuna scienza, nemmeno nella matematica, in cui, ultimo approdo, Goëdel elabora il teorema d'incompletezza – volendo con ciò dire che ad un caso controverso (fattispecie astratta o concreta) si può dare una soluzione sola, quella giusta: questo, che potrebbe apparire un dogma di fede o un apriorismo logico, è ciò che si trae dagli affari del mondo ("*the things of affairs*"), dalla prassi, dall'esperienza. Le stesse sentenze della Cassazione – chiamate a tracciare "il diritto vivente" – presentano, come si dice nel gergo, indirizzi opposti, ma l'opposizione è solo apparenza perché dei due indirizzi, uno è errato, l'altro è esatto: quello errato non vale nulla; la contrapposizione non esiste perché – @ < @.

Sul piano ordinamentale è *inconfutabile dato* che si rinviene il c.d. principio nomofilattico (una sola soluzione è vera e possibile), monopolio esclusivo della Suprema Corte, che assicura l'esatta interpretazione della norma.

* * *

In definitiva può azzardarsi – ma l'azzardo è protetto da una scuola di pensiero la cui autorevolezza non è messa in discussione – che il ragionamento giuridico ha fondamenti matematici non solo perché la matematica è la lingua di base del pensiero, ma anche perché il diritto si fonda, senza scarti, nella logica, da cui la matematica a sua volta ripete la propria legittimazione, essendo ormai un dato di recente acquisizione che non è la matematica che precede la logica ma il contrario.



IV

Della matematica come vocabolario del linguaggio di tutte le scienze.

L'epigrafe la potremmo dare come postulato, ma alcune notazioni possono rivelarsi anche divertenti per il lettore:

1°– la scoperta dell'importanza teorica della matematica si ritrova – per restare nel tracciato della nostra tradizione – nelle parole attribuite a Pitagora¹⁶ secondo cui “è il numero che governa le forme e le idee”;

2°– la logica matematica, come linguaggio universale dei formanti, nasce ufficialmente con Bertrand Russel e trova il suo culmine, allo stato non superato, in Ludwig Wightunstein il quale costruisce, nel *Tractatus logico-philosophicus*, le proposizioni atomiche e quindi indivisibili perché non dicibili, tant'è che una sua famosa frase-atomo è che “delle cose di cui non si può parlare, si deve tacere”;

3°– Douglas R. Hofstadter analizza, con un criterio unico e omogeneo, la matematica, la geometria e la musica, per cui scrive un difficile libro su Gödel, Escher, Bach, rendendosi conto che quegli “erano solo ombre proiettate in diverse direzioni da una qualche solida essenza centrale”¹⁷;

4°– i saggi sulla giustizia di Martha C. Nussbaum nascono da una mente matematica.

5°– Walter Benjamin – *homme de pensée*, senza necessità di ulteriori qualificazioni, tale è la vastità della sua cultura – affronta il tema della logica matematica di Russel e, con una finissima analisi del linguaggio, dimostra che il concetto di segreto non esiste perché “l'apparenza del segreto resta intatta soltanto per tutto il tempo in cui la soluzione si fa attendere. In altre parole, dato che la soluzione è stabilita oggettivamente, quell'apparenza è solo soggettiva. Oggettiva è solo l'intenzione che mira al segreto e all'insolubile nella forma o nell'evento e che sarà infine delusa”¹⁸;

6°– Umberto Eco è altro sofisticato scrittore in chiave logica (e matematica) in quanto ha scritto molto in semeiotica e due suoi libri, che cito a caso, ruotano su ragionamenti concentrici, curati con i canoni della geometria¹⁹;

7°– nella letteratura dell'ironia – non meno scientifica della scienza – vi sono due

¹⁶ v. Giamblico di Calcide, *Summa pitagorica*, tr. it., Bompiani, Milano, 2006.

¹⁷ Douglas R. Hofstadter, *Un'Eterna Ghirlanda Brillante*, Adelphi, Milano, 2011, p. 30.

¹⁸ W. Benjamin, *Opere complete, VIII, Frammenti e Paralipomena*, Torino, Einaudi, Ed. 2014, nella parte *Filosofia del linguaggio e critica della conoscenza*, fr. 8, p. 13.

¹⁹ U. Eco, *Il cimitero di Praga*, Milano, Bompiani, 2010 e *L'isola del giorno dopo*, Milano, Bompiani, 1994.

JUS CIVILE



pensatori che utilizzano il metodo logico, fisico, matematico e nomotetico per spiegare le leggi del mondo: (i) il primo, è il fisico Randall Munroe²⁰ di cui non si può andare oltre, in questa sede, della prima domanda e risposta:

-D.: cosa accadrebbe se la Terra e tutti gli oggetti terrestri improvvisamente smettessero di girare ma l'atmosfera mantenesse la sua velocità?

-R.: Morirebbero quasi tutti. Poi le cose diventerebbero interessanti. Etc.”;

(ii) il secondo è Arthur Block²¹ in cui, con uso sofisticatissimo della logica, trae dalla Legge fondamentale (*Se qualcosa può andar male, lo farà*) il corollario (starei per dire giuridico!) secondo cui “*Ogni soluzione genera nuovi problemi*”, e l'8°, utile sul piano dei rapporti pratici, secondo cui “*I cretini sono sempre più ingegnosi delle precauzioni che si prendono per impedirgli di nuocere*”.

V

Il diritto è matematica (non viceversa).

Questa proposizione – dopo quanto ho sinteticamente tentato di farmi comprendere dal lettore (opera improba, dato che non so rendermi comprensibile a me stesso) – mi appare protetta dalla categoria della evidenza. Sarebbe però tutto sterile, oltre che ridicolo, se mi fermassi alle superiori ostentazioni erudite in cui sono caduto (non però per vanagloria, bensì per autoironia).

Riprendo il discorso sul e nel Diritto, come scienza, per ripetere che il sistema delle norme è molto complesso e richiede quasi sempre uno sforzo enorme di riflessione per trovare la soluzione giusta (unica e sola) sul piano dell'ermeneutica.

Perché dico che una sola può essere la soluzione del caso? e come mai vi sono giudici che la pensano in modo difforme tra loro e che all'interno della stessa Corte di Cassazione (organo giurisdizionale supremo della nomofilachia) vi sono stati e vi sono indirizzi giurisprudenziali difformi e contrastanti?

Partirei dai dati costituiti da norme e da esperienza umana e giuridica) per ricostruire il significato solutorio non è un compito agevole: occorrono prudenza, equilibrio, saggezza e intuito; queste, accompagnate da altre qualità individuabili dal paziente lettore, portano ad una sola soluzione non foss'altro perché il sistema giuridico è governato da un valore ineludibile: la certezza del diritto. Se questo valore potesse dirsi fallace, allora

²⁰ R. Munroe, *Cosa accadrebbe se [What if]*, Milano, Bompiani/RCS Libri, 2015.

²¹ A. Block, *La legge di Murphy e altri motivi per cui le cose vanno*, Milano; Longanesi, Ed. 2015, p. 11.

JUS CIVILE



tutto il sistema (concetto) precipiterebbe nell'arbitrio, nelle superficialità e nell'arroganza, precipitando nell'abisso (nel quale pur sempre ognuno può scegliere di tuffarsi a capo fitto), consapevole che l'approdo della (semplice) maggioranza dei giuristi nel baratro del caos comprometterebbe la ragion d'essere del diritto, regolante uniforme dei comportamenti dei popoli.

Qui non voglio, anzi non posso, scagliare anatemi sull'anarchia del diritto (che è una contraddizione in termine, perché l'ordinante non può ordinare alcunché), mi limito ad enunciare un'ipotesi (che per me è tesi) sull'impossibilità del sistema a subire *vulnera* dalla *opiniones iuris* tra loro non congruenti, ma presenti nell'ordinamento.

Sotto tale profilo, annetto (come tanti) un ruolo unico ed esclusivo alla Suprema Corte di Cassazione la quale fa della nomofilachia la ragione d'esistere quale organo giurisdizionale supremo.

Se indirizzi difformi vi sono, se aporie sussistono, ciò costituisce un falso problema perché la sentenza sbagliata in punto di diritto e perciò ingiusta si è chiamata fuori dall'ordinamento, ha cioè compiuto un atto rivoluzionario, di rifiuto del sistema. Perciò quelle sentenze hanno dolosamente o colposamente perduto la loro natura, non sono diritto e non possono quindi contraddirlo; sono scorie di un meteorite che si è allontanato dal sole (per usare una metafora astronomica): la stella continuerà a brillare, le scorie saranno dissolte nel nulla, loro meta naturale).

A chi prevedibilmente obietti – con sincerità d'intenti – la gravità del compito e la fallibilità del giurista, credo, si possa rispondere nel senso che il sistema giuridico, come tutti gli altri sistemi, è governato e orientato in chiave di perfettibilità, (non già di perfezione); è un concetto dunque dinamico e sempre in movimento (in avanti), *in fieri*, pur sempre orientato teleologicamente in vista del valore supremo della Giustizia (*fiat Iustitia, pereat mundus*).

A chi obietti, per altro verso, che non tutto è prevedibile (sia per la rugosità delle leggi sia per l'applicazione dell'esperienza), direi che il giurista dovrebbe rasserenarsi – come gli altri scienziati (in diversa disciplina), sentendo le parole del fisico che – a fronte dell'impossibilità di prevedere dove comparirà di nuovo un elettrone – suggerisce che “la *probabilità* fa capolino nel cuore della fisica, laddove sembrava tutto fosse regolato da leggi precise, univoche e inderogabili”²².

A chi obietti, infine, che al giudice competono spazi (più o meno ampi) di discrezionalità, mi permetterei di segnalare che il potere discrezionale (secondo l'unanime inse-

²²C. Rovelli, *Sette brevi lezioni di fisica*, Milano, Adelphi, 2014.

JUS CIVILE



gnamento della Suprema Corte) non può mai trasmigrare in megalomane arbitrio, bensì essendo un saggio e prudente divisamento della *quaestio* secondo il modello del *vir bonus dicendi peritus*: per rispondere a questo modulo occorrono, prudenza, pazienza, scienza e senso di equanime giustizia, che si ritrova tecnicamente nei principi generali del diritto ricavabili anche (ma non solo) dalle norme scritte.

Mi viene in mente, per l'avvocato come per il giudice, il criterio del *buon senso giuridico*, che è una strada stretta, che attende sempre d'esser imboccata.



MATIAS MASCITTI

Doctor en Derecho – Universidad de Buenos Aires (UBA)

EL AZAR COMO LÍMITE EN EL DERECHO PRIVADO PATRIMONIAL

Para qué llamar caminos a los surcos del azar?
Antonio Machado. (1875-1939)

El hombre tiene mil planes para sí mismo. El
azar, sólo uno para cada uno. Aristóteles (384
a.C.-322 a.C.)

SUMARIO: 1. *El azar y las bases trialistas.* – 2. *La causalidad, el funcionamiento conjetural y la toma de decisión con relación a la previsibilidad.* – 3. *El Derecho privado patrimonial y su tutela de lo predecible.* – 4. *Conclusión.*

1. – Según el Diccionario de la Real Academia Española el azar consiste en 1. m. casualidad, caso fortuito.¹ A su vez, casualidad significa 1. f. combinación de circunstancias que no se pueden prever ni evitar.²

El azar es una casualidad presente, teóricamente, en diversos fenómenos que se caracterizan por causas complejas, no lineales y sobre todo que no parecen ser predecibles en todos sus detalles.³

La palabra “azar” viene del árabe zha’r (azahar, en castellano) término éste que designaba a una flor que se pintaba en una de las caras de los dados usados para jugar.⁴ Sin embargo, a lo largo de los siglos la palabra ha sacrificado algo de su sentido lúdico para entrar a formar parte en muchas de las circunstancias de nuestra vida.⁵

¹ <https://dle.rae.es/?id=4dukUoz>, fecha de consulta: 30/5/2019.

² <https://dle.rae.es/?id=7sUUvUU>, fecha de consulta: 30/5/2019.

³ https://es.wikipedia.org/wiki/Azar#cite_ref-1

⁴ Joan COROMINAS, *Breve Diccionario Etimológico de la Lengua Castellana*, 3era. Ed., Gredos, Madrid, 1987, p. 76.

⁵ Juan SONODA, “Pérdida de chances de curación y sobrevida”, 1999, <http://www.derecho.uba.ar/>



Un mundo azaroso es inquietante pues los eventos parecen ocurrir sin causa aparente. El azar nos resta comodidad, inteligibilidad y quietud. A lo largo de su historia, el hombre se da cuenta del poder del azar y de que su seguridad depende, en gran medida, de acontecimientos fortuitos de enorme gravedad que no puede controlar. Por ello, surge nuestro deseo de controlar al azar, de no sentirnos desamparados ante acontecimientos impredecibles; así la humanidad intenta controlar al azar:⁶ a) interpretando el azar; b) rindiendo culto a los dioses de la buena suerte; c) jugando con el azar; d) calculando probabilidades y e) rentabilizando el azar.⁷

El azar no es controlado por el Derecho o Mundo jurídico,⁸ que según la Teoría Tri-

publicaciones/lye/revistas/72-73-74/perdida-de-chances-de-curacion-y-sobrevida.pdf, fecha de consulta: 23/5/2019.

⁶ Desde una perspectiva de juridicidad imaginaria, Borges, en el cuento “La lotería en Babilonia”, desarrolla el principio inverso: el azar controla toda la vida social.

El cuento “La lotería en Babilonia”, contiene la exposición de una teoría del azar escondida en un relato autobiográfico de un personaje de ficción. Edgardo GUTIÉRREZ, *Borges y los senderos de la filosofía*, 1era. Ed., Las cuarenta, Bs. As., 2009, p.121. Si la Compañía es la institución que tiene a su cargo la organización de la vida de los babilonios, queda negada toda posibilidad de libertad y de autodeterminación. Si todo se atribuye al azar, éste pasa a ser el orden social y natural. El azar se torna necesario. Donde todo es casual, nada lo es. Beatriz SARLO, *Borges, un escritor en las orillas*, Ariel, Bs. As., 1995, <http://www.borges.pitt.edu/bsol/bse0.php>, 01-04-2015, fecha de consulta: 24/5/2019, Ps. 172, 173 y 174.

⁷ Cuando juegan su papel los grandes números, el azar desaparece en cierto sentido. Y aparece la regularidad, la ley. El azar, aliado con los grandes números, hace aparecer la ley. En esto consiste la fuerza del azar.

Aunque azar y determinismo parecen ideas contrarias, sin embargo de fenómenos puramente aleatorios, como es el movimiento caótico de las partículas de un gas, surge una ley como la segunda de la termodinámica; y a su vez de situaciones perfectamente determinadas puede surgir el azar, como por ejemplo en la rotación terrestre.

Cuando se observan a pequeña escala fenómenos deterministas, el azar muestra su imperio. El azar y el determinismo se manifiestan juntos en nuestro trato con la naturaleza. De lo aleatorio surge lo determinado (la ley de los grandes números) y en lo determinado, a pequeña escala, aparece el azar.

Javier DEL REY, “La fuerza del azar. Entre la probabilidad y la incertidumbre”, 2017, <http://umer.es/wp-content/uploads/2017/03/Cuaderno-99.pdf>, fecha de consulta: 23/5/2019.

⁸ El Derecho flota sobre un océano de contingencias, reglamenta la vida social que es un entramado de ellas. Está plagado de disposiciones, prescribiendo reacciones ante la continua embestida de lo imprevisible. Contingencias que a veces ocurren del modo deseado y otras no, dependiendo de la “suerte”, vocablo que según algunos deriva de “sortes”, pequeñas cuentas de cerámica empleadas en la antigua Roma para adivinar el futuro, por ejemplo en los sortis, mecanismos usados (sorteo) para premiar a los soldados asignándoles lotes de tierra en recompensa por sus servicios; lotes que, aunque podían ser de igual tamaño, no necesariamente lo eran en calidad o ubicación; de las sortes dependía allegarse un buen lote (lotería). Moisés TELIS SANTOYO, “El azar y el Derecho”, en *Homenaje a Miguel Ángel Zamora y Valencia por el Colegio de profesores de Derecho civil*, Facultad de Derecho UNAM, coord. por Ángel Gilberto Adame López, México, 2017, <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/11/5040/16.pdf>, fecha de consulta: 24/5/2019.

JUS CIVILE



lista está compuesto por un conjunto de adjudicaciones de potencia e impotencia, o sea de lo que favorece o perjudica al ser, y a la vida en particular (dimensión sociológica), captados, es decir descriptos e integrados, por normas (dimensión normológica), y valorados, las adjudicaciones y las normas, por la justicia (dimensión dikelógica).⁹

Estas adjudicaciones pueden provenir tanto de repartos como de distribuciones. Los primeros son aquéllos que derivan de conductas humanas, en cambio las distribuciones pueden clasificarse, con miras a la naturaleza de la fuerza adjudicataria, en distribuciones de la naturaleza, distribuciones del azar y distribuciones de las influencias humanas difusas. La mayor parte de las distribuciones se debe a la actividad u omisión de la naturaleza. Y en lo tocante al azar, éste puede desarrollarse dentro de la naturaleza o dentro de la esfera humana; existiendo azar humano espontáneo y azar humano provocado.¹⁰

“Las distribuciones dimanantes de la naturaleza forman un orden cuyo modo constitutivo son las leyes de la naturaleza, de cierta manera el plan del gobierno divino.” A su vez, las distribuciones provocadas por el azar parecen no formar ningún orden. Empero, es menester recordar el cálculo de probabilidades que modera tanto las irregularidades de causas deducidas de la experiencia, como de los datos proporcionados por la estadística.¹¹ Por úl-

⁹ Sobre la Teoría Trialista ver, entre otros: Sobre la Teoría Trialista ver, entre otros: Werner GOLDSCHMIDT, *Introducción Filosófica al Derecho. La Teoría trialista del mundo jurídico y sus horizontes*, 4ª. ed., Depalma, Bs. As., 1973; *Ciencia de la Justicia, reimpresión de la 1º edición*, Editorial Depalma, Bs. As., 1986; “Trialismo Jurídico: Problemas y perspectivas”, en *Separata de Ius et Praxis*, editada por la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima, núm. 15, Apostilla de Palomino Manchego José F., Lima, Perú, 1990; “Tridimensionalismo, realismo genético, justicia”, en *LL 1983-A-*, Sec. Doctrina; Miguel A. CIURO CALDANI, *Derecho y Política*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1976; *Metodología Dikelógica*, Fundación para las investigaciones jurídicas, Rosario, 2007; “El Trialismo, filosofía jurídica de la complejidad pura”, en *ED*, t. 126, “Lecciones de Teoría General del Derecho”, en *Investigación y Docencia*, núm. 32, cit.; “Lugar del Trialismo en la historia del Derecho Natural”, en *Filosofía, Literatura y Derecho*, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, Rosario, 1986; Germán J. BIDART CAMPOS, “Epistemología del Derecho en honor de Werner Goldschmidt en sus 70 años”, en *LL 1980-D*, Sec. Doctrina; *Filosofía del Derecho Constitucional*, EDIAR, Bs. As., 1969; “La Teoría trialista del mundo jurídico según Werner Goldschmidt”, *ED*, t. 25; y Matías MASCITTI, *El contrato de viaje turístico organizado, desde una perspectiva trialista*, tesis doctoral aprobada con nota sobresaliente en la Facultad de Derecho de la UBA en el año 2009.

¹⁰ Werner GOLDSCHMIDT, “Las distribuciones y la justicia cósmica”, *ED*, t. 118, Ps. 746 y 747.

¹¹ Los juegos de azar constituyeron los orígenes del cálculo de probabilidades. Francisco J. GIRÓN GONZÁLEZ-TORRE, “Determinismo, caos, azar e incertidumbre”, Real Academia de Ciencias, 2001, <http://www.rac.es/ficheros/doc/00327.pdf>, fecha de consulta: 24/5/2019.

El azar se define como característica de los fenómenos que no tienen ley, fenómenos cuyas causas son demasiado complejas para que podamos preverlas. Sin embargo, a partir de Galileo, Pascal, Fermat, ... Se ha establecido una ciencia cuyo objeto es el estudio de las leyes del azar. Por ejemplo, la primera ley de los grandes números expresa que cuando el número de realizaciones de un experimento aleatorio crece mucho la frecuencia relativa del suceso se va acercando cada vez más hacia un cierto valor. Este valor se denomina



timo, donde no existe orden, es entre las distribuciones causadas por las influencias humanas difusas.

Asimismo, los “cisnes negros” integran la categoría azar. El “cisne negro” es un suceso con tres atributos: rareza, impacto extremo e imprevisible (aunque es de predictividad retrospectiva). Tendemos a actuar como si no existiera. La lógica del “cisne negro” provoca que lo que no sabemos sea más importante que lo que conocemos. La incapacidad de predecir las rarezas implica la imposibilidad de predecir el curso de la historia, dada la incidencia de estos sucesos en la dinámica de los acontecimientos.¹² En base a la imprevisibilidad de los “cisnes negros”, tenemos que amoldarnos a su existencia. Resulta trascendente la búsqueda de “cisnes negros” a través de la serendipidad, llevando al máximo nuestra exposición a ellos, usando – a tal efecto – el método del ensayo y error.¹³ La distinción entre las categorías escalable y no escalable nos permite diferenciar de modo claro entre dos variedades de incertidumbre, o sea, dos tipos de azar; éstos son “extremistán” y “mediocristán”. En la primera, una unidad puede afectar fácilmente al total de forma desproporcionada, aumentando el conocimiento muy despacio y de forma errática con la acumulación de datos. En cambio en “mediocristán”, los sucesos particulares no aportan mucho individualmente, sólo de modo colectivo; así se puede saber a partir de los datos aumenta con mucha rapidez a medida que se acumula la información. “Extremistán” produce “cisnes negros”, por el contrario, en “mediocristán” es imposible encontrarse con la sorpresa de un “cisne negro”.¹⁴ “Extremistán” no siempre implica “cis-

probabilidad del suceso. A su vez, dicha ley dice que es muy poco probable que si efectuamos un número suficientemente grande de experimentos, la frecuencia de un acontecimiento se aparte notablemente de su probabilidad. Santiago FERNÁNDEZ, “Es predecible el azar”, 2013, https://www.unavarra.es/digitalAssets/173/173315_100000Santiago_Fernandez.pdf, fecha de consulta: 24/5/2019.

¹² “El redil platónico es la explosiva línea divisoria donde la mentalidad platónica entra en contacto con la confusa realidad, donde la brecha entre lo que sabemos y lo que pensamos que sabemos se ensancha de forma peligrosa. Es aquí donde aparece el Cisne Negro.” Nassim N. TALEB, *El cisne negro, el impacto de lo altamente improbable*, 1ª edición, Paidós, Bs. As., 2011, Ps. 23, 24, 25, 26 y 33.

¹³ Ídem, p. 27. “El ensayo y error puede metodizarse en diversos grados, el mayor de los cuales es el proceso de conjetura y prueba que se da en la ciencia, en la cual toda nueva conjetura se construye sobre la base del material suministrado por el cuerpo total de conocimientos disponibles, tanto directos, como inferidos.” Mario BUNGE, *Intuición y razón*, 2da. Ed., Debolsillo, Buenos Aires, 2005, Ps. 160 y 161. El sentimiento de justicia se despierta al hilo del método de las variaciones (éste es semejante al del ensayo y error), que consiste en que se varía mentalmente el caso real mediante modificaciones irreales, a fin de averiguar cuales circunstancias son dikelógicamente importantes y en qué se cifra esta importancia.

¹⁴ a) A “mediocristán” pertenece: la altura, el peso, el consumo de calorías; los ingresos del panadero, de la prostituta o del odontólogo; los beneficios del juego (en el caso de la apuesta constante); los accidentes de tráfico, los índices de mortalidad y el coeficiente intelectual (tal como se mide hoy). b) En cambio corresponde a “extremistán”: la riqueza, los ingresos, las ventas de libros por autor, las citas bibliográficas por



nes negros”. Algunos sucesos pueden ser raros y trascendentales, aunque de algún modo predecibles, sobre todo para los expertos que disponen herramientas para comprenderlos. Estos son los “cisnes grises”, o aleatoriedad mandelbrotiana, comprende el azar que produce fenómenos comúnmente conocidos por los términos de escalable, escala invariable, leyes potenciales, leyes de Pareto-Zipf, ley de Yule, procesos paretianos estables, estable de Levy y leyes fractales.¹⁵ Las ciencias sociales, entre ellos el Derecho, pertenecen a “extremistán”. Se suelen provocar “cisnes negros” en virtud de la falsa comprensión de las cadenas causales políticas. La planificación del gobierno en marcha muchas veces fracasa por el llamado “tunelaje”, es decir por el olvido de las fuentes de incertidumbre ajenas al propio plan.

2. – El azar está vinculado a la noción de causalidad ya que precisamente en aquel no son predictibles o previsibles los efectos de determinadas causas.

La causalidad¹⁶ es una categoría básica de la dimensión sociológica del Derecho.

La causa es la suma de condiciones positivas y negativas tomadas juntas, el total de las contingencias de toda naturaleza que, siendo realizadas, hacen que siga el consiguiente de toda necesidad.¹⁷

La noción de azar quizás pueda ser construida como ignorancia provocada de la causalidad (juegos de azar), imprevisto (casualidad) o inexistencia de la causalidad.¹⁸ A ve-

autor, la fama, el número de referencias en Google, la población de las ciudades, el uso de las palabras de un idioma, el número de hablantes de una lengua, los daños producidos por un terremoto, las muertes en las guerras, los fallecimientos en atentados terroristas, la propiedad de acciones, los mercados financieros, el precio de los productos, el índice de inflación, los datos económicos. Nassim N. TALEB, *El cisne negro, el impacto de lo altamente improbable*, cit., Ps. 78 a 84.

¹⁵ Ídem, Ps. 83 y 84.

¹⁶ “La mente humana no puede comprender en toda su complejidad las causas de los acontecimientos, pero la necesidad de averiguar esas causas es innata en el corazón del hombre... Si bien los acontecimientos históricos no tienen en realidad otro motivo que el propio principio de toda causa, están dirigidos por leyes que apenas entrevemos y que no alcanzaríamos a descubrir más que a condición de renunciar a ver el móvil de ellas en la voluntad de un sólo hombre, del mismo modo que el conocimiento de la ley del movimiento de los planetas sólo fue posible cuando el hombre rechazó la idea de la inmovilidad de la Tierra.” León TOLSTOI, *Guerra y Paz*, T. II, 1era., ed. Andrés Bello, Santiago de Chile, 2001, p. 497.

Sobre la causalidad ver Ps. 6, 8, 13, 14 y 17.

¹⁷ John S. MILL, *Sistema de lógica inductiva y deductiva*, trad. por Eduardo Ovejero y Maury, 1era. Ed., Ed. Daniel Jorro, Madrid, 1917, p. 332.

¹⁸ En este sentido, “son producto del azar todos los acontecimientos cuya causa es indeterminada. No suceden con un propósito, ni siempre ni la mayoría de las veces, ni en un orden determinado. La propia definición de azar hace evidente su aplicación a estos casos. Son, en cambio, producto de la naturaleza,



ces se incluye la imposibilidad de evitar los sucesos. Es notorio que los juegos de azar constituyen en gran medida repartos sobre distribuciones de ignorancia provocada.¹⁹

Otras categorías básicas de la dimensión sociológica son: la finalidad, existe en referencia objetiva y subjetiva (los sentidos que encontramos o pretendemos en los sucesos), la posibilidad y la realidad. Todas estas categorías son pantónomas (pan = todos, nómos = ley que gobierna), excepto la finalidad subjetiva – que es monónoma –, de modo que podemos abarcarla mediante fraccionamientos productores de certeza. Según las características de las líneas de corte se producen fronteras más o menos permeables o impermeables.²⁰

En principio, el Derecho fracciona a la causalidad evitando el desfraccionamiento de la causalidad provocado por el azar. El fin de aquél se sustenta en fijar las normas en un contexto de certeza que evite la incertidumbre del azar.

En “Tlön, Uqbar, Orbis Tertius”, “La lotería en Babilonia” y “La biblioteca de Babel” hay imágenes de lo social y de un poder consolidado por la arbitrariedad de decisiones incognoscibles o por las fuerzas del mito.²¹ Borges con su juego del azar en la causalidad nos mostró – de modo irónico – nuestra falsa creencia sobre su conocimiento acabado.²²

A su vez, resulta destacable el funcionamiento conjetural del Mundo jurídico, que se caracteriza por contener la predicción de las conductas, no sólo para determinar la eficacia de las normas sino para determinar nuestras actitudes acerca de ellas y también para prevenir o modificar los hechos futuros.²³ Por consiguiente el funcionamiento conjetural

aquéllos cuya causa reside en ellos mismos y suceden en un orden determinado, ya que ocurren siempre de una forma establecida.” ARISTÓTELES, *Retórica*, trad. por César I. Rodríguez Mondino, 1era. Ed., Grafico, Bs. As., 2004, p. 55.

¹⁹ Miguel A. CIURO CALDANI, *Una Teoría trialista del mundo jurídico*, FDER Edita, Rosario, 2019, Ps. 66 y 67.

²⁰ Miguel A. CIURO CALDANI, *Metodología Dikelógica*, cit., p. 111.

²¹ Beatriz SARLO, *Borges, un escritor en las orillas*, cit.

²² La abducción (tipo de pensamiento conjetural que consiste en la adopción provisional de una explicación, con el objetivo de someterla a verificaciones ulteriores) creativa borgeana, puede resultar útil para un adecuado funcionamiento de los despliegues de la juridicidad imaginaria a través del método de las variaciones de los casos para comprender los rasgos relevantes de las soluciones.

Un punto de contacto próximo a la juridicidad imaginaria está en el arte relacionado o relacionable con el Derecho, en especial en el caso de la literatura de “ficción”. Miguel A. CIURO CALDANI, “Tres presencias de las Ciencias ‘Exactas’ en el Derecho: la Contabilidad, la Agrimensura y la Estadística (¿Hacer cosas con números? Nuevamente la relación entre justicia y verdad)”, 2015, <http://www.centrodefilosofia.org.ar/IyD/IyD48/IyD485.pdf>, fecha de consulta: 25/5/2019.

²³ Ricardo A. GUIBOURG, “La certeza de los criterios”, en *DOXA*, núm. 24, cit., 2001,



trabaja dentro de los límites de la previsibilidad quedando fuera del campo aleatorio.

En sentido general, la conjetura es el “...juicio que se forma de las cosas o acaecimientos por indicios y observaciones”. Todo nuestro conocimiento se nutre en gran medida de suposiciones en las que ponemos algo como realidad y la vida jurídica se apoya en ellas de manera permanente. La conjetura se diferencia de lo meramente posible, donde existe en mayor grado la conciencia de que puede o no realizarse. Contiene la afirmación, aunque no del todo cierta, de que algo acaecerá.^{24 25} La conjetura es un mecanismo que promueve la transtemporalidad en el mundo jurídico donde el tiempo²⁶ jurídico abarca todo el pasado, todo el presente y todo el porvenir; influyendo, así, unos momentos sobre otros y captados éstos por los protagonistas de otros.

El análisis económico del Derecho (AED) – relevante para el desarrollo del Derecho privado patrimonial – estudia los fenómenos jurídicos sirviéndose de las teorías y las herramientas metodológicas proporcionadas por la economía. Conforme el funcionamiento conjetural del Mundo jurídico, el AED puede cumplir una función predictiva al determinar las consecuencias sociológicas que pueden tener las decisiones normativas jurídicas.²⁷

<http://cervantesvirutal.com/portal/doxa>, fecha de consulta: 10/3/2019.

²⁴ Miguel A. CIURO CALDANI, *La conjetura del funcionamiento de las normas jurídicas, Metodología jurídica*, Fundación para las investigaciones jurídicas, Rosario, 2000, Ps. 10 y 11. Acerca de la conjetura en el Derecho cabe recordar, v. gr., Gottfried W. LEIBNIZ (1982), “Para una balanza del Derecho que permita apreciar los grados de las pruebas y de las probabilidades”, en *Escritos Filosóficos* (rec.), trad. Roberto Torretti, Tomás E. Zwanck y Ezequiel de Olaso, Charcas, Bs. As., Ps. 370/1.

²⁵ En la vertiente del realismo norteamericano, Holmes, con su profunda comprensión de la dimensión sociológica del Derecho, dijo que “...el objeto de nuestro estudio es;... predicción: la predicción de la incidencia de la fuerza pública por mediación de los tribunales de justicia.” Oliver W. HOLMES, *La senda del Derecho*, Abeledo Perrot, Bs. As., 1975, p. 15.

²⁶ La figura del tiempo, en Occidente, es históricamente ambigua e intermedia, es pre-filosófica. Ella no es resultado de mitologías primitivas, no proviene directamente de una herencia religiosa sino que tras la descomposición de las antiguas cosmogonías, cuando empieza a hacerse explícito el racionalismo griego y sobre los escombros del mundo olímpico aparecerá entonces la personificación del tiempo. Éste sería el sustituto mitológico de un pensar que comienza a teorizar; su personificación, confiriéndole definitivamente esta función de instancia-sujeto, es ya el hecho de una abstracción. François JULLIEN, *Del tiempo: Elementos de una filosofía de vivir*, Arena libros, Madrid, 2005, p. 82.

²⁷ Asimismo, el AED realiza funciones: normativa (señalar qué decisiones jurídicas deberían adoptarse con el fin de maximizar ciertas preferencias) y explicativa (poner de manifiesto los factores que determinan la forma y el contenido las decisiones jurídicas). Gabriel DOMÉNECH PASCUAL, “Sobre el poder explicativo del análisis económico del Derecho”, 2019, <http://www.indret.com/pdf/1465-.pdf>, fecha de consulta: 25/5/2019.

Como contrapunto del análisis económico del Derecho, presentando el análisis jurídico de la Economía desde las categorías trialistas del mundo jurídico ver Matías MASCITTI, “Aporte trialista para el análisis jurídico de la Economía”, <https://revistas.unab.edu.co/index.php/sociojuridico/article/view/2640>, 2016, fecha de consulta: 25/5/2019.



En el Mundo jurídico frecuentemente carecemos de información adecuada para la toma de decisiones. Las opiniones de los recipiendarios – es decir los entes que reciben la potencia o impotencia emitida por el reparto – sobre las potencias o impotencias generadas por los repartos reflejados en las normas jurídicas acerca de la probabilidad del acaecimiento de determinados resultados son influidas por la información que tienen disponible. Así, la incertidumbre es el resultado de la información imperfecta. Por consiguiente, los encargados de la creación y de la aplicación de las normas pueden cambiar la información disponible para los recipiendarios con vistas a mejorar la previsión de los eventos. Para una adecuada toma de decisión de los planificadores del gobierno en marcha – que son los encargados de señalar quiénes son los supremos repartidores y cuales son los criterios supremos de reparto – sobre la modificación de la información disponible de los recipiendarios es necesario el conocimiento de los paradigmas culturales vigentes en la nación. Por ejemplo, resulta indispensable conocer que el sector cultural hispánico tradicional y el sector anglo-afrancesado han marcado a fuego la historia de nuestra nación, hallándose en pugna – al igual que sus correlativas visiones del Mundo jurídico – desde los orígenes de nuestra patria.²⁸

En consecuencia, este juego de información brindada a los recipiendarios condiciona el alcance de la previsibilidad de las acciones que generan efectos produciendo causalidad.

Las sanciones consisten un mecanismo idóneo para modificar la información disponible. La cuantía de la sanción es una información importante para los recipiendarios. Asimismo, los repartidores juegan con la información al crear repartos que reflejan fuentes formales²⁹ que son a veces medios de propaganda que tienden a convencer de lo que se debe hacer, y en otros supuestos son meros espectáculos, es decir, destinados, principalmente a aparentar y no a cumplirse.³⁰ Sin embargo, el uso de dichas herramientas con el fin de conjeturar encuentra dificultades en al menos tres áreas: cuantificación interna del daño, predicción de efectos secundarios e irracionalidad o arbitrariedad.³¹

²⁸ Matías MASCITTI, “Un enfoque interdisciplinario para la toma de decisiones en el mundo jurídico”, 2017, <http://www.centrodefilosofia.org/IyD/IyD5210.pdf>, fecha de consulta: 24/5/2019.

²⁹ Dentro de las fuentes reales de las normas, podemos diferenciar las fuentes materiales, que son los repartos mismos, y las fuentes formales, que constituyen autobiografías de los repartos (por ejemplo: la Constitución, la ley, el contrato, etc.). A su lado se ubican las fuentes de fundamentación, que remiten a los valores jurídicos (verbigracia: justicia), y a las fuentes de conocimiento, constituidas por la doctrina.

³⁰ CIURO CALDANI, “Lecciones...”, cit., p. 51.

³¹ Attempts to use this explanatory theory to predict behavior will encounter difficulties in at least



Para comprender la toma de decisiones humana es necesario descomponerla ya que éste es un proceso muy complejo que involucra una gran cantidad de variables y múltiples aspectos.³² Es decir, requiere el mayor desfraccionamiento posible de esos aspectos que constituyen la causalidad.

La función principal del sistema emocional es mantener y actualizar un modelo de nuestro mundo personal que representa lo que en él es normal. Es evidente que estamos predispuestos desde que nacemos a tener impresiones de causalidad que no dependen de razonamientos sobre patrones de causación. Son productos del sistema emocional. El contexto entero ayuda a determinar la interpretación de cada elemento. En ausencia de un contexto explícito, el sistema emocional genera sólo un contexto probable. Cuando no está seguro, el sistema emocional apuesta por una respuesta y a ellas las guía la experiencia. Las reglas de estas apuestas son inteligentes: los acontecimientos recientes y el contexto actual tienen el máximo peso en el momento de optar por una interpretación. Cuando ningún acontecimiento reciente nos viene a la mente, actúan recuerdos más lejanos. El sistema emocional no examina alternativas que rechaza, o simplemente el hecho de que había alternativas.³³

Los desarrollos trialistas han permitido incorporar enseñanzas del tridimensionalismo realiano³⁴ que indican que los repartos se originan en un proceso que abarca el reconocimiento de una realidad fáctica situacional y de un complejo de fines, respecto de los cuales son posibles diversos repartos, entre los cuales se decide alguno y luego se lo efectiviza. Así, reconocimiento, decisión y efectivización son las tres grandes tareas que originan los repartos, resultando, de este modo, enriquecido el planteo con el aporte de la teoría de la decisión. Como vimos, la toma de decisiones es el proceso de escoger una entre varias opciones. Esta opción está estrechamente vinculada con el aprovechamiento

three areas: quantifying internal harm, predicting secondary effects, and irrationality. Joshua MASTERS, "Law and Decision Making: Incorporating Internal Harm into Rational Choice Theory", in *The journal jurisprudence*, 2009, <http://www.jurisprudence.com.au/juris4/masters.pdf>, fecha de consulta: 29/5/2019.

³² Facundo MANES y Mateo NIRO, *El cerebro argentino. Una manera de pensar, dialogar y hacer un país mejor*, Planeta, Buenos Aires, 2016, p. 267.

³³ Daniel KAHNEMAN, *Pensar rápido, pensar despacio*, Debate, 2011, http://www.medicinayarte.com/img/kahneman_daniel_pensar_rapido_pensar_despacio.pdf, fecha de consulta: 20/3/2017

³⁴ Ver Miguel REALE, *Filosofía do Direito*, 9^o ed., Saraiva, São Paulo, 1982; "Fundamentos do Direito", 2^o ed., RT/EUDSP, São Paulo, 1972, *Paradigmas da Cultura Contemporânea*, São Paulo, Saraiva, 1996, y Werner GOLDSCHMIDT, "Teoría Tridimensional del Derecho, por Miguel Reale", en *LL*, T. 1980-A, Sec. Bibliografía, p. 1134.



de las oportunidades, con referencia a la cual cabe desenvolver la perspectiva dinámica del Derecho.^{35 36}

Uno de los requisitos más ordinarios que suele plantearse, es la necesidad de reconocer y evaluar en la mayor medida posible el problema y su solución, conjeturando los cursos venideros, con todas las alternativas posibles, e intentando obtener con el menor costo el mayor beneficio. La toma de decisiones requiere experiencia y creatividad y se produce en marcos estratégicos en los que también cabe avanzar en la apreciación del grado de racionalidad o razonabilidad.^{37 38} Las estrategias de razonamiento giran alrededor de objetivos, opciones de acción, predicciones de resultados futuros y planes para la puesta en práctica de objetivos a escalas de tiempo variadas.³⁹ Para tomar una decisión es necesario buscar en el entorno información relevante para resolver el problema en cuestión y sucede que allí siempre existe más información de la que nuestro sistema de pensamiento puede procesar. Los criterios para decidir qué se considera relevante incluir en nuestro recorte o fraccionamiento surgen del marco de referencia. Este marco opera desde un nivel no consciente. Al apoyarnos en ellos existe el riesgo de considerar información accesoría y desconocer información esencial en el proceso de toma de decisión. Es decir que poseemos una evaluación sesgada de la situación.⁴⁰ Por tanto, los sesgos cognitivos – que describen alteraciones en la mente humana que son moderadamente di-

³⁵ Miguel A. CIURO CALDANI, “Aportes para el desenvolvimiento del principio de razonabilidad en el derecho privado desde la comprensión de la decisión y la estrategia”, en *Investigación y Docencia*, Vol. 33, cit., 2000, Ps. 12 y 13.

³⁶ “Al hilo de la oportunidad, se advierte la importancia de la situación en que ha de encuadrarse la decisión”. CIURO CALDANI, *Derecho...*, cit., Ps. 64 y 65.

³⁷ La razonabilidad, como posibilidad de responder a un punto de vista de razón, depende de lo que se tome como tal. Desde la perspectiva trialista cabe decir que existe razonabilidad: normológica, dikelógica y otra sociológica. CIURO CALDANI, “Aportes para el desenvolvimiento...”, cit., Ps. 10, 11, 13 y 15.

³⁸ Al respecto, Bidart Campos expuso que “...no cabe duda de que es difícil definir, o siquiera conceputar, qué es lo razonable. Alguien puede pensar que se trata nada más que de una pura apreciación subjetiva. Sin embargo, aunque la cuestión es sutil, resulta susceptible de una estimación objetiva. En primer lugar, la razonabilidad consiste en una valoración axiológica de justicia que nos muestra lo que se ajusta o no es conforme a la justicia, lo que tiene razón suficiente... En segundo lugar, el sentido común y el sentimiento racional de justicia de los hombres hace posible vivenciar la razonabilidad y, su opuesto, la arbitrariedad. La Constitución formal suministra criterios, principios y valoraciones que, integrando su ideología, permiten componer y descubrir en cada caso la regla de razonabilidad. La razonabilidad impuesta por la Constitución en cuanto derecho positivo se extrae del valor justicia o derecho natural.” BIDART CAMPOS, *Manual...*, cit., p. 199.

³⁹ Antonio DAMASIO, *El error de Descartes*, 1ª ed. 4ª reimp., Drakontos bolsillo, Buenos Aires, 2016, p. 105.

⁴⁰ MANES y NIRO, *El...*, cit., p. 274.



fíciles de eliminar y que llevan a una distorsión de la percepción, a una distorsión cognitiva, a un juicio impreciso o a una interpretación ilógica – ⁴¹ constituyen un límite a la racionalidad. Constituyen ejemplos de sesgos cognitivos: nuestras preferencias para las ganancias frente a las pérdidas, aversión a la pérdida, para la recompensa frente al castigo, para el riesgo reducido frente al riesgo elevado, ⁴² el efecto anclaje, el efecto halo y el confirmatorio. Los sesgos son una variable a observar por los planificadores del gobierno en marcha para una adecuada regulación social que conlleva el régimen de justicia.

Dentro de las ciencias que intentan controlar al azar, calculando probabilidades e interpretándolo, ⁴³ hallamos a la matemática, que contiene a la Teoría de juegos ⁴⁴ que es una herramienta útil para estudiar como la gente toma decisiones ⁴⁵ cuando estas afectan a los demás y no sólo a ellos, ya que se ocupa de cómo optimizar ese tipo de toma de decisiones y se basa en generar y analizar modelos que simulan interacciones entre dos (o más) partes y en encontrar la estrategia ⁴⁶ adecuada para obtener un objetivo determinado. ^{47 48}

⁴¹ Daniel KAHNEMAN y Amos TVERSKY, “Subjective probability: A judgment of representativeness”, in *Cognitive Psychology*, 1972, <http://www.sciencedirect.com/science/article/pii/0010028572900163>, fecha de consulta: 20/3/2019.

⁴² DAMASIO, *El...*, cit., Ps. 247 y 248.

⁴³ Ver p. 2.

⁴⁴ El juego como momento de ejercicio desinteresado, que es beneficioso para el cuerpo o, como decían los teólogos quita la tristitia producida por el trabajo, y seguramente agudiza nuestras capacidades intelectuales, si pretende cumplir esta función ha de ser forzosamente un paréntesis. No obstante, todas las civilizaciones han reservado unos días del año para el juego total, período que nosotros llamamos carnaval y que para otras civilizaciones son o han sido otra cosa. Durante el carnaval se juega ininterrumpidamente, pero para que el carnaval sea hermoso y no pesado ha de durar poco. Ahora bien, una de las características de la civilización en que vivimos es la carnavalización total de la vida, ya que siendo criatura lúdica por definición hemos perdido el sentido de las dimensiones del juego. Umberto ECO, *A paso de cangrejo*, trad. por María Pons Irazazábal, Debate, Bs. As., 2007, Ps. 93 y 96.

⁴⁵ A mediados del siglo veinte, Barnard introdujo el término toma de decisiones del vocabulario de la administración pública al mundo de los negocios. La llamada toma de decisiones al interior de una organización es sólo una onda en una corriente de pensamiento que fluye desde una época en que el hombre, enfrentado a la incertidumbre, buscaba orientación de las estrellas. Primordialmente, procurando respuestas a los interrogantes sobre quién toma las decisiones, y sobre cómo han configurado los sistemas de gobierno, justicia y orden social del mundo. Leigh BUCHANAN y Andrew O’CONNELL, “Uma breve história da tomada de decisão”, 2006, https://www.academia.edu/9158812/UMA_BREVE_HIST%C3%93RIA_DA_TOMADA_DE_DECIS%C3%83O, fecha de consulta: 29/5/2019.

⁴⁶ “Mientras que la estrategia es abstracta y está basada en objetivos a largo plazo, las tácticas son concretas y consisten en seleccionar el movimiento adecuado para cada momento.” Garry KASPAROV, *Cómo la vida imita al ajedrez*, trad. de Montse Roca, 1º ed., Debate, Bs. As., 2007, p. 62.

⁴⁷ Adrián PAENZA, *Matemática... ¿Estás ahí? Episodio 3, 14*, 1º ed., Siglo XXI Editores Argentina, Buenos Aires, 2007, Ps. 101 a 108.



Los juegos estudiados por la teoría de juegos están bien definidos por objetos matemáticos. Un juego consiste en un conjunto de jugadores, un conjunto de movimientos (o estrategias) disponible para esos jugadores y una especificación de recompensas para cada combinación de estrategias.⁴⁹

La Teoría de juegos es un instrumento útil para el análisis de la toma de decisiones en la etapa de negociación precontractual, para colaborar en la argumentación jurídica, para la asignación de responsabilidades, para el estudio de la interacción de las conductas en el ámbito de los procesos judiciales, conciliatorios y arbitrales⁵⁰ y para el funcionamiento conjuntural del Mundo jurídico.⁵¹

En relación con la dimensión normológica, la función descriptiva que cumplen las normas se desdobra a su vez: a – en una descripción del contenido de la voluntad del autor de la norma, o sea, en una descripción del pasado; b – en una descripción del cumplimiento de esa voluntad, o sea, en una descripción anticipada a modo de pronóstico. La obtención de patrones como consecuencia de la interacción de los actores del juego colabora con la caracterización de fidelidad de la norma (punto a-) y con la identificación de la exactitud de la norma (punto b-) generando mayor certeza dentro del sistema normativo.

3. – Por otra parte, el Derecho privado francés del siglo XIX rechazaba la intrusión del azar dentro del sistema jurídico, y ningún hecho ajeno a la voluntad de las personas era fuente de responsabilidad.⁵²

Vélez Sarsfield, que se basó en el Código Civil Francés, escribe en la nota al artículo

⁴⁸ Un excelente ejemplo del aprendizaje de cómo las tomas de decisiones en el ajedrez pueden emplearse estratégicamente en la vida cotidiana puede verse en KASPAROV Garry, *Cómo la vida imita al ajedrez*, cit.

⁴⁹ http://es.wikipedia.org/wiki/Teor%C3%ADa_de_juegos.

⁵⁰ La matemática trata de entes ideales. A través de ella se pueden establecer correspondencias entre formas, por una parte, y las cosas y procesos pertenecientes a cualquier nivel de la realidad, por la otra. Esto explica la paradoja de que, siendo formal, se emplea en la vida cotidiana y en las ciencias fácticas a condición de que se le superponga reglas de correspondencia adecuada. En síntesis, la matemática se vincula con la realidad material por medio del puente del lenguaje, tanto el ordinario como el científico. Mario BUNGE, *La ciencia. Su método y su filosofía*, 1° ed., Debolsillo, Buenos Aires, 2005, Ps. 12, 13, 14 y 15. Así es como resulta posible la vinculación y la posterior integración de la matemática en las distintas dimensiones del mundo jurídico. Matías MASCITTI, “Aportes para la integración de la matemática en el mundo jurídico”, 2012, <http://www.ijeditores.com.ar/articulos.php?idarticulo=61499&print=1>, fecha de consulta: 27/5/2019.

⁵¹ Ver p. 6.

⁵² Aníbal N. PIAGGIO, “Azar y certeza en el derecho de daños”. *E.D.*, 152-798, 1993.

JUS CIVILE



900 del Código Civil (CC) que no está vigente ya que fue reemplazado por el Código Civil y Comercial de la Nación (CCCN): “El elemento fundamental de todo acto es la voluntad del que lo ejecuta, es por eso que el hecho de un insensato o de una persona que no tiene discernimiento y libertad en sus actos, no es considerado en el Derecho como un acto, sino como un acontecimiento fortuito”. Así, vemos que para la materialización de la responsabilidad eran imprescindibles dos elementos: a) la existencia de una causa física conocida y b) la atribución de dicha causa a la acción culposa de un individuo.

Se han relajado los límites impuestos por la máxima “no hay responsabilidad sin culpa”. Es así como se pasa de castigar al autor, a resarcir a la víctima, y de resarcir a la víctima, a buscar un criterio justo de distribución de los daños. De este modo se insertan en los distintos ordenamientos, a la par de los tradicionales factores subjetivos de atribución, nuevos factores objetivos basados en el riesgo. Asimismo, aparecen factores de garantía o seguridad, se reconoce a la equidad como fuente de obligaciones, y se introduce el concepto de la “socialización de los daños” mediante la creación de fondos de garantía, e incluso mediante la extensión de seguros. Algunos consideran que la suerte está de vuelta de su exilio jurídico, produciéndose una verdadera “recuperación del azar”.⁵³

Sin embargo, pese al reconocimiento de la influencia del azar en algunas circunstancias del resarcimiento de daños y en los contratos que reconocen el azar provocado (contratos aleatorios), el Derecho brinda certeza en dichos supuestos a través de la asignación de responsabilidad en base al factor de atribución objetivo de responsabilidad⁵⁴ y de la regulación legal de esos contratos, eliminado – así – la nota principal de imprevisibilidad en el otorgamiento de efectos jurídicos en la responsabilidad civil y en el Derecho con-

⁵³“Lo arbitrario puede resultar meramente aparente si debajo de la superficie voluntarista late el ritmo sistemático de la razón. Me refiero a determinados supuestos en los que la casualidad desempeña el papel de criterio de reparto [...]. En numerosas ocasiones acuden los hombres conscientemente a la casualidad como criterio de reparto porque desesperan de hacer una elección racional [...]. En numerosas circunstancias auténticas dificultades materiales para arribar a soluciones aparentes y profundamente razonables traen como consecuencia una alianza con la casualidad. En otras circunstancias tal alianza se ve motivada por la amenaza de imparcialidad y por ende de injusticia”. Es de este modo como, en perjuicio del principio “no hay responsabilidad sin culpa”, finalmente terminamos soportando cierto azar en nuestro ordenamiento, con el fin de “simplificar el camino que conduce a la reparación”. PERUGINI DE PAZ Y GEUSE, Alicia M.. “Reflexiones en tomo al concepto del azar en una obra clásica; la de Werner Goldschmidt”, E.D., 128-903 y sigs.

⁵⁴La responsabilidad objetiva sólo se imputa sobre la base del nexo de causalidad, en tanto “en la responsabilidad objetiva, el juicio es puramente tipológico y consiste en determinar si el evento que se ha verificado, pertenezca o no a la serie de eventos que el criterio de imputación adscribe a una determinada esfera del sujeto, por su simple acontecer”. En otros términos, el criterio adoptado es más asertivo que prescriptivo. Guido ALPA, “¿Hacia dónde se dirige la responsabilidad civil?”, 2012, <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/11987/12555>, fecha de consulta: 5/6/2019.



tractual reflejando la frontera que traza el Derecho privado patrimonial excluyendo al azar de su contenido ya que éste tutela los intereses jurídicos en un marco de previsibilidad. A tal efecto, ejemplificaremos empleando los preceptos del CCCN.

Los presupuestos de responsabilidad civil relación causal y la culpabilidad descansan sobre un elemento común: la previsibilidad. La primera presupone la previsibilidad “en abstracto”, según la normalidad de las consecuencias en sí mismas conforme al curso natural y ordinario de los acontecimientos (art. 1726 del CCCN), ya que de ese modo resultan previsibles para cualquier hombre corriente.⁵⁵ Por el contrario, la culpabilidad pondera la previsibilidad en concreto de acuerdo con la especial situación del autor en el caso dado, es decir, como está descrito en el art. 1724 del CCCN, con ajuste a las circunstancias de las personas, del tiempo, del lugar y de la naturaleza de la obligación infringida.

A su vez, para determinar la extensión de la relación causal, en primer lugar resulta necesario definir el concepto de causa. El concepto filosófico de autoría de Mill que mencionamos⁵⁶ no es suficiente para el campo jurídico.⁵⁷ “El Derecho toma en cuenta la conducta humana en sociedad en cuanto productora de daños, y sólo computa las condiciones físicas o naturales en tanto y en cuanto pueden modificar o excluir la atribución jurídica de un suceso a una persona concreta.”⁵⁸ Con este fin, en el mundo jurídico se han formulado diversas teorías, v.gr: de la equivalencia de condiciones o *conditio sine qua non*, de la causa próxima, de la causa preponderante y de la causa eficiente, de la causa adecuada, etc.⁵⁹

En la responsabilidad objetiva, es la relación causal la que gobierna la obligación de resarcir, donde juega únicamente la previsibilidad típica de la causalidad adecuada⁶⁰

⁵⁵ Jorge BUSTAMANTE ALSINA, *Teoría general de la responsabilidad civil*, Ed. Abeledo-Perrot, Bs. As., 1972, p. 198.

⁵⁶ Ver p. 5.

⁵⁷ El derecho no es una física de las acciones humanas. Jorge J. LLAMBÍAS, “El derecho no es una física de las acciones humanas”, *L.L.* 107, p 1018 y ss.

⁵⁸ Félix A. TRIGO REPRESAS, “La extensión del resarcimiento en la responsabilidad objetiva”, *LL*, T. 1979-C, p. 794.

⁵⁹ Para un desarrollo pormenorizado de la cuestión ver, entre otros: Isidoro H. GOLDENBERG, *La relación de causalidad en la responsabilidad civil*, Astrea, Bs. As., 1984; BREBBIA Roberto H., *La relación de causalidad en derecho civil*, Juris, Rosario, 1975; Atilio A. ALTERINI, *Responsabilidad Civil. Límites de la reparación civil*, Abeledo Perrot, Bs. As., 1987; y Hugo A. ACCIARRI, *Relaciones Causales y Derecho de Daños*, tesis doctoral aprobada con nota sobresaliente en la Facultad de Derecho de la UBA en el año 2006.

⁶⁰ La teoría de la causa adecuada tuvo su primer expositor en Von Bar, aunque fue fundamentada recién



apreciada en abstracto, que cumplirá su propio rol indiferente a que se prescinda de la culpabilidad; de ahí que entonces el metro del deber de resarcir sea la relación causal que el Derecho señala como relevante en todos los hechos ilícitos, delitos y cuasidelitos, o sea que la responsabilidad objetiva sólo se extenderá por las consecuencias.⁶¹

No obstante, cuando la obligación incumplida surge de un contrato celebrado paritariamente el art. 1728 CCCN se aparta de la teoría de la causalidad adecuada, pues dispone que en tal caso el deudor únicamente responde por las consecuencias que hayan sido previstas o previsibles para las partes (y no para un hombre medio) al momento en que se celebró el contrato (y no al momento del incumplimiento), con la salvedad de los casos en que haya actuado con dolo.

Así, entre la causalidad adecuada y la regla de la previsibilidad contractual hay diferencias relevantes. En primer lugar, si bien ambas se fundan en lo que era previsible, la primera toma como parámetro al hombre “medio” (apreciación en abstracto), mientras que la segunda se centra en lo que las partes que celebraron el contrato pudieron prever en el caso concreto (apreciación en concreto). En segundo término, la causalidad adecuada pone al intérprete – a fin de determinar si era previsible o no determinada consecuencia – en el momento en que se produjo el hecho ilícito, mientras que, en materia contractual, se toma en cuenta lo que resultaba previsible para las partes al momento de celebrar el negocio, y no el del incumplimiento.⁶²

La regla de la previsibilidad determinada por los contratantes al momento de celebrar el negocio es primordial, pues, en caso contrario – esto es, si el magistrado fijara los alcances del deber de resarcir – las partes reaccionarán fijando precios más altos en cobertura de sus seguridades.⁶³

Asimismo, como se señaló expresamente en los “Fundamentos del Anteproyecto de CCCN”, la regla de la previsibilidad contractual no es aplicable a los contratos de consumo, pues dicha limitación se asienta, justamente, en que las partes han podido negociar libremente los alcances y características de la relación contractual que las vincula, situa-

en 1888 por Von Kries. Parte de un criterio de previsibilidad, recurre a la vida misma y busca en ella lo que de ordinario acontece. A tal efecto, causa es únicamente la condición que “según el curso natural y ordinario de las cosas” (art. 901 del Cód. Civil) es idónea para producir por sí el resultado. Alberto G. SPOTA, “El problema de la causación en la responsabilidad aquiliana”, *JA*, 1942-II, p. 979.

⁶¹ ALTERINI Atilio A., *Responsabilidad Civil. Límites de la reparación civil*, cit., Ps. 246 y 247.

⁶² Sebastián PICASSO, *La singularidad de la responsabilidad contractual*, 3era. Ed. reimpresión, AbeledoPerrot, Bs. As., 2011, p. 233.

⁶³ Ricardo L. LORENZETTI, “Resarcimiento del daño contractual: confianza, información, previsibilidad”, en *JA*, 25/04/2001, p. 56.



ción que no se presenta en el ámbito protectorio del consumidor.⁶⁴ En este último caso regirán las reglas establecidas en los arts. 1726 y 1727 CCCN.⁶⁵

La revocación por ingratitud de la donación por su condición de ser imprevisible frente a terceros, resulta inoponible a estos (art. 1569 CCCN).

Hay caso fortuito o de fuerza mayor (art. 1730 CCCN) cuando un hecho imprevisible o inevitable, ajeno al presunto responsable, viene a constituirse en la verdadera causa adecuada del daño, y desplaza a la conducta del agente. En tal caso, el sindicado como responsable se exime totalmente de responsabilidad.

Por su parte, en el ámbito de la responsabilidad que nace como consecuencia del incumplimiento de una obligación, el deudor se exonera de responsabilidad acreditando que el caso fortuito ocasionó la imposibilidad de cumplimiento objetiva y absoluta, y no imputable al obligado (Art. 1732 CCCN). Aunque un acontecimiento pueda calificarse como imprevisible o inevitable, no será caso fortuito si no reúne también la nota de “ajenidad”, lo cual implica que debe ser “exterior” o ajeno al agente.

Para que el hecho de la víctima desplace totalmente la autoría del agente y se constituya en causa exclusiva del perjuicio, es preciso que reúna los caracteres del caso fortuito o fuerza mayor. Es decir, debe tratarse de un hecho imprevisible o inevitable, y exterior al demandado (art. 1730 CCCN). Ello es así por cuanto únicamente el casus rompe totalmente el nexo de causalidad entre el hecho y el perjuicio.

La imprevisión (art. 1091 CCCN) resulta aplicable a los vínculos contractuales con componente de onerosidad, el que puede verificarse, por ejemplo, en el caso de una donación con cargo, cuando la excesiva onerosidad incide en la posibilidad de cumplimiento del estipulado (art. 1564 CCCN).

De acuerdo a lo regulado en el art. 1091 CCCN, el instituto de la imprevisión solo se aplica a ciertos contratos a título oneroso:

- a) los conmutativos de ejecución diferida o permanente; y
- b) los aleatorios, de ejecución diferida o permanente, cuando la excesiva onerosidad resulte de causas ajenas a su alea propia.

Es de aplicación cuando un hecho sobreviniente, imprevisible y extraordinario coloca al

⁶⁴ Ricostruite le tecniche di regolazione del mercato, la protezione dei consumatori tende ad atteggiarsi come ratio e come obiettivo finale anche delle norme che plasmano le competenze delle Autorità. Carmelita CAMARDI, “La protezione dei consumatori tra Diritto Civile e regolazione del mercato. A propósito dei recenti interventi sul Codice del Consumo”, 2013, <http://www.juscivile.it/contributi/18%20-%20Carmelita%20Camardi.pdf>, fecha de consulta: 5/7/2019.

⁶⁵ Ver Ps. 16.

JUS CIVILE



deudor de una obligación de fuente contractual, ajeno a la producción de la circunstancia incidente, ante una gran dificultad para cumplir la prestación convenida, sin llegar a tornar ese cumplimiento imposible, lo que constituiría un caso fortuito, idóneo como tal para extinguir la obligación.^{66 67}

La culpa puede manifestarse como negligencia, imprudencia o impericia (“formas” de la culpa). La negligencia consiste en no prever lo que era previsible o, habiéndolo hecho, no adoptar la diligencia necesaria para evitar el daño. La culpa – a diferencia de lo que ocurre con la relación causal – se aprecia en concreto, sobre la base de la naturaleza de la obligación, y de las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar (1724 CCCN).⁶⁸

El alea propia de un contrato de seguro es la producción de un siniestro comprendido dentro del riesgo previsto⁶⁹ y la de un contrato oneroso de renta vitalicia es el tiempo de vida de la persona tomada como parámetro para la vigencia de obligación de pago de las rentas.

El CCCN regula los contratos de juego y de apuesta en el capítulo 25 del Libro Tercero. Derechos Personales del Título IV. Contratos en particular. “Para que exista juego se

⁶⁶ Gustavo CAMELO, *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, Tomo III, 1a ed., infojus, Bs. As., 2015, http://www.sajj.gob.ar/docs-f/codigo-comentado/CCyC_TOMO_3_FINAL_completo_digital.pdf, fecha de consulta: 24/5/2019.

⁶⁷ Tanto en las fuentes formales, constituyen autobiografías de los repartos (por ejemplo: la Constitución, la ley, el contrato, etc.), de los repartos autónomos, producidos por acuerdo de los interesados, como en aquéllas de los repartos autoritarios, generados por imposición, es necesario pasar de las fuentes formales a las fuentes materiales, que son los repartos mismos, en cuanto resulta preciso para el conocimiento de los repartos en su totalidad. Este pase lo denominamos el salto. Así en el caso de los repartos autónomos, las circunstancias que movilizaron a las partes a cerrar el acuerdo pueden sufrir una alteración profunda e imprevisible; en este supuesto el convenio ha de considerarse periclitado, ya que se supone que un contrato se celebra bajo la condición de que las circunstancias esenciales persistan durante su ejecución (cláusula *rebus sic stantibus*). El salto de las fuentes formales de los repartos autoritarios a las fuentes materiales no constituye ningún fenómeno especial. No obstante, por tratarse en algunos casos de supuestos notorios, y al quedarse desobedecido un mandamiento (ordenanza de carácter general) formal, la doctrina lo enfocó y lo llamó Derecho consuetudinario. GOLDSCHMIDT, *Introducción filosófica al Derecho...*, cit., Ps. 221, 225, 226, y 235.

⁶⁸ A su vez, el art. 1725 del CCCN reza: “Cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor es la diligencia exigible al agente y la valoración de la previsibilidad de las consecuencias.”

⁶⁹ Pour améliorer la connaissance du risque, on ajoute aux données actuarielles des données recueillies dans le cadre de l'utilisation d'Internet, l'assureur tentant toujours de réduire le phénomène du hasard. C'est ainsi que la science a “transformé le sinistre, qui était autrefois au moins partiellement le résultat du hasard, en un phénomène quasi-déterministe”. Jean-Hubert SMITH LACROIX y André BÉLANGER, “Le droit, la statistique et l'assurance”, *RJT*, 2012, p.109.



requiere que el resultado dependa de un evento aleatorio, que puede ser de diversos grados: el sorteo, la habilidad física, la inteligencia”.⁷⁰

Por otra parte, el art. 988 del CCCN define a las cláusulas abusivas en su inc. c) cómo aquéllas que por su contenido, redacción o presentación, no son razonablemente previsibles.

En lo tocante a los daños resarcibles, el Derecho evita reconocer efectos jurídicos en base al azar en situaciones que se encuentran en el límite como es el supuesto de la pérdida de chance. Así, esa chance es la probabilidad objetiva cierta – y no la mera posibilidad – de obtener una ganancia o de evitar una pérdida, a condición de que esa probabilidad – que no es certeza – sea «suficiente», como se la ha señalado en forma reiterada. La probabilidad debe superar el terreno de la conjetura o hipótesis y el requisito de la certidumbre del daño – actual o futuro – se configura en base al acontecer regular de los hechos – el llamado «principio de regularidad» – es decir lo que sucede «según el curso natural y ordinario de las cosas», como lo expresó Vélez Sarsfield en el art. 901 del CC, que hoy se refleja en el art. 1727 del CCCN, que define a las consecuencias inmediatas como aquéllas que acostumbran a suceder según el curso natural y ordinario de las cosas.⁷¹

El actual sistema de responsabilidad civil se enfoca en la prevención del perjuicio como finalidad primordial. Haciéndose eco de esas posturas, el art. 1708 CCCN añade a la función preventiva a la tradicional finalidad resarcitoria del derecho de daños.

La función resarcitoria, ya consagrada en el CC, actúa cuando el daño ya se ha producido, y tiene por fin que el sindicado – como responsable – repare el perjuicio, sea en especie o por equivalente dinerario. Por el contrario, la función preventiva busca actuar con anterioridad a que el perjuicio se produzca, o que, si ya se ha producido, no se agrave.

⁷⁰ Ricardo L. LORENZETTI, *Tratado de los Contratos*, t. III, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 1999, p. 540.

⁷¹ Sobre el tema ver: Alfredo ORGAZ, *El daño resarcible*, Ediciones Depalma, Bs. As., 1967, p. 97; S.C.B.A., Ac. 6957, 29/6/65, “Minutta, J. c. Provincia de Buenos Aires. Cobro ordinario”, voto de la mayoría, A. y S., 1965-II-324, LA LEY, 119-394; Jorge MOSSET ITURRASPE, “Frustración de una chance por error en el diagnóstico”, en *Estudios sobre responsabilidad por daños*, t. IV, p. 73, LA LEY, 1982-D, 475; Néstor P. CAZEAUX, “Daño actual. Daño futuro. Daño eventual o hipotético. Pérdida de chance” en la obra colectiva *Temas de responsabilidad civil* en Homenaje a Augusto M. Morello, Ed. Platense, La Plata, 1981, p. 28; CS, 8/3/94, «Rodríguez Santorum, Claudio c/Tap. Air Portugal», J.A., 1995-IV-140; CS, 5/8/88, “Santa Coloma Luis y ot. c/Ferrocarriles Argentinos”, E.D., 120-651; p.332; Héctor P. IRIBARNE, *De los daños a las personas*, Ediar, Bs. As., 1993, p. 128; esta Sala, causa 42.469, 26/6/2001, “Cerdeiro, Margarita Azucena c. Municipalidad de Azul s/Indemnización de Daños y Perjuicios”



Los tres sentidos de la prevención de Daños consisten en: a) la adopción de medidas técnicas idóneas para evitar un daño; b) la prevención como función indirecta de la sanción resarcitoria; c) la prevención como sistema de protección diferente de la clásica función resarcitoria llamada “tutela civil inhibitoria”.⁷²

En cuanto a los caracteres de la acción preventiva así consagrada, el art. 1708 CCCN establece que ella procede frente a cualquier acción u omisión antijurídica.

En segundo lugar, para que proceda la acción preventiva debe ser previsible la producción o el agravamiento del daño; por tanto, el sistema de responsabilidad civil actúa “ex ante” teniendo como límite la protección de situaciones azarosas.

Es claro entonces que no será preciso que se haya efectivizado un daño cierto en la esfera jurídica de la víctima, sino que basta la amenaza para que resulte procedente la tutela preventiva.⁷³ Más allá de ello, no es suficiente para justificar la promoción de la acción inhibitoria el mero creer subjetivo de la víctima, sino que es preciso que sea causalmente previsible que el accionar del agente ocasionará un perjuicio a la víctima. Desde el aspecto probatorio, el demandante deberá aportar elementos ajenos a su mera subjetividad que permitan tener por acreditado que existe un riesgo cierto de que el daño se produzca. Las reglas de la teoría de la causalidad adecuada (lo que resulta previsible según el curso normal y ordinario de las cosas) constituirán un importante parámetro para apreciar la probabilidad de que el perjuicio se produzca.

4. – Vivimos inmersos en una era de aceleración histórica, ya que la tecnología contrae el tiempo porque aligera la relación entre medio y fin; y contribuye así, no sólo a una proyección futurista, sino al radical sentido de presente, sin pasado ni futuro, que, de cierto modo, caracteriza a la Posmodernidad.^{74 75} La aceleración del ritmo de creación técnica se atribuye a dos motivos: cada período capitalizó las conquistas de los anteriores, y, a su vez esa base que sirvió para la invención e innovación fue manejada cada vez

⁷² Graciela N. MESSINA de ESTRELLA GUTIÉRREZ, “Prevención de los daños: una tendencia en la responsabilidad civil moderna”, 2007, <http://www.nuevocodigocivil.com/prevencion-de-danos-por-graciela-messina-de-estrella-gutierrez/>, fecha de consulta: 24/5/2019.

⁷³ Ricardo L. LORENZETTI, “La tutela civil inhibitoria”, en LL 1995-C, p. 1217.

⁷⁴ Miguel A. CIURO CALDANI, “Notas de filosofía de la tecnología”, *Revista de filosofía jurídica y filosofía social*, vol. 20, cit., 1995, Ps. 2 y 3.

⁷⁵ Al respecto, Eco ironiza sobre el relativo progreso que nos ha deparado la revolución tecnológica y sobre el regreso de la historia en algunas situaciones particulares. Umberto ECO, *A paso de cangrejo*, cit.



más por los especialistas y por los expertos. De allí la progresión geométrica que alienta el crecimiento técnico.⁷⁶

En la modernidad líquida, o posmodernidad, se está produciendo un cambio que impacta sobre la condición existencial humana. Dicho cambio es la nueva irrelevancia del espacio, disfrazado como aniquilación del tiempo. “En el universo *software* de los viajes a la velocidad de la luz, el espacio puede recorrerse, literalmente, ‘en una fracción de tiempo’... El espacio ya no limita la acción ni sus efectos, y cuenta muy poco o nada en absoluto.”⁷⁷

La aceleración técnica desarrollada en la posmodernidad provocó el crecimiento exponencial de la tecnología que trae aparejado una exposición a daños en circunstancias novedosas que fueron consideradas imprevisibles en otras épocas; así, situaciones que en otras etapas históricas se podrían haber pensado azarosas hoy quedan dentro del círculo de lo predecible.

Ello no obsta a que las personas sean sujetos pasivos de perjuicios a ser reparados con un cierto grado de imprevisión o azar en relación con determinadas características del evento dañoso, de la víctima y del victimario pero el Derecho otorga certidumbre a través del factor de atribución objetivo de responsabilidad que se impone en virtud de una realidad socioeconómica preestablecida.⁷⁸

Este es un ejemplo de la socialización del Derecho de Daños ya que el Estado, por medio del régimen de justicia paternalista,⁷⁹ interviene promoviendo la justicia social disminuyendo los daños que quedan fuera de la tutela jurídica.

Sin embargo, uno de los objetivos del Derecho privado patrimonial consiste en la

⁷⁶ Graciela N. MESSINA de ESTRELLA GUTIÉRREZ, *La responsabilidad civil en la era tecnológica, tendencias y prospectiva*, 1era. Ed., Abeledo-Perrot, Bs. As., 1989, p. 30.

⁷⁷ “En la época del *hardware*, de la modernidad pesada... el tiempo era el medio que requería ser cuidadosamente manejado para que los réditos del valor, que eran espaciales, pudieran maximizarse; en la época del *software*, de la modernidad liviana, la eficacia del tiempo como medio de conseguir valor tiende a aproximarse al infinito, con el paradójico efecto de igualar (más bien para abajo) el valor de todas las unidades que conforman el campo de los potenciales objetivos. La pregunta se ha desplazado, pasando de los medios a los fines. Aplicado a la relación tiempo-espacio, esto significa que como todas las partes del espacio pueden alcanzarse en el mismo lapso..., ninguna parte del espacio es privilegiada, ninguna tiene ‘valor especial’.” Zygmunt BAUMAN, *Modernidad Líquida*, trad. de Mirta Rosengerg en colaboración con Jaime Arambide Squirru, 6ta. Reimpresión, Fondo de cultura económica, Bs. As., 2006, Ps. 126 y 127.

⁷⁸ Ver p. 12.

⁷⁹ El Régimen para ser justo debe ser humanista, es decir, precisa considerar al hombre como fin, respetándolo en su complejidad pura, con sus caracteres de unicidad, igualdad y comunidad, sobre todo mediante el liberalismo político, la democracia, y la res pública, respectivamente.

La clase de régimen de justicia puede ser intervencionista, es decir, paternalista, o abstencionista.



prevención y reparación de daños injustos con certeza, es decir aquél separa al azar de su universo, evitando adjudicar potencias e impotencias imprevisibles.

Las nuevas tecnologías del siglo XXI podrían invertir la revolución humanista, despojando a los humanos de su autoridad y confiriendo en cambio poderes a algoritmos (conjunto metódico de pasos para una toma de decisión determinada) no humanos. La Biología ha llegado a la conclusión de que los organismos son algoritmos. Así los biólogos desmantelaron el muro que separaba lo orgánico de lo inorgánico; transformaron la revolución informática, que pasó de ser un punto sólo mecánico a un cataclismo biológico y transfirieron la autoridad de los individuos humano a los algoritmos conectados en red.

Los algoritmos más avanzados, al ser interpretaciones matemáticas de los datos obtenidos, no explican la realidad subyacente que los produce. Los artefactos o robots, que funcionan por medio de los algoritmos, presentan cierto grado de autonomía en su funcionamiento, de impredecibilidad, y también cuentan con la capacidad de causar daño físico, lo que abre una nueva etapa en la interacción entre los seres humanos y la tecnología. Esta revolución conlleva nuevos desafíos a los que la regulación existente no da respuesta. La seguridad jurídica es crucial para el propio desarrollo de la tecnología y del mercado de la robótica, que alcanzará los 45 billones de dólares para el año 2020, y desde 2017 a 2020 se instalarán más de dos millones de robots en fábricas de todo el mundo. Las cuestiones de responsabilidad adquieren aquí un papel capital, pues los paradigmas tradicionales no resultan adecuados ante sistemas que modifican su propio código, pueden conducir a soluciones no previstas por ninguna mente humana, y son asimismo objeto de crecientes ciberataques.⁸⁰ Del mismo modo, surgen tres nuevos riesgos: el riesgo de autonomía, que tiene su origen en "decisiones" autónomas tomadas por los agentes de IA, el riesgo de asociación, que se debe a la estrecha cooperación entre las personas y los sistemas más avanzados, y el riesgo de red que se produce cuando los sistemas funcionan en estrecha integración con otros sistemas en la nube.

Se necesita un marco jurídico sólido para acelerar el desarrollo de un mercado avanzado de productos y servicios robóticos y de IA, eliminando incertidumbres y lagunas que podrían actuar como un obstáculo no tecnológico, y para hacer que crezca de acuer-

⁸⁰ The unpredictable and unknown scenarios (produced for the develop of IT security breaches) constituted elements which are commonly showed by the random effects of some natural disasters; those catastrophic scenarios have been linked with cyber events because they are able to produce "cyber doom scenarios" so-called "digital pearl harbour", "cyber 9/11", "eWMDs", "Cyber Katharina" or "Cyber gaeddon"; all of these, represents the kind of cyber events that are the least predictable and least modelled of the catastrophe events. Jesús J. MUÑOZ, "Cyber Risks: Liability and Insurance", 2019, <http://www.indret.com/pdf/1461.pdf>, fecha de consulta: 30/5/2019.



do con los valores y principios consagrados en el ordenamiento jurídico europeo y en las constituciones de los Estados.⁸¹

A tal fin, resulta necesario considerar la existencia de los cisnes negros como potenciales daños de consecuencias catastróficas para la sociedad causados en el marco de la aceleración tecnológica imperante en la aldea global; por consiguiente, los planificadores del gobierno en marcha deberán adoptar medidas idóneas para evitar el “tunelaje”.⁸²

En consecuencia, será decisivo para el progreso jurídico atender a la regulación del Derecho privado patrimonial sobre el reconocimiento de intereses jurídicos en esta era tecnológica que generará un crecimiento exponencial de daños que hoy podrían ser localizados en el ámbito azaroso.

RESUMEN: Es una contribución, desde el integrativismo de la perspectiva trialista del mundo jurídico, a la comprensión de los límites del Derecho privado patrimonial que se propone el reconocimiento de intereses jurídicos en un marco de previsibilidad, es decir fuera del campo aleatorio.

ABSTRACT: It is a contribution, from the integrativism of the trialist perspective of the juridical world, to the understanding of the limits of private patrimonial law that proposes the recognition of legal interests within a framework of predictability, that is, outside the random field.

PALABRAS CLAVE: Límites; Derecho privado patrimonial; intereses jurídicos; previsibilidad; Integrativismo; Trialismo; Mundo jurídico.

KEYWORDS: Limits; Private patrimonial law; legal interests; predictability; integrativism, Trialism; Juridical world.

⁸¹ Moisés BARRIO ANDRÉS, “Robótica, inteligencia artificial y Derecho”, 2018, <http://www.realinstitutoelcano.org/wps/wcm/connect/b7a72224-1d79-4649-8c51-bc0419e40cd4/ARI103-2018-BarrioAndres-Robotica-inteligencia-artificialderecho.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=b7a72224-1d79-4649-8c51-bc0419e40cd4>, fecha de consulta: 30/5/2019.

⁸² Ver Ps. 4 y 5.



MARCO INFUSINO

Dottore in Giurisprudenza – Università degli Studi “Magna Graecia” di Catanzaro

LA PARTE “OSCURA” DELL’AVVOCATO: BREVI NOTE A MARGINE DI UN PROBLEMA ANCORA IRRISOLTO

SOMMARIO: 1. *Premessa.* – 2. *La figura dell’avvocato: cenni storici.* – 3. *Il problema della poca chiarezza degli atti defensionali.* – 4. *Osservazioni conclusive.*

1. – «Consapevole della dignità della professione forense e della sua funzione sociale, mi impegno ad osservare con lealtà, onore e diligenza i doveri della professione di avvocato per i fini della giustizia ed a tutela dell’assistito nelle forme e secondo i principi del nostro ordinamento». La celebre formula d’impegno, scolpita nell’art. 8 della l. n. 247 del 2012¹ (legge che, com’è noto, ha introdotto una nuova disciplina dell’ordinamento della professione forense mediante la riforma di plurimi aspetti che vanno dalla deontologia alle specializzazioni, dall’esercizio in forma associata e delle società tra avvocati al tema dei compensi) e pronunciata in modo solenne prima dell’inizio dell’attività lavorativa dinanzi ai colleghi che presiedono il Consiglio dell’Ordine professionale, rappresenta plasticamente il simbolo della ricerca di giustizia e di difesa della dignità della persona cui deve ispirarsi l’avvocato che si appresta a operare all’interno della compagine processuale.

Trattasi, a ben vedere, di un rituale di capitale importanza, assai sintomatico dell’alta funzione e del valore sociale che l’ordinamento riconosce e attribuisce alla classe forense, definita senza veli e reticenze da taluna dottrina come una vera e propria “casta”, ovvero sia come una peculiare categoria di persone particolarmente protette e tutelate. Ad dirittura tra gli stessi avvocati c’è chi come Raffaele Plenteda, giusto per fare un esem-

¹ La citata legge di modifica è stata pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n. 15 il 18 gennaio 2013 ed è entrata in vigore il 2 febbraio 2013.



pio, discorre di una tendenza tipicamente italiana a proteggere eccessivamente specifiche categorie di professioni, rilevando come una siffatta propensione «[...] rappresenta senza dubbio uno dei principali fattori che, storicamente, hanno ritardato l'affermazione di un'idea di responsabilizzazione degli avvocati»².

Ma chi è davvero l'avvocato? È un interrogativo cui, almeno a mio giudizio, è difficile trovare una risposta unitaria.

Tuttavia, a prescindere dalle varie definizioni che se ne possono dare, non mi sembra di peccare di esagerazione nel dire che, quantunque lo stesso Papa Paolo VI mettesse in luce che l'attività dell'avvocato, «[...] in quanto si esplica in un rapporto di diretta collaborazione con l'amministrazione della giustizia, ha un'importanza fondamentale nella vita della collettività, perché appunto coopera con il fine ultimo di salvaguardare i diritti dei cittadini, e di garantire l'ordinato sviluppo della società nella libertà e nella giustizia di tutti»³, è innegabile che, malgrado l'assiomatico prestigio che per decenni ha avvolto il settore dell'avvocatura, il professionista del foro, argutamente etichettato come «l'operatore del casello per il pedaggio dal quale chiunque in cerca di giustizia deve passare»⁴, abbia perduto molto del suo *appeal*⁵, complice l'inadeguata preparazione mostrata nel corso dell'esecuzione del mandato e la sempre più problematica gestione del rapporto con il cliente.

D'altronde, la riprova di questo calo di fascino per il mestiere del patrocinante è facilmente riscontrabile nel costante e progressivo aumento di domande risarcitorie nei confronti del proprio difensore, al quale molto spesso si contesta – all'esito di una controversia giudiziale tra le parti – un'insufficienza prestazionale che ha prodotto risultati al disotto delle attese⁶.

²R. PLENTEDA, *La responsabilità dell'avvocato*, Giuffrè, Milano, 2012, 5.

³Cfr. PAOLO IV, *Discorso del Santo Padre Paolo VI ai partecipanti all'VIII Congresso Internazionale dei giovani avvocati. Giovedì, 24 settembre 1970*, in www.vatican.va.

⁴L'espressione metaforica è stata utilizzata dalla giornalista americana Jane Bryant Quinn.

⁵R. DI GIROLAMO, *La professione dell'avvocato. Etica e giustizia, le sfide della professione forense e il suo contributo al bene comune*, in www.gliscritti.it, il quale sottolinea come «[...] oggi alla figura dell'avvocato è data quasi sempre una accezione sostanzialmente negativa. Sempre più di frequente ci troviamo di fronte ad episodi di cronaca giudiziaria che vedono coinvolti (quando non addirittura protagonisti) gli avvocati, le cui nomee e reputazione sono sempre più deteriorate ed involgarite dinanzi alla pubblica opinione, che [...] si sta (purtroppo) abituando a vedere nell'avvocato una figura apparentemente deleteria, come a dire: se c'è un avvocato, allora c'è qualcosa che non va, di losco, o quantomeno di indefinito...».

⁶Significativo, sul punto, è il pensiero di A. SANTAMARIA, *Un requiem per gli avvocati?*, in www.adapt.it, 2, il quale mette in evidenza che «le criticità della classe forense non devono essere ricercate esclusivamente in fattori esterni, ma le responsabilità intrinseche alla categoria stessa sono evidenti. È man-

JUS CIVILE



La comprensione delle ragioni che hanno fatto sprofondare il mondo della professione forense in un'inarrestabile spirale negativa richiederebbe un inquadramento del ruolo dell'avvocato in un'ottica sistematica, per poi stabilire in quale cornice debba iscriversi la sua attività difensiva affinché possa non essergli addebitata alcuna forma di responsabilità. È evidente che, alla luce di tali considerazioni, sarebbe opportuna una riflessione più ampia e approfondita che non è possibile sviluppare in questa sede. Mi limito, perciò, a stare in superficie, indagando, per quel che è possibile e senza alcuna pretesa di esaustività, uno dei motivi per cui l'avvocato rischi seriamente di rimanere imbrigliato nelle maglie del suo stesso operato.

2. – Comincio osservando che già da un punto di vista squisitamente semantico il termine avvocato⁷, che deriva dal latino *advocatus*, participio passato del verbo *advocare*, ovvero sia chiamare in soccorso, evoca l'immagine di un soggetto che presta il suo ausilio ad altro soggetto ed è proprio sulla base di tale rappresentazione che nella fase più antica della storia di Roma un siffatto incarico fu demandato unicamente a coloro i quali fossero considerati in grado di fornire adeguata assistenza ai privati cittadini: nobili e aristocratici provvisti di raffinata sapienza ed essenzialmente riconducibili al ceto sacerdotale⁸. In altre parole, si credeva che il diritto fosse prerogativa assoluta dei pontifi-

cata, infatti, la capacità di adattarsi ai nuovi stimoli forniti dal mercato e dalle richieste della clientela che, privilegiando adesso "figure più agili" per l'attività di consulenza e assistenza contrattuale, preferisce rivolgersi all'avvocato solo per il settore giurisdizionale in virtù "dell'aleatorietà e del carico di spese" connaturate alla professione forense». In tal senso si veda anche G. P. PRANDSTRALLER, *Avvocati: il canto funebre della professione*, in *Corriere della Sera. Nuvola.it*, il quale, parlando della professione dell'avvocato, constata «la profonda depressione e il preoccupante impoverimento».

⁷ A tale proposito si segnalano, tra gli altri, i contributi di M. LA TORRE, *Deontologia*, in M. LA TORRE E G. ZANETTI, *Altri seminari di filosofia del diritto*, Rubbettino, Soveria Mannelli (CZ), 2010, 85-109; ID., *Il giudice, l'avvocato e il concetto di diritto*, Rubbettino, Soveria Mannelli (CZ), 2002; A. ROMEO, *Legalità, giustizia e deontologia. La funzione degli avvocati tra giustizia sostanziale ed etica professionale*, in *Ordines. Per un sapere interdisciplinare nelle istituzioni europee*, 2, 2015, 234-297; ID., *Deontologia e teoria del diritto. L'avvocato nel dibattito giusfilosofico contemporaneo*, Edas, 2015; R. DANOVÌ, *L'immagine dell'avvocato e il suo riflesso*, Giuffrè, Milano, 1995, 5, il quale, facendo ricorso alla nota citazione del Desmarest secondo cui «il primo uomo il quale difese il suo simile contro l'ingiustizia, la violenza o la frode, con l'influenza della ragione e della parola, quegli fu il primo avvocato», reputa che l'origine dell'avvocatura risalga alla notte dei tempi, poiché «ovunque vi sono stati uomini vi sono stati per necessità avvocati». Così G.M. REGIS, *Dizionario legale teorico-pratico*, I, Favale, Torino, 1816, 153.

⁸ Per una ricostruzione storica della figura dell'avvocato si vedano, tra gli altri, i contributi di: A. PIETRANTONI, *Gli avvocati di Roma antica*, Bologna, 1990; A. SCHIAVONE, *Storia giuridica di Roma*, Giappichelli, Torino, 2016, 24 ss.; C. CORBO, *La figura dell'advocatus nella cultura giuridica romana*, in *www.rivista.ssef.it*, 1-10; P. FIORELLI, *Avvocati (storia)*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, 646; M. BRETONNE,

JUS CIVILE



ces, i quali «non intervenivano solo là dove, in qualche modo, l'agire degli uomini toccava la sfera del sacro», ma, «intervenivano, come interpreti e consiglieri, in ogni zona o angolo della vita giuridica»⁹. I membri del collegio pontificale, stante il rapporto di reciproca dipendenza tra il mondo dello *ius* e quello religioso, erano, quindi, considerati, come rammentava il grammatico Festo, «*iudex atque arbiter rerum divinarum humanarumque*», cioè giudice e arbitro di ogni questione sia religiosa che profana¹⁰.

La produzione storiografica di età augustea¹¹ consente, poi, di evidenziare come il loro ufficio si svolgesse in forma rigorosamente segreta tramite la dazione dei cosiddetti *responsa*, ovvero risposte orali alle *consultationes* private per mezzo delle quali si indicava quale fosse il comportamento più opportuno da tenere nel caso proposto.

Efficace, in tal senso, mi pare la ricostruzione di Aldo Schiavone quando dà conto di come si trattasse di «Una cultura orale tanto impregnata di ritualità magico-religiosa, che [...], tendeva inevitabilmente a un accentuato concentrarsi sul suono di parole la cui corretta pronuncia dava potenza, come vere e proprie formule magiche: gli studiosi scrivono a questo proposito del carattere “formulaico” di simili saperi – di conoscenze cioè che si esaurivano nella ripetizione di formule stereotipe – e di valore “performativo” del linguaggio adoperato (un linguaggio cioè che si sostituiva alla realtà, piuttosto che descriverla soltanto)»¹².

Tuttavia, l'affermazione di una crescente laicizzazione del diritto portò, ben presto, all'idea che la *scientia iuris* non potesse costituire appannaggio esclusivo degli strati più alti della società, ma dovesse, viceversa, sedimentarsi anche nelle fasce meno elevate della popolazione. Nacquero, in questo modo, le diverse figure del giureconsulto¹³ – il quale corrisponde approssimativamente all'odierno giurista – e dell'avvocato.

Il primo, a differenza del secondo, altro non era – come, del resto, si evince dal senso etimologico della parola – che un esperto conoscitore delle discipline giuridiche, il quale, oltre alla succeduta funzione respondente, impartiva lezioni di diritto¹⁴ e prestava attività

Storia del diritto romano, IX ed., Roma-Bari, 2003; F. ARCARIA e O. LICANDRO, *Diritto Romano: I – Storia costituzionale di Roma*, Giappichelli, Torino, 2014.

⁹ Cfr. M. BRETONE, *Storia*, cit., 110-111.

¹⁰ In tal senso si veda F. ARCARIA e O. LICANDRO, *Diritto*, cit., 102.

¹¹ Cfr. LIVIO, 9. 46. 5., il quale scriveva «*ius civile repositum in penetralibus pontificum*».

¹² A. SCHIAVONE, *Storia*, cit., 28.

¹³ Interessante notare come in età classica e repubblicana i termini “*iureconsulti*”, “*iurisperiti*” e “*iurisprudentes*” erano utilizzati in maniera indistinta.

¹⁴ In tal senso si veda C. CORBO, *La figura*, cit., 3, la quale spiega che «In origine, i professori di diritto s'identificavano con i giureconsulti che nelle proprie case, frequentate spesso da numerosi ascoltatori, elar-

JUS CIVILE



di consulenza per la somministrazione di pareri aventi a oggetto questioni tanto di carattere sostanziale quanto di matrice processuale. Più nel dettaglio, i giureconsulti, al di fuori del primario compito di *respondere*, esercitavano anche altre due attività, vale a dire il *cavere* e l'*agere*: la prima consisteva nel fornire collaborazione giuridica ai privati cittadini al fine di evitare che la conclusione di negozi contrassegnati da un rigido formalismo sfociasse nella nullità dell'atto medesimo per mancanza di un requisito essenziale richiesto; la seconda, invece, comprendeva l'attività di assistenza processuale che avveniva tramite il suggerimento di consigli su come formulare correttamente la domanda in giudizio e, più in generale, su come imbastire e condurre la strategia difensiva¹⁵.

Il tutto avveniva tramite un peculiare procedimento inferenziale di natura induttiva, ovvero attraverso un ragionamento di tipo logico procedente dal particolare (studio del singolo caso) al generale (individuazione della regola universale).

Avvocato, invece, inizialmente identificato nell'antico *patronus*, era chi, come il timoniere di una nave in mezzo alle onde, guidava attore e convenuto nei meandri del giudizio avvalendosi dell'influente *ars rhetorica* – cioè quella pratica discorsiva tendente alla persuasione – al fine di ottenere il consenso dei giudici e assicurare la migliore tutela alla posizione dell'assistito¹⁶.

Importa, inoltre, evidenziare che la difesa si caratterizzava agli esordi per il carattere gratuito della prestazione, stante il suo inquadramento quale attività posta al servizio della generalità dei consociati, che, per contraccambiare l'accondiscesa protezione, offrivano spontaneamente omaggi e regalie a titolo di gratitudine e riconoscenza.

givano consigli giuridici dettati dalla conoscenza derivante dalla loro profonda esperienza di cultori di diritto».

¹⁵ *Ibidem*. L'A. osserva come «[...] i giureconsulti non si limitavano, tuttavia, a pronunciare *responsa*, essi si dedicavano anche ad altre due attività, il *cavere* e l'*agere*. Con il verbo *cavere* (consigliare) si indicava la collaborazione [...] ai cittadini per il compimento di atti negoziali particolarmente complessi che richiedevano una specifica conoscenza giuridica. L'attività dell'*agere* (apprestare l'*actio*) consisteva, invece, nel dare risposte in tema di azioni processuali, nell'elargire consigli riguardo al miglior modo di proporre la domanda giudiziale e, dunque, di impostare la linea difensiva del processo».

¹⁶ Sul punto, tuttavia, non può farsi a meno di notare come cospicua letteratura abbia gettato un'aura parecchio negativa attorno alla figura dell'avvocato. A tal riguardo si veda per tutti lo scritto di M. LA TORRE, *Deontologia*, cit., 102, in cui l'A., dopo aver riportato il pensiero di celebri scrittori latini, fa notare come «L'artificio, la seduzione, la manipolazione, soprattutto la sensazione di poter disporre a proprio piacimento dell'opinione e della volontà del pubblico, sono la vera gioia dell'oratore e dell'avvocato. La "causa giusta", la morale, [...], non giocano ruolo alcuno». In tal senso P. CALAMANDREI, *Elogio dei giudici scritto da un avvocato*, Ponte alle Grazie, Milano, 1999, 84, sosteneva che «Terribile per l'avvocato, che cento volte nelle perorazioni delle sue arringhe ha finto la commozione con quegli accenti tremuli nei quali l'esperto orecchio del giudice scopre subito l'artificio, accorgersi, quel giorno in cui nel difendere un innocente si commuove sul serio fino alle lacrime, che i giudici diffidenti non gli credono più».

JUS CIVILE



Senza avventurarsi oltre nell'intricato campo della storia, ai nostri fini è sufficiente ricordare che con lo scorrere dei secoli quella dell'avvocato divenne gradualmente una vera e propria professione con conseguente radicamento nella prassi della pretesa, a prescindere dall'esito della causa, della corresponsione di un onorario per il lavoro svolto¹⁷ e ciò in ragione del fatto che si è inteso qualificare l'obbligazione assunta dall'avvocato come un'obbligazione di mezzi e non di risultato, nel senso che il legale s'impegna non già a conseguire il fine richiesto dal proprio assistito, ma, al contrario, a compiere tutta una serie di operazioni tecniche volte al raggiungimento del fine medesimo.

3. – Prima ancora di penetrare nel cuore dell'argomentazione, ritengo giusto precisare che la sopracitata distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato¹⁸, a differenza di qualche altro codice (come il B.G.B. germanico), non è espressamente prevista nell'ordinamento italiano: tale *summa divisio*¹⁹ proviene, infatti, dall'esperienza giuridica d'oltralpe e la sua importazione nel nostro Paese si deve a un noto giurista trentino²⁰, che, nel corso dei suoi studi, è giunto a criticare siffatta ripartizione affermando che «in qualunque obbligazione il bene dovuto è qualche cosa oltre l'atto del debitore. Sennonché, nelle obbligazioni c.d. di “mezzi” (o di diligenza) l'oggetto del diritto di credito non è senz'altro una certa modificazione o la conservazione della situazione-presupposto del rapporto, e quindi l'effettivo soddisfacimento dell'interesse primario del creditore, ma soltanto la produzione di una serie più o meno ampia di mutamenti intermedi ai quali è condizionata la possibilità di tale soddisfacimento. Ciò che si attende dal debitore, affinché l'obbligazione possa dirsi adempiuta, è un comportamento idoneo a dare principio ad un processo di mu-

¹⁷Secondo recente giurisprudenza di legittimità l'avvocato ha diritto al riconoscimento del proprio compenso professionale anche quando, pur in assenza di un formale incarico di assistenza in giudizio, abbia «impegnato il proprio tempo e le proprie competenze professionali» nell'interesse del cliente. In tal senso si veda Cass., Sez. IV-2, ordinanza, 27 ottobre 2014, n. 22737, in www.altalex.com.

¹⁸Per un'approfondita disamina sul punto si veda U. BRECCIA, *Le obbligazioni*, in *Tratt. dir. priv.*, Milano, 1991, 137; S. TRIVELLONI, *Obbligazioni di mezzi e di risultato*, in *Enc. giur. agg.*, XV, 2007; M. FRANZONI, *Obbligazioni di mezzi e di risultato*, in *Le obbligazioni*, I, *L'obbligazione in generale (1173-1320 c.c.)*, Torino, 2004, 1339 ss.; M. C. BIANCA, *Diritto civile*, IV, *L'obbligazione*, Milano, 1991, 71 ss.; E. CARBONE, *Diligenza e risultato nella teoria dell'obbligazione*, Torino, 2007, 82; P. RESCIGNO, voce “*Obbligazioni (diritto privato), a) Nozioni generali*”, in *Enc. dir.*, XXIX, Milano, 1979, 190 ss.

¹⁹R. DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, I, *Sources des obligations*, V, Paris, 1925, n. 1237, 538 ss.

²⁰Il riferimento è a L. MENGONI, *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi»*, in *Riv. dir. comm.*, 1954, I, 189.



tamento (o di conservazione), l'esito del quale dipende peraltro da condizioni ulteriori, estranee alla sfera del vincolo».

Di questo avviso è anche la giurisprudenza che, sin dagli inizi del ventunesimo secolo, si è ormai assestata nel ritenere superata la teorica della ripartizione tra obbligazioni di mezzi e di risultato, reputando trattarsi «[...] di una risalente elaborazione dogmatica accolta dalla tradizionale interpretazione e tralatiziamente tramandata, priva invero di riscontro normativo e di dubbio fondamento»²¹. Tale convincimento, seppur sul versante medico, ha, poi, trovato puntuale conferma nella nota pronuncia n. 577 dell'11 gennaio 2008, in occasione della quale la Cassazione, nella sua più autorevole composizione, ha ribadito che «la distinzione tra obbligazioni di mezzi ed obbligazioni di risultato, se può avere una funzione descrittiva, è dogmaticamente superata»²². Sulla scorta di quanto illustrato, si può, quindi, ricavare che l'avvocato, per andare esente da responsabilità e obbligo di risarcimento dei danni che siano diretta e immediata conseguenza del suo inadempimento, deve – attraverso il diligente²³ svolgimento dell'incarico affidatogli – fornire al cliente solamente quei cosiddetti risultati “intermedi” che rientrino nella propria sfera di controllo o di competenza, al sorgere dei quali l'obbligazione professionale si configura senz'altro come adempiuta²⁴.

Ora, arrivando al nocciolo della questione, quello che qui m'interessa rilevare è che il

²¹ Cfr. Cass., 13 aprile 2007, n. 8826, in *Resp. civ. prev.*, 2007, 1824 ss., con nota di M. GORGONI, *Le conseguenze di un intervento chirurgico rivelatosi inutile*. Sul superamento della summenzionata dicotomia si veda, ancora prima, Cass., Sez. Un., 2005, n. 15781, in *Europa dir. priv.*, 761 ss., con nota di A. NICOLUSSI, *Il commiato della giurisprudenza dalla distinzione tra obbligazione di risultato e obbligazione di mezzi*, la quale annunciava che la bipartizione tra obbligazione di mezzi e di risultato «non è immune da profili problematici», in quanto «in ogni obbligazione si richiede la compresenza sia del comportamento del debitore che del risultato, anche se in proporzione variabile».

²² Cfr. Cass., Sez. Un., 11 gennaio 2008, n. 577, in *Resp. civ. prev.*, 2008, con nota di M. GORGONI, *Dalla matrice contrattuale della responsabilità nosocomiale e professionale al superamento della distinzione tra obbligazioni di mezzi/di risultato*.

²³ Cfr. Cass. civ., Sez. II, 8 agosto 2000, n. 10431, in *Rep. Foro it.*, 2000, voce *Professioni intellettuali*, n. 185, secondo la quale «[...] la diligenza esigibile dall'avvocato non è quella ordinaria del buon padre di famiglia, ma la diligenza professionale di cui all'art. 1176, comma 2, c.c., che deve essere commisurata alla natura dell'attività esercitata, sicché la diligenza che il professionista deve impiegare nello svolgimento della sua attività è quella media, cioè la diligenza posta nell'esercizio della propria attività dal professionista di preparazione professionale e di attenzione medie».

²⁴ Cfr. R. PLENTEDA, *La responsabilità*, cit., 5, il quale, citando il noto brocardo latino «*habeant sua sidera lites*», rileva come «l'esito di una lite giudiziaria è imprevedibile, è scritto soltanto nelle stelle. Questo perché il risultato di un processo, anche quello apparentemente più scontato, dipende da una serie variabile e mai predefinita di fattori, molti dei quali irripetibili e imponderabili ed estranei alla sfera di controllo dell'avvocato, assolutamente indipendenti dalla sua volontà».



perseguimento di tali risultati prodromici all'eventuale soddisfacimento dell'interesse creditorio potrebbe essere potenzialmente compromesso dalla poca chiarezza e sinteticità degli atti difensivi, oramai sempre più spesso contraddistinti da un tasso di ampollosità talmente pregnante da rappresentare una specie di spada di Damocle che pende sul capo degli odierni difensori. Oggigiorno, infatti, non è infrequente che il giudice s'imbatta in scritti poco comprensibili, oltremodo prolissi e che non colgono sufficientemente nel segno a causa di inutili e sovrabbondanti ornamenti linguistici che finiscono per non assolvere la primaria funzione cui tali scritti sono destinati, ovverosia convincere l'organo decidente delle ragioni del proprio assistito²⁵.

A questo punto, mi permetto di scomodare Piero Fiorelli, il quale fa notare come l'eccessivo utilizzo di tecnicismi mostra «il desiderio inespresso di farsi passare per frequentatori d'un circolo riservato ed esclusivo, di darsi così agli occhi dei profani l'aria di iniziati a riti misteriosi [...], il desiderio sottointeso d'osservare nel linguaggio lo stile della casta in cui sono felicemente introdotti»²⁶.

E così accade sovente che il giudice, anziché essere facilitato nella comprensione del materiale conoscitivo posto alla sua attenzione, si trovi costretto a filtrare e decifrare, mediante un procedimento di tipo ermeneutico, una spropositata mole di argomentazioni difensive che, oltre a violare palesemente i principi costituzionali di economia processuale e di ragionevole durata del processo, pregiudicano inevitabilmente gli interessi del patrocinato. Bisognerebbe, allora, tenere a mente l'insegnamento di Federigo Bambi, secondo cui chiunque si appresti a scrivere del diritto «[...] dovrebbe essere sintetico e conciso, duttile e flessibile, e dunque deontologicamente leale: impegnato cioè nello sforzo di rendere il suo scrivere efficace e comprensibile a tutti i destinatari, diretti e indiretti»²⁷. A tal fine, egli reputa che, «sulla falsariga di quanto avviene di fronte a certe

²⁵ A questo proposito si veda A. MERKL, *Il duplice volto del diritto*, Giuffrè, 1987, 125, secondo cui la lingua «non è affatto una vietata porticina di servizio attraverso la quale il diritto s'introduce di soppiatto. Essa è piuttosto il grande portale attraverso il quale tutto il diritto entra nella coscienza degli uomini».

²⁶ P. FIORELLI, *Paradossi d'un linguaggio legale in crisi*, in *L'italiano giuridico che cambia: Atti del convegno: Firenze, Villa Medicea di Castello, 1° ottobre 2010*, a cura di B. POZZO e F. BAMBI, Accademia della Crusca, 2012, 231. In tal senso si veda anche B. SAZZINI, *La giurisdizione e l'avvocato. Lo specchio e il suo riflesso: da Biancaneve a Dorian Gray*, in www.associazionenazionaleforense.it, 7, secondo cui «L'avvocatura si riflette nello specchio e si attende di essere definita "la più bella del reame", mentre, nella realtà, come nel ritratto di Dorian Gray la vera immagine rimanda a una faccia vecchia, ferita e in lenta decomposizione».

²⁷ F. BAMBI, *Per un breviario di buona scrittura giuridica*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, Giuffrè, XLVII, 2018, 51. In questa direzione si veda anche V. SCIALOJA, *Diritto*

JUS CIVILE



corti anglosassoni ed europee, l'ideale sembra proprio quello di mettere lo scrittore di cose giuridiche in una gabbia fatta di un numero predeterminato di battute e di righe, tassativamente da non superare a pena delle più severe sanzioni (che tanto...perlopiù colpiscono il cliente)»²⁸.

Ciò detto, se problemi di asciuttezza e sobrietà degli atti difensivi emergono già durante le prime fasi del giudizio, gli stessi si mostrano in termini ancor più evidenti in grado d'impugnazione, sede in cui l'avvocato pare ossessionato dalla ricerca di un'estenuante verbosità che rischia – e di solito accade – di incappare nella sanzione dell'inammissibilità.

In tal senso merita menzione la nota pronuncia n. 21297 del 20 ottobre 2016 della Suprema Corte, che ha dichiarato inammissibile il ricorso proposto dalla difesa della ricorrente siccome redatto «con una alluvionale riproposizione di stralci di atti processuali e documenti», evidenziando che «la smodata sovrabbondanza espositiva degli atti di parte, [...], non soltanto grava l'amministrazione della giustizia e le controparti processuali di oneri superflui, ma, lungi dall'illuminare i temi del decidere, avvolge gli stessi in una cortina che ne confonde i contorni e ne impedisce la chiara intelligenza, risolvendosi, in definitiva, in un impedimento al pieno e proficuo svolgimento del contraddittorio processuale»²⁹.

Si riscontrano, peraltro, diversi precedenti in tal senso: si pensi ad esempio alla sentenza della Cassazione n. 17447 del 12 ottobre 2012, la quale ha statuito che «Il ricorso per cassazione, confezionato mediante la riproduzione degli atti dei pregressi gradi di giudizio e dei documenti ivi prodotti con procedimento fotografico o similare e la giustapposizione degli stessi con mere proposizioni di collegamento, è inammissibile per violazione del criterio di autosufficienza, in quanto detta modalità grafica viola il precepto dell'art. 366, primo comma, n. 3, cod. proc. civ., che impone l'esposizione som-

pratico e diritto teorico, in *Riv. dir. comm.*, 1911, I, 942, secondo cui «il diritto è arte di tracciare limiti, e un limite non esiste se non in quanto sia chiaro», mentre «tutto ciò che è oscuro può appartenere forse ad altre scienze, ma non al diritto».

²⁸ F. BAMBI, *Per un breviario*, cit., 48.

²⁹ Cfr. Cass., Sez. II, 20 ottobre 2016, n. 21297, in www.ilmaglodelconsiglio.it, la quale afferma testualmente che «Il principio di sinteticità degli atti processuali [...] è stato tuttavia introdotto nell'ordinamento processuale con l'art. 3, comma 2, del codice del processo amministrativo, approvato con il decreto legislativo n. 104/110, alla cui stregua, "il giudice e le parti redigono gli atti in maniera chiara e sintetica". Tale disposizione esprime un principio generale del diritto processuale, destinato ad operare anche nel processo civile, in quanto funzionale a garantire, per un verso, il principio di ragionevole durata del processo, costituzionalizzato con la modifica dell'art. 111 Cost. e, per altro verso, il principio di leale collaborazione tra le parti processuali e tra queste ed il giudice».



maria dei fatti di causa, e grava la Corte di un compito che le è istituzionalmente estraneo, impedendo l'agevole comprensione della questione controversa, nonché rimettendo alla discrezionale valutazione della stessa la verifica del contenuto degli atti del processo»³⁰, così come alla sentenza n. 11199 del 4 luglio 2012, in occasione della quale i giudici di legittimità hanno precisato che «particolare ampiezza degli atti di parte [...] non giova alla chiarezza di tali atti e concorre ad allontanare l'obiettivo di un processo celere, che esige da parte di tutti atti sintetici, redatti con stile asciutto e sobrio, [...] e si risolve in una inutile e disfunzionale sovrabbondanza, infarcita di continui e ripetuti assemblaggi e trascrizioni degli atti defensionali, delle sentenze dei gradi di merito, delle prove testimoniali, della consulenza tecnica e dei suoi allegati planimetrici»³¹.

Come se non bastasse, mi viene da aggiungere che la stesura di un atto oscuro e ridondante potrebbe persino integrare gli estremi di un abuso del processo, da intendersi – si badi – non nel senso privatistico di un utilizzo distorto e patologico dello strumento processuale, quanto piuttosto nel significato pubblicistico di una condotta destinata, in spregio alle regole di collaborazione e cooperazione poste a presidio di una celere definizione della controversia, a ingolfare inopportuna la macchina giudiziaria. Quanto detto, senza fare voli pindarici, potrebbe trovare positivo ancoraggio nell'analoga impostazione seguita nel contenzioso amministrativo, nell'ambito del quale, ai sensi del combinato disposto degli artt. 26, primo comma, cod. proc. amm. e 96, terzo comma, cod. proc. civ., la violazione dei canoni comportamentali di sinteticità e chiarezza degli atti processuali è sanzionabile con la condanna al pagamento di un indennizzo.

4. – Tirando le somme del discorso, credo personalmente che l'avvocato, al fine di arginare il pericolo dell'incontinenza espositiva, dovrebbe sottoporre i propri scritti – una volta ultimati – al vaglio del cosiddetto rasoio di Ockham³², vale a dire quel principio metodologico di stampo scientifico che, prendendo le mosse dal noto brocardo latino

³⁰ Cfr. Cass., Sez. VI, 12 ottobre 2012, n. 17447, in *www.personaedanno.it*, *Il principio di autosufficienza del ricorso in cassazione*, 2013.

³¹ Cfr. Cass., Sez. II, 4 luglio 2012, n. 11199, in *ilcaso.it*, Sez. *Giurisprudenza*, 9686, 2013.

³² Ci si riferisce al principio elaborato nel XIV secolo dal filosofo e teologo inglese Guglielmo d'Ockham, secondo cui è necessario eliminare i passaggi che sono considerati in più – poiché non strettamente necessari – all'interno di una fase di studio, di ricerca o d'indagine, nel senso che bisogna ridurre gli elementi che completano un qualsiasi itinerario logico-argomentativo al minor numero possibile.

JUS CIVILE



«*entia multiplicanda non sunt praeter necessitatem*» (ovverosia è inutile moltiplicare gli enti oltre il necessario), postula che a parità di fattori la spiegazione più semplice è quella da preferire. Detto in altri termini, l'avvocato dovrebbe metaforicamente eliminare con tagli di lama i pezzi dell'atto che altro non fanno se non pleonasticamente ostacolare – a scapito del cliente – la complessiva cognizione dello scritto e delle relative domande ed eccezioni ivi contenute, posto che meno estesa e nebulosa è la strategia discorsiva del difensore, maggiori saranno le probabilità di persuadere il giudice in merito alla fondatezza della tesi propugnata.

Ragionando in questa prospettiva, il cliente, pur non essendo un esperto munito di particolari cognizioni tecniche, sarebbe senz'altro in grado di rendersi conto se i suoi interessi appaiano concretamente salvaguardati e il legale abbia fatto buon governo del suo incarico, smettendo così di esercitare un ruolo meramente passivo e secondario ed essere attivamente coinvolto fin da subito nella costruzione dell'impianto difensivo, non potendo, di conseguenza, dolersi con l'avvocato dell'esito infausto del giudizio.

Un simile approccio trova, peraltro, sostegno nella teoria dei giochi cooperativi³³, ovverosia quello studio di tipo matematico che analizza le situazioni in cui vi sono interazioni tra due o più soggetti (detti giocatori), i quali, al fine di ottenere il massimo guadagno individuale calcolato in termini di utilità, si associano preventivamente accordandosi circa la strategia da adottare secondo regole prestabilite e vincolanti. Quello di “alleanza” dovrebbe, quindi, essere considerato il concetto chiave che consentirebbe di mettere in luce il valore fondamentale della mutua cooperazione che deve sussistere all'interno del rapporto intercorrente tra il cliente e l'avvocato, giacché il formarsi di coalizioni permetterebbe a ciascuno dei predetti giocatori di organizzare e coordinare le proprie energie in vista di un obiettivo comune rappresentato dal vincere la causa.

Possiamo dunque concludere, rispondendo alla domanda iniziale dalla quale eravamo partiti, che l'avvocato, come rilevava già nel 1935 Piero Calamandrei nel suo felicissimo *Elogio dei giudici scritto da un avvocato* (libro che chiunque si appresti a esercitare la professione dovrebbe prima aver letto almeno una volta), altro non dovrebbe essere se non quello «utile ai giudici per aiutarli a decidere secondo giustizia, utile al cliente per aiutarlo a far valere le proprie ragioni. Utile è quell'avvocato che parla lo stretto necessario, che scrive chiaro e conciso, che non ingombra l'udienza colla sua invadente persona-

³³ Il riferimento è alla nota teoria elaborata nel 1944 dal matematico John von Neumann e dall'economista Oskar Morgenstern e in seguito approfondita dallo statunitense John Forbes Nash Jr., premio Nobel per l'economia nel 1994.

JUS CIVILE



lità, che non annoia i giudici colla sua prolissità e non li mette in sospetto colla sua sottigliezza».

ABSTRACT – The paper focuses on one of the causes of the decline of the lawyer's activity: the lack of clarity and brevity of the defensive acts. Starting from the development of the profession, from the ancient Roman law, the essay analyzes one of the aspects that adversely affect the interests of the client and the overall efficiency of the justice system. In the conclusions, we will try to provide a solution that can guide the professional to a clearer and concise drafting of his writings.



MARIO TRIMARCHI

Professore ordinario – Università di Messina

AFFECTIO E UNITARIETÀ DEI DOVERI DI COPPIA

SOMMARIO: 1. I doveri/obblighi comuni a più o a tutti i componenti il nucleo familiare. – 2. I doveri della coppia costituita da coniugi, uniti civilmente o conviventi. – 3. Il problema dell'inderogabilità delle disposizioni sui doveri familiari di coppia. – 4. Segue. Contribuzione e convivenza. – 5. Segue. Il nucleo unitario e qualificante di valori che fonda un aggregato familiare. – 6. Il canone di unitarietà dei doveri familiari e di coppia.

1. – I doveri di coppia rientrano tra i doveri familiari, cioè tra gli obblighi spettanti ad uno o più componenti un nucleo familiare.

La materia dei doveri familiari è disciplinata, specie dopo l'emanazione della l. 76/2016, da numerose disposizioni. E così possono distintamente essere considerate per quanto riguarda i soggetti sui quali gravano: A) le previsioni che riguardano i doveri della coppia o spettanti alla coppia, B) le previsioni che attengono ai doveri dei figli o spettanti ai figli e C) le previsioni che disciplinano i doveri degli ascendenti o spettanti agli ascendenti. Su ciascuna categoria gravano numerosi e diversi doveri, dal vario contenuto. In linea di principio questi doveri possono presentare natura prevalentemente personale, natura prevalentemente patrimoniale o natura insieme personale e patrimoniale. Di regola non si atteggiano con contenuti esclusivamente personali o patrimoniali. Ed anzi va evidenziato che ciascun dovere presenta sempre una forte ed inevitabile connessione con gli altri, nel senso che quelli di tipo essenzialmente personale (ad esempio quello di assistenza morale o quello di collaborazione) non possono non completarsi o estrinsecarsi se non con doveri (e correlate attività) di tipo patrimoniale che li concretizzino e, d'altra parte, che quelli di tipo essenzialmente patrimoniale (ad esempio quello di contribuzione) non possono non presupporre e fondarsi su doveri e connessi valori a matrice personalistica.

Ciascuno di questi doveri (ad esempio il dovere di coabitazione o quello di fedeltà)



potrebbe essere autonomamente analizzato. Ma in linea di principio sembra poco conducente, se non in una prospettiva speculativa essenzialmente astratta, trattare di un dato dovere familiare, ch  invero sul piano sostanziale-contenutistico ricorrono tra i vari doveri forti interazioni, nel senso che ciascuno si d  e ha ragion d'essere in connessione con gli altri. E d'altra parte va ricordato come nella materia familiare il giurista non pu  certo limitarsi ad analisi di mera logica deontica sul piano del dover essere, dovendo piuttosto essere attento alle esigenze reali che emergono sul piano fattuale, come risultano dai comportamenti praticati effettivamente dai componenti l'aggregato familiare.

Occorre, quindi, sin d'ora, affermare la vigenza di un canone di unitariet  dei doveri familiari ed in particolare di quelli di coppia. Le modalit  attuative possono anche essere parzialmente diverse da un nucleo familiare ad un altro, ma va sottolineato come solo la piena e complessiva vigenza dei doveri in parola comporta l'effettivo insorgere di quella comunione materiale e spirituale di vita che caratterizza l'istituto familiare.

L'indagine, anche al fine di comprovare tale assunto, si concentrer  ora sui doveri reciproci di coppia, materia questa fortemente arricchita in seguito alla l. n. 76/2016 e sicuramente sintomatica dell'evoluzione del diritto di famiglia nell'ordinamento italiano.

2. – Con riferimento ai doveri di coppia il legislatore sembra volere tenere distinte almeno tre diverse situazioni, a seconda che la coppia sia costituita da coniugi, da uniti civilmente o da conviventi.

I. Per quanto riguarda i coniugi si d  una previsione alquanto dettagliata e sufficientemente completa dei doveri loro spettanti. Il riferimento   all'art. 143 c.c. che indica gli obblighi di fedelt , assistenza morale e materiale, collaborazione nell'interesse della famiglia, coabitazione e contribuzione ai bisogni della famiglia. Tale elencazione non deve, peraltro, considerarsi esaustiva o tassativa, ricorrendo vari altri doveri coniugali c.d. impliciti¹, quali, ad esempio, quello di rispetto della riservatezza o dell'identit  dell'altro ed in genere quello di non pregiudicare all'interno della coppia i diritti fondamentali della persona-coniuge.

II. Per quanto riguarda gli uniti civilmente la legge n.76, in particolare l'art. 1 comma 11, contiene un elenco di doveri sicuramente pi  limitato o ristretto rispetto a quello previsto per i coniugi. Vengono indicati gli obblighi di assistenza morale e materiale, di

¹ Cfr. M. SESTA, *Diritto di famiglia*, Padova, 2005, 117; G. FERRANDO, *Il matrimonio*, in *Tratt. dir. civ. comm.*, gi  diretto da A. Cicu-F. Messineo-L. Mengoni continuato da P. Schlesinger, Milano, 2015, 87 s.



coabitazione e di contribuzione ai bisogni comuni, mentre non si fa cenno all'obbligo di fedeltà e a quello di collaborazione². Sicuramente vigono anche per gli uniti i doveri c.d. impliciti³, discendendo da primarie disposizioni costituzionali nazionali ed europee l'obbligo per ciascuno di rispettare all'interno di qualsiasi coppia i diritti fondamentali della persona quali momenti imprescindibili della sua realizzazione e valorizzazione.

In effetti non risulta agevole cogliere la *ratio* della mancata previsione testuale per gli uniti civilmente di alcuni doveri. Probabilmente ha inciso l'intenzione del legislatore di volere a tutti i costi differenziare, almeno nominalmente, matrimonio e unione civile, il primo riservato alle coppie eterosessuali, la seconda a quelle omosessuali, senza però tener conto che queste indicazioni o contrapposizioni sono destinate a rimanere prevalentemente su un piano formale essendo l'unico dato sostanziale decisivo quello della reale costituzione di una comunione materiale e spirituale di vita da parte delle coppie.

III. Per quanto, infine, riguarda le coppie conviventi, eterosessuali o omosessuali – acquisito che i doveri c.d. impliciti, ricorrendo per qualsiasi coppia, rilevano senz'altro anche per queste⁴ –, nell'assenza di una previsione a carattere generale formalmente rapportabile o confrontabile a quelle ricordate presenti per i coniugi e gli uniti civilmente, va evidenziato che i commi 50 e seguenti dell'art. 1 della l. n.76 prevedono la possibilità che i conviventi con la stipula di un contratto di convivenza⁵ convengano la loro residenza (e quindi il luogo della coabitazione) e le modalità di contribuzione alle necessità della vita in comune, oltre la vigenza del regime patrimoniale della comunione dei beni. Il comma 36, poi, nel definire quando ricorre una convivenza di fatto precisa che deve trattarsi di persone unite stabilmente da legami affettivi di coppia e di reciproca assistenza morale e materiale⁶. Come si è già rilevato per gli uniti civilmente, anche per i convi-

² Per tutti v. G. DE CRISTOFARO, *Le "unioni civili" fra coppie del medesimo sesso. Note critiche sulla disciplina contenuta nei commi 1°– 34° dell'art. 1 della l. 20 maggio 2016 n. 76, integrata dal d.lgs. 19 gennaio 2017 n. 5*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2017, 101 ss. specie 124 ss.

³ A. ARCERI, *Art. 1 c. 11 l. 76/2016*, in *Codice dell'unione civile e delle convivenze*, a cura di M. Sesta, con il coordinamento di M. N. Bugetti, Milano, 2017, 303.

⁴ G. FERRANDO, *Contratto di convivenza, contribuzione e mantenimento*, in *I contratti*, 2015, 727, rileva come la convivenza non integra un semplice fatto, ma una famiglia fondata sul consenso "una realtà ormai giuridicizzata, in cui si esplicano diritti fondamentali e correlati doveri di solidarietà (secondo la cifra dell'art. 2 Cost.)".

⁵ Prima dell'introduzione della vigente disciplina si è ampiamente discusso sulla operatività dell'autonomia privata in ambito familiare. V., per tutti, AA. VV., *I contratti di convivenza*, a cura di E. Moscati e A. Zoppini, Torino, 2002; A. SPADAFORA, *Rapporto di convivenza more uxorio e autonomia privata*, Milano, 2001.

⁶ L'istituto del contratto di convivenza non riguarda, peraltro, solo i conviventi che presentino tutti i re-



venti la legge non contiene alcun riferimento alla fedeltà e alla collaborazione; ma soprattutto non prevede testualmente alcun dovere per tale coppia, essendo le previsioni appena ricordate concernenti il contenuto dell'eventuale stipula del contratto di convivenza da un lato e l'individuazione degli elementi della fattispecie convivenza dall'altro.

3. – Ad una prima analisi dei doveri di coppia nelle tre diverse situazioni sinora delineate sembra che mentre nelle ipotesi *sub* I e II (coniugi e uniti civilmente) ricorrano disposizioni inderogabili⁷ che, seppur in termini parzialmente diversi tra loro, comunque prevedono doveri indisponibili per le persone che formano la coppia, nella ipotesi *sub* III (conviventi) si sia in presenza di previsioni non vincolanti per la coppia⁸. Una volta prestato con atto formale il consenso, pieno, libero e responsabile, sia nel caso del matrimonio sia nel caso dell'unione civile sorgono infatti inderogabilmente quale effetto di legge determinati doveri (peraltro voluti dalle parti al momento della celebrazione), mentre nel caso della convivenza, mancando intanto un originario atto formale costitutivo del vincolo ed essendo lo stesso contratto di convivenza un fatto meramente eventuale, espressione di una libera scelta delle parti che possono anche non concluderlo, ne deriverebbe che i doveri di coppia ed anche, quindi, quello di contribuzione, possibile ma non necessario contenuto del contratto di convivenza, potrebbero anche non prodursi o sorgere⁹. Con la conseguenza, invero alquanto paradossale, che valori ritenuti comunemente essenziali e qualificanti un rapporto familiare di coppia – il riferimento è appunto in primo luogo al dovere di contribuzione¹⁰ per il soddisfacimento dei bisogni comuni – valori oltretutto

quisiti di cui ai commi 36 e 37, bensì deve ritenersi applicabile anche alle convivenze atipiche, cioè a quelle che siano caratterizzate da un vincolo affettivo pur non ricorrendo necessariamente tutte le condizioni di cui alla l. n. 76: cfr. L. GATT, *Autonomia privata e convenzioni familiari nella dialettica tra tipicità e atipicità negoziale*, in *Le unioni civili e le convivenze. Commento alla legge n. 76/2016 e ai d.lgs. n. 5/2017; d.lgs. n. 6/2017; d. lgs. n. 7/2017*, a cura di C. M. Bianca, Torino, 2017, 622.

⁷ Per quanto riguarda gli uniti civilmente v. A. ARCERI, op. cit., 302 ss.

⁸ Sul tema v. S. PATTI, *Le convivenze "di fatto" tra normativa di tutela e regime opzionale*, in *Fondazione italiana del Notariato, Contratti di convivenza e contratti di affidamento fiduciario quali espressioni di un diritto civile post moderno*, Milano, 2017, 37 ss.; R. AMAGLIANI, *I contratti di convivenza nella L. 20 maggio 2016 n. 76 (c.d. Legge Cirinnà)*, in *I contratti*, 2018, 326 ss.

⁹ Sembra ritenere che anche la ricorrenza del dovere di contribuzione sia rimessa alla libertà contrattuale dei conviventi G. OBERTO, *La convivenza di fatto. I rapporti patrimoniali ed il contratto di convivenza*, in *Fam. dir.*, 2016, 949 ss.

¹⁰ Sull'assoluta centralità del dovere di contribuzione ai fini dell'analisi sistematica dell'intera materia dei rapporti patrimoniali tra coniugi e sul suo ruolo essenziale ai fini dell'attuazione in materia di famiglia dei principi costituzionali v., per tutti, G. VETTORI-A. GORGONI, *Il dovere coniugale di contribuzione*, in



pacificamente assunti quali espressione della solidarietà familiare e del principio di uguaglianza, mentre in materia di matrimonio e di unione civile sono correttamente ed inevitabilmente sottratti alla libera regolamentazione delle parti, in materia di famiglia di fatto sarebbero addirittura nella disponibilità dei conviventi ed oggetto di una loro possibile valutazione in ordine allo stesso prodursi.

Si tratta, allora, di chiedersi, più in generale, se le persone che costituiscono una comunità di tipo familiare possano disporre ed eventualmente a quali condizioni ed in quale misura, dei doveri familiari di coppia e così del dovere di contribuzione o di quelli di fedeltà, assistenza, collaborazione, coabitazione o di altri ancora.

In ordine a tale questione, discussa in dottrina essenzialmente con riferimento all'art. 143 c.c. e cioè ai doveri discendenti dal matrimonio, occorre, preliminarmente, considerare che le espressioni utilizzate in materia dal legislatore sono dotate di un notevole grado di genericità ed indeterminatezza; fanno cioè riferimento a comportamenti (collaborazione, assistenza, fedeltà, contribuzione ecc.) inevitabilmente non determinabili con precisione *a priori*, destinati in ogni caso a specificarsi e concretizzarsi in relazione ad ogni nucleo familiare sulla base ed in forza degli accordi raggiunti dalla coppia¹¹, coevi ma soprattutto di regola successivi alla costituzione del rapporto, cosicché è certo che in concreto i doveri reciproci di coppia possono presentare contenuto in parte diverso da coppia a coppia e in tempi diversi anche per la stessa coppia.

Sotto altro profilo bisogna ribadire che i doveri di coppia rappresentano sul piano giuridico-formale il dato o momento essenziale e qualificante qualsiasi comunità che in conformità ai principi costituzionali italiani ed europei voglia dirsi di tipo familiare in quanto caratterizzata da valori che comportano la realizzazione a livello sostanziale della comunione materiale e spirituale di vita.

Alla luce di questi rilievi pare, allora, doversi distinguere i doveri familiari di coppia in sé, qualificati oltretutto dal canone di unitarietà, dalle loro modalità attuative¹². O, meglio, si può affermare che ricorre un minimo di doveri interconnessi che non può essere escluso o derogato dalla coppia, pena il venir meno della stessa comunità familiare: una famiglia, infatti, ricorre solo quando una coppia sente di far propri e di attuare quel

Tratt. dir. fam., diretto da G. Bonilini, II, *Il regime patrimoniale della famiglia*, Milano, 2016, 1135 ss. Cfr. anche A. ARCERI, *op. cit.*, 308.

Sul dovere di contribuzione, sulle sue modalità attuative tramite accordi tra i coniugi e sul rapporto con gli doveri spettanti alla coppia v. L. BARCHIESI, *op. cit.*, 1301 ss.

¹¹ V. G. FERRANDO, *Il matrimonio*, cit., 85 ss., specie 88.

¹² Cfr. P. SIRENA, *L'invalidità del contratto di convivenza*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, 1071 ss.



nucleo essenziale di valori (doveri) che la caratterizzano. E che poi si dà un'ampia sfera di modalità attuative di quei valori-doveri, rimessa all'autonomia privata, alle scelte e all'accordo dei componenti la coppia. La stessa non coercibilità della maggior parte di tali doveri conferma come possa ricorrere un largo e diversificato articolarsi delle modalità attuative, strettamente attinenti allo svolgimento della vita della coppia¹³.

Conclusivamente sul punto: le previsioni normative in materia di doveri familiari di coppia non integrano disposizioni assolutamente inderogabili. La produzione di tali doveri e la determinazione del loro contenuto deriva certo in primo luogo da norme indisponibili dai privati, e ciò sulla base delle valutazioni che nell'attuale contesto storico l'ordinamento opera dei modi in cui è opportuno e necessario si atteggi una comunità familiare, ma il concreto e reale articolarsi di tali doveri discende, nell'ambito di una caratterizzazione di stampo privatistico operata dall'ordinamento della famiglia, da atti e comportamenti dei privati componenti la coppia¹⁴.

4. – *Segue*. Il comma 53 dell'art. 1 della l. n.76 dispone che i conviventi di fatto, determinando il contenuto del contratto di convivenza¹⁵ (di cui ai commi 50 e ss.), possano prevedere e disporre in ordine alle "modalità di contribuzione alle necessità della vita in comune, in relazione alle sostanze di ciascuno e alla capacità di lavoro professionale o casalingo". La legge, quindi, autorizza e consente a che i conviventi prevedano in un contratto i comportamenti che vicendevolmente si obbligano ad adottare per attuare e

¹³ Sul tema v. G. FERRANDO, *Il matrimonio*, cit., 85 ss., specie 89, dove si rileva che allora il problema non è "tanto quello se l'intesa possa valere ad escludere *in toto* qualcuno dei doveri che nascono dal matrimonio, ma quello di individuare le modalità di attuazione del rapporto compatibili con lo schema normativo".

¹⁴ Cfr. G. FERRANDO, *Il matrimonio*, cit., 94, la quale ribadisce (con riferimento al dovere di contribuzione, ma l'osservazione può essere estesa a tutti i doveri di coppia) che l'inderogabilità deve fare i conti con la regola dell'accordo, cosicché "Inderogabilità significa, piuttosto, che l'accordo non può escludere l'obbligo dell'uno o dell'altro, secondo un criterio di parità".

¹⁵ Il contenuto del contratto di convivenza non deve peraltro ritenersi definito in modo vincolante dal disposto del comma 53, nel senso che i conviventi possono ad esempio non regolare il regime degli acquisti o anche disporre in ordine a profili patrimoniali non previsti dalla disposizione: A. M. BENEDETTI, *Comma 51*, in *Le unioni civili e le convivenze*, cit., 636 ss.; U. PERFETTI, *Autonomia privata e famiglia di fatto. Il nuovo contratto di convivenza*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, 1759 s. I conviventi, possono, inoltre, con tutta probabilità stipulare contratti di convivenza atipici, non riconducibili al contratto di cui alla l. 76: G. VILLA, *Il contratto di convivenza nella legge sulle unioni civili*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, 1319 ss., 1352.

Sui contenuti mancati della disciplina del contratto di convivenza v. G. OBERTO, *op. cit.*, 948 s.



rendere concreta la contribuzione necessaria per le loro esigenze di vita¹⁶. Il contratto di convivenza è quindi un negozio e come tutti gli atti programmatici espressione dell'autonomia privata comporta l'insorgere di obblighi per le parti, obblighi nella specie oltretutto non destinati ad esaurirsi o estinguersi immediatamente, in breve tempo o in unica soluzione, bensì destinati a permanere e ad essere rispettati nel tempo.

Ora, la previsione da parte del legislatore di un accordo da cui derivano obblighi specifici, articolati ed attuativi di contribuzione, comporta inesorabilmente che la contribuzione e, più esattamente, il dovere di contribuzione siano presupposti e vigenti. Non è possibile convenire le modalità attuative e far sorgere i relativi obblighi di qualcosa che giuridicamente non esiste. Ed invero la contribuzione non può non ricorrere tra i conviventi, né può da loro essere esclusa con un patto¹⁷. Essa, piuttosto, anche in forza del canone di unitarietà, si presenta nelle convivenze inscindibilmente connessa con i "legami affettivi di coppia" e con la "reciproca assistenza morale e materiale" di cui al comma 36, nel senso che quando ricorrono questi momenti o elementi che attestano la presenza di una famiglia di fatto, si riscontra necessariamente anche la contribuzione, che costituisce sul versante patrimoniale il dato costitutivo ed essenziale per l'esistenza di quei legami, per la prestazione di quella assistenza, per la stessa reale esistenza della comunione materiale e spirituale di vita della coppia¹⁸.

Le considerazioni ora proposte potrebbero, invero, esporsi al rilievo di non tenere adeguatamente distinto il piano del diritto da quello del fatto, e nella specie il piano delle situazioni giuridiche e quindi dei doveri familiari da quello della loro pratica e fattuale attuazione¹⁹. E tutto ciò soprattutto ove si intenda ribadire che in materia di convivenze di fatto, stante la loro natura, non ricorrono (diritti e) doveri familiari di coppia, oltretutto non previsti testualmente da alcuna disposizione.

In realtà, forse mai come in questa materia, i due piani non sono separabili e formano

¹⁶ Cfr. E. QUADRI, "Unioni civili tra persone dello stesso sesso" e "convivenze": il non facile ruolo che la nuova legge affida all'interprete, in *Corr. giur.*, 2016, 893 ss.

¹⁷ Cfr. D. ACHILLE, *Comma 53*, in *Le unioni civili e le convivenze*, cit., 653; ID., *Il contenuto dei contratti di convivenza tra tipico ed atipico*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, 1575.

¹⁸ Cfr. anteriormente alla l. 76, le considerazioni di S. DALLE MONACHE, *Convivenza more uxorio e autonomia contrattuale (Alle soglie della regolamentazione normativa delle unioni di fatto)*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, 948 s., secondo il quale i contratti di convivenza sono "atti che arricchiscono di ulteriori elementi un rapporto principale in sé dotato di autonoma rilevanza giuridica" e quindi "negozi...di diritto familiare...diretti a dare un assetto a interessi che si riconducono al rapporto di convivenza".

¹⁹ V., in tema, L. BALESTRA, *La convivenza di fatto. Nozione, presupposti, costituzione e cessazione*, in *Fam. dir.*, 2016, 928 ss.



quasi un tutt'uno. È, infatti, evidente come la mera produzione e esistenza di tali doveri senza che siano realmente vissuti, senza la loro attuazione o fattualità ha ben poco senso, in quanto non potrà dirsi che ricorre una famiglia in assenza della materiale e spirituale comunione di vita. E d'altra parte è parimenti scontato che la constatazione della ricorrenza in fatto di convivenze sufficientemente stabili segna la presenza di forme di progettualità di tipo familiare inevitabilmente da recitare in termini di diritti e di doveri dei componenti il nucleo.

5. – *Segue*. La diversa regolamentazione riscontrabile nella legge sul tema dei doveri di coppia, a seconda che si consideri la posizione dei coniugi, degli uniti civilmente o dei conviventi dipende invero essenzialmente dalla natura e dai caratteri che tali tipi di nuclei familiari presentano.

Nelle prime due ipotesi (si veda il par. 2 punti I e II), stante la originaria ricorrenza di un atto, espressione di volontà delle parti, l'ordinamento può prevedere e prevede quali effetti giuridici dei doveri di comportamento, i doveri familiari appunto che si fanno da quell'atto derivare in quanto voluti dalle parti e comunque disposti dalla legge.

Nella terza ipotesi (si veda il par. 2 punto III), considerata l'assenza di un atto cui ric collegare il vincolo giuridico e la presenza, invece, di un'attività, anch'essa espressione della volontà delle parti, e cioè dell'instaurazione in fatto di una comunione materiale e spirituale di vita, l'ordinamento non può che prevedere e prevede che quei comportamenti, quelli stessi in linea di principio oggetto dei doveri derivanti dal matrimonio o dall'unione civile, siano considerati quali indici di identificazione del fenomeno o della fattispecie o ancora quali elementi caratterizzanti la figura²⁰.

E così, mentre nel caso del matrimonio e dell'unione civile determinati comportamenti (assistenza, coabitazione, contribuzione) integrano componenti di fatto di effetti giuridici, nella specie contenuti di doveri, nel caso della convivenza tali comportamenti (assistenza, stabile coabitazione-convivenza, contribuzione) costituiscono dati tipologici espressi (assistenza e convivenza) o presupposti (contribuzione).

La questione in precedenza discussa della inderogabilità o della derogabilità dei doveri familiari merita allora, in conclusione, di essere riconsiderata e comunque perde di rilevanza, costituendo per più profili un falso problema. In particolare non sembra che si possano

²⁰ Cfr. M. PARADISO, *Commi 36-37*, in *Le unioni civili e le convivenze*, cit., 482 ss. che parla di "indici di riconoscibilità della figura".



contrapporre quelli propri del matrimonio e dell'unione civile in quanto inderogabili e quelli propri della convivenza di fatto da intendere invece nella disponibilità delle parti.

Solo su un piano astratto e formale è possibile cogliere differenze e contrapposizioni. In realtà quando la materia consente che si delinea pianamente e che operi il tradizionale meccanismo fatto-effetto, l'ordinamento ha spazio per valutare alla luce ed in presenza di un atto programmatico di volontà la fondamentale degli interessi in giuoco e prevedere, così, in materia di matrimonio e di unione civile, (quali effetti) dei doveri inderogabili, da intendere peraltro –come si è visto– circoscritti ad un minimo o nucleo essenziale, essendo nel processo storico in modo sempre più pregnante le modalità attuative riservate o rimesse all'accordo dei componenti la coppia.

Quando, viceversa, la giuridicità è assorbita, risulta e si completa nella constatazione del comportamento e, in materia di convivenza, nell'accertamento dell'avvenuta attuazione dei doveri familiari, non c'è spazio o non è agevole e comunque non si è proceduto nel senso di prevedere alcuni effetti quali conseguenze del fatto. Il che, però, non significa che, al pari di quanto accade per il matrimonio e per l'unione civile, l'ordinamento non effettui una valutazione degli interessi in giuoco, che anche in questo caso è sicuramente positiva, come è dimostrato sul piano formale dalla circostanza che sono dalla legge previsti vari elementi di identificazione della fattispecie, nella sostanza corrispondenti ai comportamenti dovuti in materia di matrimonio o unione civile, ma poi soprattutto sul piano sostanziale dal fatto che l'instaurazione di una effettiva e concreta comunione di vita è di per sé positivamente considerata.

In conclusione sembra allora possibile affermare che in ogni rapporto di coppia, con la previsione da parte dell'ordinamento in modo espresso o implicito dei doveri familiari, indicandoli testualmente o prendendo in considerazione il fatto che li testimonia, ricorre un minimo inderogabile e qualificante di valori giuridici idonei a fondare e definire un aggregato di tipo familiare.

6. – Individuata la natura delle disposizioni in materia di doveri di coppia nelle varie forme di comunità familiare, va allora ribadito che il canone di unitarietà comporta che i vari elementi o momenti che caratterizzano il rapporto familiare si atteggino in tutte le coppie (eterosessuali e omosessuali, di diritto e di fatto) con contenuti tendenzialmente omogenei. Ed invero ogniqualvolta ricorra una effettiva comunione materiale e spirituale di vita è evidente che sono presenti sul piano sia giuridico sia di fatto i valori (diritti e doveri) che integrano e qualificano il rapporto familiare. Le modalità attuative e quindi i



concreti diritti e doveri che si producono in capo ai componenti della singola coppia possono poi strutturarsi in parte diversamente da caso a caso, essendo tali effetti dipendenti specificamente dagli accordi delle parti, ma indubbiamente un nucleo essenziale e forte di valori interconnessi rappresenta la costante di ogni assetto familiare.

L'affermata omogeneità ed interconnessione dei valori (diritti e doveri) familiari implica la difficoltà se non l'impossibilità ad analizzare ciascuno di essi e ad assumerne una sua autonoma ricorrenza prescindendo dagli altri. In altri termini, come si è già accennato, è estremamente arduo e allo stesso tempo inutile e illogico, contrapporre nettamente tra loro i vari doveri o provare a introdurre o ad accentuare barriere e formali distinzioni. Sul mero piano concettuale è ben possibile compiere siffatte operazioni e tentare di riempire di contenuto e di significati il singolo dovere – operando peraltro nella maggior parte dei casi delle scelte di parte ed arbitrarie –, ma non appena ci si inoltra nella reale e sostanziale vita della famiglia appare chiaro come le espressioni (le parole) utilizzate dal legislatore per caratterizzare l'istituto (collaborazione, assistenza, fedeltà, coabitazione, contribuzione ecc.), intanto non appaiono (né possono essere) esaustive in quanto ricorrono anche i doveri impliciti (rispetto della riservatezza, dell'identità ecc.), ma soprattutto non sono altro che indicazioni parziali di un fenomeno assolutamente unitario, quale è la presenza dell'*affectio* tra i componenti la coppia²¹.

La inscindibilità dei doveri familiari e la loro naturale riluttanza ad essere segmentati e studiati secondo logiche formali ed astratte comportano che la espressa previsione a livello legislativo in relazione ad un dato assetto familiare solo di alcuni di tali doveri implica e comporta che ricorrano e rilevino anche tutti gli altri. E così, ad esempio, la presenza in sede di regolamentazione di una data forma di famiglia di una disposizione sulla contribuzione funzionale al soddisfacimento dei bisogni del nucleo induce a ritenere che con tutta probabilità il legislatore presuppone la ricorrenza accanto a quello di contribuzione di doveri a contenuto prevalentemente personalistico (ad esempio collaborazione o assistenza), senza i quali la contribuzione non ha significato ed anzi di essi è necessariamente veicolo attuativo. Del pari, una normativa che in ipotesi disponga in ordine alla collaborazione e all'assistenza reciproche tra i componenti la coppia o ancora che si riferisca espressamente all'esistenza di legami affettivi di coppia, impone logicamente ed implica giuridicamente la ricorrenza di un dovere di contribuzione, strumento essenziale ed ineliminabile affinché quei valori personalistici non rimangano mere enunciazioni e si possano attualizzare.

²¹ Cfr T. AULETTA, *Comma 11*, in *Le unioni civili e le convivenze*, cit., 138, dove, con riferimento alle unioni civili (ma l'osservazione può valere per qualsiasi coppia) si sottolinea la connessione tra comportamenti dovuti e realizzazione della comunione materiale e spirituale di vita.



I doveri familiari di coppia integrano, dunque, una situazione giuridica unitaria, omogenea ed inscindibile. In tutte le comunità di tipo familiare ricorre un fascio di doveri interconnessi, la vigenza di nessuno dei quali viene esclusa (né può essere esclusa) dal legislatore. Tali doveri, poi, – sempre tutti presenti –, possono essere espliciti o impliciti, presentarsi cioè con modalità testuale o in modo non espresso. Questa circostanza non è peraltro destinata a incidere sulla loro operatività ed eventuale azionabilità, essendo ormai acclarato che un dovere di coppia, per le più varie ragioni, può anche essere solo presupposto dalla legge, e non per questo svolgere un ruolo secondario nella costruzione e ricorrenza della materiale e spirituale comunione di vita.

Posto, allora, che la mancata espressa previsione normativa di un singolo dovere non comporta necessariamente la sua non operatività sul piano giuridico, essendo piuttosto necessario per ogni comunità familiare verificare l'assetto complessivo degli interessi e dei valori in giuoco e la concreta esistenza dell'*affectio*, si deve ritenere che l'omessa previsione in materia di doveri degli uniti civilmente della fedeltà e della collaborazione non significa che tali doveri non ricorrono, dovendosi piuttosto affermare che sulla base del canone di unitarietà costituiscono doveri impliciti della coppia²². Affermazioni simili – anche se in prospettiva in parte diversa – possono essere operate in relazione alle convivenze, dove l'omessa indicazione nel comma 36 tra gli elementi identificativi della fattispecie della collaborazione e della fedeltà non significa che questi valori non ricorrono e non qualificano tale fatto, che viceversa – sempre in forza del canone di unitarietà – deve anche da essi risultare formato e definito.

Conclusivamente: ogniquale volta una formazione di tipo familiare è sul piano sostanziale caratterizzato dalla presenza della comunione materiale e spirituale di vita tra i componenti la coppia, e cioè dalla circostanza che i valori-doveri familiari vengono sentiti come tali e vissuti dalla coppia, può affermarsi che si dà giuridicamente un nucleo essenziale ed inscindibile di doveri familiari.

Il canone di unitarietà dei rapporti di coppia, se si traduce quindi nella ricorrenza in tutti gli istituti considerati (matrimonio, unione civile, convivenza) di un assetto tendenzialmente simile o unitario di valori e di interessi protetti, non comporta peraltro una re-

²² V. T. AULETTA, *Comma 11*, in *Le unioni civili e le convivenze*, cit., 138 ss., ed in particolare 142 s. e 147 dove si dimostra la ricorrenza in capo agli uniti rispettivamente del dovere di fedeltà e di quello di collaborazione. Diversamente discorrendo – afferma l'A. – "ne risulterebbe ... compromessa (contraddittoriamente) la stessa finalità dell'unione".

Di contrario avviso è G. DE CRISTOFARO, op. cit., *passim*, specie 124 ss., il quale, seppur in prospettiva critica, ritiene che l'elenco dei diritti e dei doveri degli uniti civilmente contenuto nei commi 11 e 12 della l. 76 debba considerarsi esaustivo.

JUS CIVILE



golamentazione necessariamente unica o identica di tali istituti. Il profilo valoristico-effettuale li accomuna, ma è agevole cogliere differenze di struttura che inevitabilmente richiedono discipline differenziate. Il primo e ovvio riferimento è alla mancanza nella convivenza di un atto formale costitutivo del vincolo, cosicché non potranno porsi le questioni di validità e di scioglimento proprie del matrimonio e dell'unione civile. Altra centrale questione si pone in relazione alla natura eterosessuale o omosessuale delle coppie, avendo il legislatore in linea di principio inteso escludere l'applicabilità della normativa in tema di filiazione alle seconde.



CASSAZIONE CIVILE, Sez. III, 30 gennaio 2019, n. 2531 (ord.)

La causazione del danno derivante da mancato utilizzo delle cinture di sicurezza è imputabile sia al conducente del veicolo sia al passeggero che non le indossa, posto che il conducente è responsabile del loro utilizzo anche da parte di questo ultimo.

... *Omissis* ...

RAGIONI DELLA DECISIONE

... *Omissis* ...

2. Con il secondo motivo [violazione o falsa applicazione degli artt. 1227, 2043, 2054, 2055 e 2056 c.c. (art. 360, n. 3 c.p.c.)] la ricorrente censura il capo di sentenza che ha escluso il nesso di causalità tra il comportamento del conducente ed il danno patrimoniale occorso alla danneggiata, consistente nelle lesioni riportate e nella necessità di sottoporsi ad una terapia ortodontica e protesica. La sentenza avrebbe errato nell'escludere il nesso causale tra la condotta della conducente e la produzione del danno e nel non rilevare che, pur in presenza di una riduzione del risarcimento dovuto al concorso di colpa del danneggiato, restava fermo il nesso causale tra la condotta del conducente ed il danno, come pure l'elemento soggettivo della colpa, intesa quale omissione di diligenza e prudenza.

2.1 Il motivo è fondato. Il comportamento colpevole del danneggiato non può in ogni caso valere ad interrompere il nesso causale tra la condotta del conducente del veicolo e la produzione del danno né vale ad integrare un valido consenso alla lesione ricevuta, vertendosi in materia di diritti indisponibili. Può esservi, al più, concorso di colpa fra le parti, con riduzione percentuale del risarcimento del danno, ma non certo esclusione totale di responsabilità in capo al conducente del veicolo e del relativo obbligo risarcitorio. La circostanza che vi sia una concausa nella produzione dell'evento di danno non esclude la concorrenza delle cause nella produzione del medesimo, né consente di ritenere interrotto legittimamente il nesso causale tra la condotta del conducente e il danno. Ne consegue, pertanto, che la sentenza avrebbe dovuto limitarsi a ridurre proporzionalmente il quantum risarcitorio piuttosto che escludere il nesso di causalità. La corte territoriale



non ha considerato che il conducente è responsabile dell'utilizzo delle cinture di sicurezza da parte del passeggero, sicché la causazione del danno da mancato utilizzo è imputabile sia a lui che al passeggero. Si veda, al riguardo, Cass. n. 18177 del 2007: "In materia di responsabilità civile, in caso di mancata adozione delle cinture di sicurezza da parte di un passeggero, poi deceduto, di un veicolo coinvolto in un incidente stradale, verificandosi un'ipotesi di cooperazione nel fatto colposo, cioè di cooperazione nell'azione produttiva dell'evento, è legittima la riduzione proporzionale del risarcimento del danno in favore dei congiunti della vittima". Ciò risponde, peraltro, alla consolidata giurisprudenza di questa Corte, secondo la quale, qualora la messa in circolazione di un veicolo in condizioni di insicurezza è ricollegabile oltre che all'azione o all'omissione del conducente, il quale deve controllare, prima di iniziare o proseguire la marcia, che questa avvenga in conformità delle normali norme di prudenza e sicurezza anche al fatto del trasportato, che ha accettato i rischi della circolazione, si verifica un'ipotesi di cooperazione colposa dei predetti nella condotta causativa dell'evento dannoso. Pertanto, in caso di danni al trasportato medesimo, sebbene la condotta di quest'ultimo non sia idonea di per sé ad escludere la responsabilità del conducente, né a costituire valido consenso alla lesione ricevuta, vertendosi in materia di diritti indisponibili, essa può costituire nondimeno un contributo colposo alla verificazione del danno, la cui quantificazione in misura percentuale è rimessa all'accertamento del giudice di merito, insindacabile in sede di legittimità se correttamente motivato (Cass., 3, n. 4993 dell'11/3/2004; Cass., 3, n. 10526 del 13/5/2011; Cass., 3, n. 6481 del 14/3/2017). Accertamento che nella specie non è stato in alcun modo espresso e che anzi, se lo fosse stato, per evidenti ragioni di coerenza, avrebbe dovuto estrinsecarsi nel riconoscimento di una percentuale di responsabilità della danneggiata per la causazione del danno patrimoniale necessariamente simile a quella stessa per il danno alla persona, cioè del 30%. La sentenza in esame, che ha escluso del tutto il nesso causale, non è pertanto conforme alla citata giurisprudenza e merita sul punto di essere cassata con rinvio, affinché il giudice del merito, in luogo di escludere il danno patrimoniale, lo riconosca e lo quantifichi, riducendo per simmetria l'importo del medesimo di una percentuale del 30%, pari a quella relativa al concorso di colpa della danneggiata nella produzione del danno alla persona.

3. Con il terzo motivo [omesso esame circa un fatto decisivo del giudizio che è stato oggetto di discussione tra le parti (art. 360, n. 5 c.p.c.)] la ricorrente censura la sentenza nella parte in cui non avrebbe considerato il fatto, non contestato tra le parti, che l'autovettura colpita da incidente fosse sprovvista di airbag, nonostante ciò avesse costituito argomento di discussione tra le parti: la Corte territoriale avrebbe omesso di consi-



derare tale elemento, concentrando la sua attenzione esclusivamente sul mancato allaccio della cintura di sicurezza.

3.1 Il motivo è inammissibile in primo luogo per difetto di specificità, atteso che non si evidenzia se l'airbag doveva esser presente sul veicolo ed eventualmente era stato rimosso e, prima ancora, se e dove la relativa questione era stata prospettata. Sotto tale profilo il motivo pone una questione nuova, il che rende il motivo ulteriormente inammissibile in sede di legittimità.

4. Con il quarto motivo [violazione o falsa applicazione dell'art. 2727 c.c. (art. 360, n. 3 c.p.c.)] censura la sentenza nella parte in cui avrebbe svolto un ragionamento presuntivo circa la compatibilità delle lesioni riportate dall'appellato con l'uso delle cinture di sicurezza mentre la difesa della S. aveva eccepito in ordine all'adeguatezza delle cinture.

4.1 Il motivo resta a questo punto assorbito in ragione dello scrutinio precedente.

5. Con il quinto motivo [violazione o falsa applicazione degli artt. 1281, 1282 e 1284 c.c. (art. 360, n. 3 c.p.c.)] si censura la sentenza nella parte in cui non avrebbe considerato la rivalutazione monetaria sulla somma residua da corrispondere alla S..

5.1. Il motivo è palesemente privo di fondamento, atteso che la sentenza ha correttamente applicato la decisione delle Sezioni Unite di cui a Cass., Sez. Un, n. 1712 del 1995, su un importo prima rivalutato.

6. Conclusivamente la Corte accoglie il secondo motivo del ricorso e, rigettati o assorbiti gli altri, cassa in relazione e rinvia alla Corte d'Appello di Catanzaro in diversa composizione anche per la liquidazione delle spese del giudizio di cassazione.

P.Q.M.

La Corte accoglie il secondo motivo del ricorso, rigettati o assorbiti gli altri come in motivazione, cassa la sentenza in relazione e rinvia alla Corte d'Appello di Catanzaro, in diversa composizione anche per le spese del giudizio di cassazione. Così deciso in Roma, nella Camera di Consiglio della Terza Sezione Civile il 25 giugno 2018.



CAROLINA LEGGIERI

Docente a contratto – Università di Foggia

**CONCORSO DI COLPA DEL CONDUCENTE PER IL MANCATO UTILIZZO
DELLE CINTURE DI SICUREZZA DA PARTE DEL TERZO TRASPORTATO:
UNA NUOVA FIGURA DI RESPONSABILITÀ OGGETTIVA
PER IL TRASPORTO AMICHEVOLE?**

SOMMARIO: 1. Il fatto. – 2. Breve analisi normativa – 3. Responsabilità del conducente e concorso di colpa del terzo trasportato: giurisprudenza di legittimità e di merito a confronto sulla riduzione del risarcimento... – 4. Segue: ...e sull'ordinaria diligenza. – 5. Causalità materiale e colpa omissiva: responsabilità aggravata? – 6. Responsabilità del conducente nel trasporto pubblico e privato (gratuito ed amichevole). – 7. Conclusioni.

1. – Una danneggiata, terza trasportata in un incidente stradale occorso in Rende, convenne davanti al Tribunale di Catanzaro, l'assicurazione, il proprietario dell'autovettura danneggiante ed il conducente, per sentir accertare la responsabilità del conducente nell'incidente e la condanna dei convenuti al pagamento del risarcimento dei danni patrimoniali e non patrimoniali. L'assicurazione si costituì in giudizio contestando la domanda e affermando che le lesioni si erano verificate per la determinante ed esclusiva responsabilità dell'attrice che, al momento del sinistro, non indossava le cinture di sicurezza. Il Tribunale di Cosenza, accolse la domanda e condannò i convenuti al pagamento, in favore della danneggiata, del risarcimento del danno, comprendente sia il danno biologico (oltre interessi compensativi sulla somma devalutata dal dì del sinistro e rivalutata fino alla data di pubblicazione della sentenza, oltre interessi legali), sia il danno patrimoniale futuro (oltre interessi). L'assicurazione propose appello denunciando la violazione degli artt. 111 Cost., 132 e 161 c.p.c. per essere la sentenza carente di motivazione; per erronea valutazione delle prove testimoniali e della consulenza tecnica d'ufficio e per erronea ed eccessiva quantificazione del danno. La Corte d'Appello di Catanzaro, a seguito di nuova CTU, rigettò il primo motivo, ritenendo che la sentenza avesse soddisfatto,



sia pur in modo sommario, il requisito della sufficiente esposizione del fatto; ha rivalutato le prove, ritenendo che il conducente aveva sbandato non solo per aver perso il controllo del mezzo ma anche a causa della ghiaia presente sul fondo stradale; prese atto delle risultanze della consulenza tecnica, secondo le quali vi era compatibilità tra le lesioni riportate dalla danneggiata e l'uso delle cinture di sicurezza e, ritenuto tale comportamento rilevante ai sensi degli artt. 2056 e 1227, II co. c.c., in accoglimento del secondo motivo di appello, ridusse proporzionalmente il risarcimento, in ragione dell'entità del contributo causale della danneggiata alla produzione del danno, stimato nella misura del 30%, ed escluse il danno patrimoniale derivante dalla terapia ortodontica e protesica, riconducibile all'esclusivo comportamento della medesima. In parziale riforma della sentenza di primo grado la Corte territoriale ha riconosciuto un risarcimento del danno biologico, ridotto del 30% e comprensivo del danno morale, oltre interessi compensativi sulla somma devalutata e poi rivalutata, oltre interessi compensativi sulla somma rivalutata. Compensò tra le parti le spese del doppio grado di giudizio. Avverso quest'ultima sentenza il conducente propose ricorso per cassazione. La Suprema Corte ha ritenuto che il comportamento colpevole del danneggiato non può in ogni caso valere ad interrompere il nesso causale tra la condotta del conducente del veicolo e la produzione del danno né vale ad integrare un valido consenso alla lesione ricevuta, vertendosi in materia di diritti indisponibili. Può esservi, al più, concorso di colpa fra le parti, con riduzione percentuale del risarcimento del danno, ma non certo esclusione totale di responsabilità in capo al conducente del veicolo e del relativo obbligo risarcitorio. La circostanza che vi sia una concausa nella produzione dell'evento di danno non esclude la concorrenza delle cause nella produzione del medesimo, né consente di ritenere interrotto legittimamente il nesso causale tra la condotta del conducente e il danno. Ne consegue, pertanto, che la sentenza avrebbe dovuto limitarsi a ridurre proporzionalmente il quantum risarcitorio piuttosto che escludere il nesso di causalità. La corte territoriale non ha considerato che il conducente è responsabile dell'utilizzo delle cinture di sicurezza da parte del passeggero, sicché la causazione del danno da mancato utilizzo è imputabile sia a lui che al passeggero, come da consolidato orientamento della Corte di legittimità. Pertanto, in caso di danni al trasportato medesimo, sebbene la condotta di quest'ultimo non sia idonea di per sé ad escludere la responsabilità del conducente, né a costituire valido consenso alla lesione ricevuta, vertendosi in materia di diritti indisponibili, essa può costituire nondimeno un contributo colposo alla verifica del danno, la cui quantificazione in misura percentuale è rimessa all'accertamento del giudice di merito, insindacabile in sede di legittimità. Tale accertamento, che avrebbe dovuto estrinsecarsi nel riconoscimento di una per-



centuale di responsabilità della danneggiata per la causazione del danno patrimoniale necessariamente simile a quella stessa per il danno alla persona, cioè del 30%, non è stato effettuato dal giudice di merito, il quale si è limitato ad escludere del tutto il nesso causale. Pertanto, la sentenza è cassata con rinvio, affinché il giudice del merito, in luogo di escludere il danno patrimoniale, lo riconosca e lo quantifichi, riducendo per simmetria l'importo del medesimo di una percentuale del 30%, pari a quella relativa al concorso di colpa della danneggiata nella produzione del danno alla persona.

2. – L'utilizzo delle cinture di sicurezza sui veicoli costituisce, sia per il conducente, sia per i terzi trasportati, tanto dei posti anteriori, quanto di quelli posteriori, un obbligo a seguito dell'entrata in vigore del Decreto Legislativo n. 150 del 13 marzo 2006 *"Attuazione della direttiva 2003/20/CE che modifica la direttiva 91/671/CEE relativa all'uso obbligatorio delle cinture di sicurezza e dei sistemi di ritenuta per i bambini nei veicoli. Modifiche al codice della strada"*, che nel recepire la predetta direttiva europea, ha modificato completamente l'art. 172 Codice della Strada (d.lgs. n. 285/92)¹. Il principale obiettivo della predetta riforma è quello di *"accrescere il livello di sicurezza stradale attraverso l'estensione dell'uso obbligato sul mezzo delle cinture di sicurezza"*². In tale ordine di idee è rafforzata la responsabilità del conducente del veicolo, che non solo è obbligato all'utilizzo delle cinture di sicurezza, ma è altresì tenuto ad assicurarsi della persistente efficienza delle stesse (art. 172, comma 2, C.d.S.), con conseguenti sanzioni amministrative³ in caso di violazione da parte degli obbligati. Anche se il mancato uso

¹ Va precisato che l'obbligo delle cinture di sicurezza, ma solo per i posti anteriori, era stato già previsto dall'art. 20 L. 111/88. In dottrina si veda B. MASSUCCI, *Le cinture di sicurezza. Obblighi responsabilità e profili medico-legali*, Milano, 2008, 3 e ss.; S. SCOTTI, *Attuazione della direttiva 2003/20/Ce che modifica la direttiva 91/671/Cee relativa all'uso obbligatorio delle cinture di sicurezza e dei sistemi di ritenuta per i bambini nei veicoli – Modifiche al codice della strada*, commento al d.l. 13 marzo 2006 n. 150, in *Guida al dir.*, 2006, fasc. 19, 29.

² Circolare Ministero Interno n. 300/A/1/52739/109/123/3/4 del 14 luglio 2006, reperibile su https://www.poliziadistato.it/statics/14/14luglio2006_cinture_2.pdf. La cintura di sicurezza è una misura introdotta obbligatoriamente allo specifico fine di evitare che il passeggero trasportato sul sedile anteriore possa, per effetto di uno scontro violento e improvviso o di una brusca frenata operata per emergenza dal conducente, essere proiettato in avanti fino a urtare violentemente il parabrezza, col rischio di lesioni; sul punto si veda Trib. Crema, 8 luglio 1997, *Foro it.*, Rep., 1998, voce *Circolazione stradale*, n. 83.

³ L'art. 172, Codice della Strada prevede una sanzione amministrativa (il pagamento di una somma da euro 80 a euro 323, comma 10, art. 172 C.d.S.) in capo a chiunque non fa uso dei dispositivi di ritenuta, cioè delle cinture di sicurezza e dei sistemi di ritenuta per bambini, ovvero una sanzione amministrativa (pagamento di una somma da euro 40 a euro 163, comma 11, art. 172, C.d.S.) qualora chiunque, pur facen-



delle cinture di sicurezza è sanzionato amministrativamente a carico di chi sia tenuto ad indossarle, il conducente di un autoveicolo è comunque obbligato, in base alle regole dalla comune diligenza e prudenza⁴, ad esigere che il passeggero indossi le cinture e, in caso di sua retinenza, a rifiutarne il trasporto o ad omettere l'intrapresa della marcia⁵. Quando il mancato uso riguarda il minore, della violazione risponde il conducente ovvero, se presente sul veicolo al momento del fatto, chi è tenuto alla sorveglianza del minore stesso.

A questo si aggiunga che il conducente e i passeggeri dei veicoli⁶ muniti di cintura di

do uso dei dispositivi di ritenuta, ne altera od ostacola il normale funzionamento degli stessi. Si ricorda, inoltre, che in capo al conducente, come previsto dall'art. 126bis, comma 2, C.d.S. per le violazioni di cui all'art. 172, commi 10 e 11 C.d.S. è prevista la decurtazione di 5 (cinque) punti dalla patente di guida. A questa si aggiunge la sanzione amministrativa accessoria della sospensione della patente da quindici giorni a due mesi, nel caso in cui il conducente sia incorso, in un periodo di due anni, in una delle violazioni di cui al paragrafo precedente, per almeno due volte nell'arco temporale del biennio, all'ultima infrazione conseguente (art. 172, comma 10, C.d.S.).

⁴ Il rapporto tra il concorso di colpa ai sensi dell'art. 1227, comma 2°, c.c. e l'ordinaria diligenza è inscindibile, secondo quanto fissato da Cass. civ. 28 novembre 2013, n. 26639, in *Foro it.*, Rep. 2013, voce *Danni civili*, n. 123; infatti, secondo la *ratio decidendi*, l'art. 1227, 2° comma, c.c. non si limita ad esigere dal creditore la mera inerzia di fronte all'altrui comportamento dannoso, ma gli impone, secondo i principi di correttezza e buona fede di cui all'art. 1175 c.c., una condotta attiva o positiva, diretta a limitare le conseguenze dannose di quel comportamento.

⁵ Cass. pen. 27 settembre 1996, Comensoli, *Foro it.*, Rep. 1997, voce *cit.*, n. 110, in cui, tuttavia, sembra che il principio si collochi in realtà sul piano dell'*obiter*, in quanto le considerazioni che i giudici di legittimità esprimono in motivazione sono dirette a confermare una decisione di merito che, dal canto suo, aveva già escluso il concorso di colpa della vittima, in quanto non era stato dimostrato che la stessa indossasse le cinture di sicurezza e che, di conseguenza, vi fosse una diretta incidenza causale del mancato uso delle stesse. Conforme a tale indirizzo anche Cass. pen., 29 gennaio 2003, Sulejmani, *id.*, II, 431. In dottrina, per prime indicazioni sulla responsabilità penale connessa alla commissione dei delitti colposi di omicidio e lesioni personali proprio nell'ambito della circolazione stradale, si veda A. ALIBRANDI, *Colpa penalmente rilevante e componente psicologica del soggetto responsabile di incidenti stradali*, in *Riv. giur. circolaz. e trasp.*, 1996, 457; ID., *Profilo della componente psicologica nella responsabilità penale da sinistri stradali*, in *Arch. circolaz.*, 1994, 817; ID., *Cause interruttive del rapporto di causalità materiale e circolazione stradale*, in *Arch. circolaz.*, 1991, 816; ID., *L'aggravante della colpa cosciente nei reati stradali*, *id.*, 1990, 369; D. FERRATO, *Lesioni da incidente stradale e cure carenti*, *id.*, 1984, 641; A. GIUNTI, *Sulla natura giuridica dell'omicidio commesso con violazione delle norme sulla circolazione stradale o per la prevenzione degli infortuni sul lavoro*, in *Giust. pen.*, 1982, II, 195; V. MUCARIA, *Orientamenti giurisprudenziali sul caso fortuito nei sinistri stradali*, in *Arch. circolaz.*, 1988, 3; V. MIROTTA, *Le imprudenze altrui ragionevolmente prevedibili nel campo dei sinistri stradali*, *id.*, 1986, 437; ID., *I reati colposi in materia di sinistri stradali e i terzi estranei al giudizio penale*, *id.*, 1984, 97; M. MONTEFORTE, *Pericolosità della retromarcia e concorso di colpa della vittima*, in *Giur. agr. it.*, 1984, 546; M. NUNZIATA, *In tema di prova di un omicidio colposo commesso con violazione delle norme disciplinanti la circolazione stradale*, in *Nuovo dir.*, 1994, 313; P. PARADISO, *La criminalità colposa connessa alla circolazione stradale*, in *Indice pen.*, 1984, 305.

⁶ I veicoli sui quali è obbligatorio l'uso delle cinture di sicurezza sono indicati nella direttiva 2002/24/CE



sicurezza, hanno l'obbligo di utilizzarle in qualsiasi situazione di marcia (art. 172, comma 1, C.d.S.)⁷.

In capo al conducente sussiste altresì la responsabilità anche nei casi in cui, ai sensi dell'art. 149 C.d.S., comma 1, (D.lgs. n. 285 del 1992), durante la marcia deve arrestare tempestivamente il mezzo, evitando collisioni con il veicolo che precede. Qualora avvenga una collisione, sussiste in capo all'investitore una presunzione di colpa, determinata dall'inosservanza della predetta disposizione e, pertanto, non sarà applicabile la norma di cui all'art. 2054 comma 2 c.c., salvo che l'investitore medesimo dimostri che il mancato, tempestivo arresto e la conseguente collisione sono stati determinati da cause a lui non imputabili.⁸

3. – Ferme restando le argomentazioni generali che precedono circa l'obbligo di ordinaria diligenza in capo al conducente di un veicolo, con la decisione in epigrafe, la Suprema Corte conferma un principio già espresso per la prima volta in sede di legittimità civile nel 2004 con la sentenza n. 4993⁹ (e ribadito dalla medesima Corte con la pronuncia del 2007, n. 18177¹⁰, richiamata nella motivazione della sentenza in esame), secondo il quale trova applicazione l'art. 1227, 1° comma, c.c. in caso di mancato uso degli stru-

del Parlamento europeo e del Consiglio, del 18 marzo 2002, nonché nell'articolo 47, comma 2, del Codice della Strada (veicoli delle categorie M1, N1, N2 e N3).

⁷Tale obbligo sussiste anche nel caso in cui si è fermi in coda al traffico: su punto si veda Cass. civ. 31 luglio 2018, n. 20230, in *Foro it.*, Rep. 2018, la quale, confermando il principio espresso dalla corte di merito, secondo il quale il veicolo in fila nel traffico, durante la marcia, non può essere considerato in condizione statica, ha rilevato che “l'uso della cintura di sicurezza si esplica anche durante una 'breve sosta' nell'ambito di una coda di veicoli, essendo diretto a prevenire il rischio di tamponamento”. Secondo la Suprema Corte quando il veicolo è in coda lungo la direttrice di marcia, a causa del traffico o per altro motivo, “si realizza una situazione analoga a quella che si verifica in presenza di un semaforo indicante luce rossa: la 'sosta', in queste ipotesi, non esprime una condizione di stasi, ma semplicemente un momentaneo arresto dovuto a contingenze o ad esigenze di sicurezza della circolazione”. Questa condizione di temporaneità dell'arresto della marcia conferma che trattasi di circolazione, non di sosta.

⁸Cass. civ. 8 marzo 2017, n. 5808, in *Arch. Giur.*, 2017.

⁹Cass. civ. 11 marzo 2004, n. 4993 in *Foro it.*, 2004, I, 3129 (m), con nota di S. DI PAOLA, *Il concorso di colpa del danneggiato e gli obblighi di «protezione» del danneggiante: alla ricerca di una nuova identità?*; in *Resp. civ.*, 2004, 711, con nota di V. FRONGIA, *Responsabilità del conducente per le lesioni riportate dal trasportato a causa del mancato utilizzo delle cinture di sicurezza*. Il predetto principio era stato già espresso in sede penale, in ordine al rilievo causale dato dall'inosservanza dell'obbligo di usare le cinture di sicurezza imposto dal codice della strada al soggetto trasportato; in tal senso Cass. Pen. 27 ottobre 1992, Socchi, in *Foro it.*, Rep. 1993, voce *Omicidio e lesioni personali colpose*, n. 38.

¹⁰In *Arch. circolaz.*, 2008, 143 e in *Foro it.*, Rep., 2008, voce *Danni civili*, n. 174.



menti di protezione di cui si tratta da parte del passeggero¹¹, con conseguente riduzione

¹¹ In ordine all'applicazione del 1° comma dell'art. 1227 c.c. in caso di mancato utilizzo delle cinture di sicurezza del passeggero, si erano, da tempo, espressi i giudici di merito: Trib. Ascoli Piceno, 5 marzo 2002, *Foro it.*, Rep. 2002, voce *Responsabilità civile*, n. 218; Trib. Cassino, 15 giugno 2000, *id.*, Rep. 2001, voce *Circolazione stradale*, n. 288; Trib. Udine, 15 aprile 1998, *id.*, Rep. 1999, voce *Danni civili*, n. 304; Trib. Roma, 18 marzo 1997, *id.*, Rep. 1997, voce *cit.*, n. 113, annotata da E. SANTOLINI, *Morte del congiunto non percettore di reddito e danno patrimoniale dei familiari superstiti*, in *Riv. giur. circolaz. e trasp.*, 1997, 338; Trib. Como, 9 gennaio 1995, *Foro it.*, Rep. 1995, voce *Circolazione stradale*, n. 227, annotata da U. BIONDI, *Mancato uso delle cinture di sicurezza e concorso di colpa del danneggiato*, in *Riv. giur. circolaz. e trasp.*, 1995, 536; Giud. Pace Catanzaro 4 ottobre 2000, *Foro it.*, 2001, I, 2111; Giud. Pace Roma, 25 gennaio 2000, *id.*, Rep. 2000, voce *cit.*, n. 263; Giud. Pace Bologna 6 dicembre 1999, *ibid.*, n. 264; Giud. Pace Brescia 12 luglio 1999, *id.*, Rep. 1999, voce *cit.*, n. 286;). In dottrina *ex plurimis* sul concorso di colpa in generale: C. M. BIANCA, *Inadempimento delle obbligazioni*, in *Commentario al codice civile Scialoja e Branca*, Bologna-Roma, 1979, sub. art. 1227, 409; F. D. BUSNELLI, S. PATTI, *Danno e responsabilità civile*, Torino, 2013; G. CATTANEO, *Il concorso di colpa del danneggiato*, in *Riv. dir. civ.*, 1967, 467; N. DI PRISCO, *Concorso di colpa e responsabilità civile*, Napoli, 1973; S. PUGLIATTI, *Autoresponsabilità*, voce *Enc. Dir.*, IV, Milano, 1959, 463. Sul concorso di colpa connesso al mancato utilizzo delle cinture di sicurezza si veda in dottrina: G. B. AGRIZZI, *Le cinture di sicurezza ed il 2° comma dell'art. 2697 c.c.*, in *Arch. circolaz.*, 2000, 643; V. AMENDOLAGINE, *Brevi considerazioni in tema di sistemi di ritenuta*, nota a Giud. pace Viterbo 1 ottobre 2003, *Arch. circolaz.*, 2004, 19 L. AVIGLIANO (a cura di), *Concorso di colpa per mancato utilizzo delle cinture di sicurezza*, *Ventiquattrore avvocato*, 2013, fasc. 12, 46; A. P. BENEDETTI, *Cinture di sicurezza e ambulanza: un caso di (mancato) concorso del danneggiato*, nota a Cass. 18 settembre 2008, n. 23851, in *Danno e resp.*, 2009, 405; G. DE PIAZZI, *Mancato uso delle cinture di sicurezza ed esclusione del risarcimento del danno*, nota a Cass. civ. 13 febbraio 2018, n. 3418 (ord.), in *Arch. circolaz.*, 2018, 514; S. DROGHETTI, *Responsabilità civile da sinistro stradale e mancato uso delle cinture di sicurezza da parte del trasportato*, nota a Cass. civ. 2 marzo 2007, n. 4954, in *La responsabilità civile*, 2009, 410; D. FORNARO, *Ancora qualche considerazione sui sistemi di ritenuta e diritti fondamentali della persona*, nota a Giud. pace Viterbo 1° ottobre 2003, in *Arch. circolaz.*, 2006, 362; A. GRECO, *Mancato uso delle cinture di sicurezza da parte del trasportato e concorso di colpa del conducente*, nota a Cass. 11 marzo 2004, n. 4993, in *La responsabilità civile*, 2004, 125; S. MASTROIANNI, *Le conseguenze dell'omesso utilizzo della cintura di sicurezza da parte del trasportato*, in *Studium iuris*, 2013, 429; V. VOZZA, *Allacciate le cinture di sicurezza! – Una inversione di marcia nel concorso di colpa tra conducente e trasportato*, nota ad App. Venezia 7 maggio 2012, in *Danno e resp.*, 2013, 773. In dottrina sulla buona fede e correttezza in generale si veda *ex multis*: G. ALPA, *Corso di diritto contrattuale*, Padova 2006, p. 101 e ss.; ID., *Istituzioni di diritto privato*, Torino, 1997, 176 e ss., 1115 e ss.; L. BARASSI, *Teoria generale delle obbligazioni*, III, Milano 1948, 789; E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, I, Milano 1953, 63; C. M. BIANCA, *Diritto civile, Il contratto*, vol. III, Milano, 1996, p. 393; ID., *La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, I, 86; L. BIGLIAZZI GERI, U. BRECCIA, F. D. BUSNELLI, U. NATOLI, *Diritto civile, Obbligazioni e contratti*, Vol. III, Torino 2003, p. 69 e 151 e ss.; L. BIGLIAZZI GERI, *Buona fede nel diritto civile*, in *Dig. It.*, sez. civ., IV, Torino, 1988, 176; A. DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale*, in *Commentario Scialoja – Branca*, Bologna-Roma, 1990, sub. art. 1175, p. 338; M. FRANZONI, *Buona fede*, voce de *Enciclopedia giuridica Treccani*, in diritto online 2013; F. GALGANO, *Diritto civile e commerciale, Le obbligazioni e contratti*, Vol. II, Padova, 1993, p. 485 e ss.; F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2003, 548; R. MICCIO, *Delle obbligazioni in generale*, in *Commentario Utet*, Torino 1966, 50; U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, I, in *Tratt. di dir. civ. e comm.* diretto da A. Cicu e F. Messineo, 1974, 11; ID., *L'attuazione del rapporto obbligatorio e la valutazione del comportamento delle parti secondo correttezza*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1961, I, 157; G. PANZA, *Scritti vari di diritto civile*, Bari, 1993, p. 339 e ss.; S. ROMANO, *Buona fede (dir. priv.)*, voce *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1959,



del diritto di questo ultimo al risarcimento del danno¹². Il principio di diritto espresso nel 2004, richiamato nella motivazione della pronuncia in esame, poneva l'accento sulla sicurezza e, dunque, l'obbligo suddetto, strettamente connesso alla messa in circolazione dell'autoveicolo in condizioni di sicurezza (e tale non è la circolazione senza che il trasportato abbia allacciato le cinture di sicurezza), è ricollegabile all'azione o omissione non solo del trasportato, ma anche del conducente, che prima di iniziare o proseguire la marcia deve controllare che essa avvenga in conformità delle normali norme di prudenza e sicurezza. Sussiste in capo al conducente ed al trasportato un'ipotesi di cooperazione nel fatto colposo, cioè di cooperazione nell'azione produttiva dell'evento (diversa da quella in cui distinti fatti colposi convergono autonomamente nella produzione dell'evento), posto che fra costoro si è formato il consenso alla circolazione medesima con consapevole partecipazione di ciascuno alla condotta colposa dell'altro ed accettazione dei relativi rischi. Alla luce di quanto detto, salvo l'eventuale responsabilità verso terzi ex art. 2054, il conducente del veicolo deve risarcire, secondo la normativa generale degli art. 2043, 2056, 1227 c.c., anche il pregiudizio all'integrità fisica che il trasportato abbia subito in conseguenza dell'incidente, posto che il comportamento dello stesso, nell'ambito dell'indicata cooperazione, non può valere ad interrompere il nesso causale fra la condotta del conducente ed il danno, né ad integrare un valido consenso alla lesione ricevuta, vertendosi in materia di diritti indisponibili. Nella fattispecie esaminata dalla Suprema Corte nel 2004, confermando la sentenza di merito ed, avendo accertato che il mancato uso delle cinture di sicurezza aveva avuto un'efficienza causale nella produzione dell'evento dannoso subito dal trasportato pari al cinquanta per cento, aveva ritenuto

p.; S. TROIANO, *Ragionevolezza (diritto privato)*, voce *Enciclopedia del diritto*, Annali VI, Milano, 2013, 763 ss.

¹² Tale riduzione, proporzionale del danno in ragione dell'entità percentuale dell'efficienza causale del soggetto danneggiato, nella responsabilità extracontrattuale, si applica non soltanto nei confronti di questo ultimo, che reclama il risarcimento del pregiudizio direttamente patito e al cui verificarsi ha contribuito la sua condotta, ma anche nei confronti dei congiunti, che, in relazione agli effetti riflessi che l'evento di danno subito proietta su di essi, agiscono per ottenere il risarcimento dei danni subiti *iure proprio*, così come stabilito da Cass. civ. 23 ottobre 2014, n. 22514, in *Foro it.*, 2014, voce *Danni civili*, n. 124. Nella fattispecie esaminata dalla Suprema Corte nella predetta pronuncia, una minorenni danneggiata aveva concorso a cagionare il danno e, confermando il principio già espresso dalla corte di merito, è stata applicata la riduzione del risarcimento, in proporzione alla colpa della ragazza, anche al risarcimento spettante ai genitori a titolo di danno da lesione del rapporto familiare e di danno morale. La Corte è pervenuta a tale conclusione non solo in applicazione dell'art. 2048 c.c., e dunque del principio per cui del fatto illecito del minore erano tenuti a rispondere i genitori, ma anche dell'art. 1227, 1° comma, c.c.. In tal senso anche Cass. civ. 12 aprile 2017, n. 9349, in *Arch. circolaz.*, 2017, 723; Cass. civ. 26 aprile 2017, n. 10220, *ibidem*, 722; Cass. civ. 17 febbraio 2017, n. 4208, *Guida al dir.*, 2017, fasc. 14, 58, con nota di P. PIRRUCCIO.



il trenta per cento del concorso di colpa del trasportato e il venti per cento del concorso del conducente.

Tale principio, anteriormente alla pronuncia della Suprema Corte del 2004, era stato elaborato solo dalla giurisprudenza di merito, che ascriveva al trasportato un concorso di colpa pari al venti per cento, attribuendo la restante parte (vale a dire il restante ottanta per cento) nella misura del settanta per cento al conducente sulla cui autovettura la vittima viaggiava e nella misura del trenta per cento all'altro guidatore responsabile del sinistro, con la precisazione che il primo era da ritenersi responsabile non solo per non aver rispettato il codice della strada (nella specie il segnale di precedenza ed una velocità non moderata), ma perché non fece rispettare alla trasportata l'obbligo di indossare la cintura¹³.

Tuttavia, la giurisprudenza di legittimità, in altra fattispecie¹⁴ (passeggero che abbia accettato di essere trasportato su un'autovettura con conducente in evidente stato di ebrezza), ha ritenuto che il comportamento del danneggiato, vale a dire la mera accettazione del trasporto su suddetto autoveicolo, non fosse configurabile quale comportamento materiale di cooperazione all'incidente né di determinazione dell'evento dannoso. Infatti, sempre secondo il ragionamento della Suprema Corte, è configurabile il concorso colposo ai sensi dell'art. 1227, 1° comma c.c., solo nei casi in cui sussiste una cooperazione attiva del danneggiato nel fatto colposo del danneggiante.

4. – La sicurezza, dunque, è il principio ispiratore della *ratio decidendi* della Suprema Corte¹⁵, anche in altre circostanze, come nella fattispecie in cui il conducente di un ciclomotore con a bordo tre persone, di cui uno minore d'età (in violazione dell'art. 170 C.d.S.), abbia subito un incidente. Sussiste in capo sia al conducente, sia ai trasportati un'ipotesi di cooperazione colposa nella condotta causativa del fatto – evento dannoso, in quanto l'azione o l'omissione non solo del conducente (il quale prima di iniziare o proseguire la marcia deve controllare che questa avvenga in conformità delle normali norme di prudenza e sicurezza), ma anche del trasportato (il quale ha accettato i rischi della circolazione), hanno contribuito

¹³ Pret. Milano 23 gennaio 1991, in *Foro it.*, 1991, II, 258: è la prima volta che viene affermata la corresponsabilità del conducente per non aver fatto utilizzare al soggetto trasportato gli strumenti di protezione. Si tratta di omicidio colposo per la morte di una terza trasportata senza le cinture di sicurezza. Il giudice di merito ha ritenuto entrambi i conducenti delle due vetture, venute in collisione a causa della forte velocità in un incrocio, responsabili di omicidio colposo.

¹⁴ Cass. civ. 7 dicembre 2005, n. 27010, in *Danno e resp.*, 2006, 1199, con nota di A. P. BENEDETTI, *Guidatore ebreo e concorso di colpa del trasportato-danneggiato*.

¹⁵ Cass. civ. 13 maggio 2011, n. 10526, in *Giust. civ.*, 2013, I, 792, richiamata nella motivazione della sentenza in commento.



alla causazione del danno. Pertanto, in caso di danni al trasportato medesimo, sebbene la condotta di quest'ultimo non sia idonea di per sé ad escludere la responsabilità del conducente, né a costituire valido consenso alla lesione ricevuta (vertendosi in materia di diritti indisponibili), può costituire nondimeno un contributo colposo alla verifica del danno, la cui quantificazione in misura percentuale è rimessa all'accertamento del giudice di merito, insindacabile in sede di legittimità.

Ai sensi dell'art. 1227, 1° comma, c.c., la condotta omissiva del danneggiato si pone come causa (esclusiva o concorrente) del danno non solo quando l'obbligo di impedire l'evento è specificamente individuato da una norma, ma anche quando è genericamente riconducibile alla diligenza.

Sulla responsabilità per omissione, si sono espresse le Sezioni Unite¹⁶ che, interpretando estensivamente l'art. 1227, comma 2°, hanno stabilito che, il concorso omissivo colposo del danneggiato non può mai andare oltre l'obbligo di risarcire un danno "ulteriore" che lo stesso avrebbe potuto evitare usando l'ordinaria diligenza. Il medesimo orientamento era stato già seguito da giurisprudenza precedente¹⁷, che aveva escluso il diritto al risarcimento del danno, qualora la vittima del fatto illecito non avesse omesso di rimuovere tempestivamente una situazione pericolosa creata dal danneggiante, operando, ai sensi dell'art. 1227 c.c., il concorso del fatto colposo del danneggiante (nonostante la situazione pericolosa fosse stata aggravata da ulteriori elementi causali). In particolare il caso al vaglio della Suprema Corte riguardava un'impresa appaltatrice dei lavori di costruzione di una autostrada, la quale aveva omesso di smaltire i materiali di risulta accumulatisi nel corso dei lavori, determinando l'ostruzione dei canali di scolo delle acque reflue a protezione di una linea ferroviaria, con la conseguenza che l'acqua piovana, non trovando una via di deflusso, aveva provocato una frana sui binari e l'interruzione del traffico ferroviario; la Suprema Corte confermava la sentenza di merito, la quale aveva escluso una corresponsabilità del gestore la rete ferroviaria, per non avere tempestivamente ripristinato i canali di scolo.

La sentenza in epigrafe è conforme, altresì, all'orientamento delle Sezioni Unite¹⁸, la

¹⁶ Cass. civ., sez. un., 21 novembre 2011, n. 24406, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, I, 431, con nota di V. BACHELET, *Concorso colposo del danneggiato: il quasi inestricabile intreccio tra la causalità e la colpa e l'irruzione sul campo della solidarietà*.

¹⁷ Cass. civ. 30 settembre 2008, n. 24320, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, I, 390, con nota di A. SALOMONI, *Sul fatto colposo del danneggiato e sul danno evitabile di cui 1° e 2° comma art. 1227 c.c.*

¹⁸ Cass. civ., sez. un., 1° luglio 2002, n. 9556, in *Foro it.*, 2002, I, 3060, con nota di A. PALMIERI, *Risarcimento del danno morale per la compromissione di un intenso legame affettivo con la vittima di lesioni personali*; annotata anche da M. ROSSETTI, *Il danno non patrimoniale da morte o lesioni del congiunto*, in *Dir. e giustizia*, 2002, fasc. 34, 21.



quale aveva composto la divergenza di indirizzi insorta nella giurisprudenza di legittimità a seguito di Cass. 23 aprile 1998, n. 4186¹⁹, offrendo una soluzione poi seguita anche da altre pronunce successive dei giudici di legittimità²⁰.

Va tuttavia segnalato che sempre la giurisprudenza di merito ha alcune volte rinvenuto nell'omissione del soggetto trasportato l'unica causa del danno dallo stesso subito, anche in applicazione dell'art. 41 c.p.²¹, mentre in almeno un'occasione si è ritenuto che la circostanza *de qua* non avesse, al contrario, alcun rilievo²². Occasionalmente la giurisprudenza precisa che non solo il mancato uso delle cinture potrebbe non incidere sul danno subito dal passeggero, ma che addirittura il loro impiego può in alcuni casi produrre le lesioni che la vittima riporta²³, al fine di evitare ogni automatismo fra il mancato utilizzo dei sistemi di protezione *de quibus* e l'applicazione dell'art. 1227, 1° comma, c.c.; ma si tratta, in tale ultima ipotesi, di argomentazioni ricostruttive antecedenti all'imposizione dell'utilizzo delle cinture di sicurezza²⁴.

¹⁹ In *Foro it.*, Rep. 1998, voce *Danni civili*, n. 136.

²⁰ Cass. civ. 16 maggio 2003, n. 7629, in *Arch. circolaz.*, 2003, 1074; Cass. civ. 14 maggio 2003, n. 7379, in *Foro it.*, Rep. 2003, voce *Danni civili*, n. 246; Cass. civ. 26 febbraio 2003, n. 2888, in *Arch. circolaz.*, 2003, 564; sulla categoria dei danni riflessi o da rimbalzo anche Cass. civ. 31 maggio 2003, nn. 8827 e 8828, in *Foro it.*, 2003, I, 2272, con nota di E. NAVARRETTA, *Danni non patrimoniali: il dogma infranto e il nuovo diritto vivente*; annotata anche da F. D. BUSNELLI, *Chiaroscuri d'estate. La Corte di cassazione e il danno alla persona*; G. PONZANELLI, *Ricomposizione dell'universo non patrimoniale: le scelte della Corte di cassazione*, e A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *L'art. 2059 c.c. va in paradiso*, tutti in *Danno e resp.*, 2003, 831 ss., ed altresì da P. CENDON, *Anche se gli amanti si perdono l'amore non si perderà. Impressioni di prima lettura su Cass. 8828/03*, in *Riv. critica dir. privato*, 2003, 385 ss.; e da E. BARGELLI, *Danno non patrimoniale ed interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 2059 c.c.*, in *Resp. civ.*, 2003, 685 ss.; per altri commenti si veda C. CASTRONOVO, *Il danno alla persona fra essere e avere*, in *Danno e resp.*, 2004, 237 ss.; P. CENDON, *La disciplina dei danni non patrimoniali dopo Cass. 8828/03*, in *Persona e danno*, a cura di P. Cendon, Milano, 2004, 541 ss.; G. PONZANELLI, *Le tre voci di danno non patrimoniale: problemi e prospettive*, in *Danno e resp.*, 2004, 5 ss.

²¹ Giud. Pace Cefalù 29 maggio 1999, in *Foro it.*, Rep. 1999, voce *cit.*, n. 285, e Trib. Crema 8 luglio 1997, *id.*, Rep. 1998, voce *cit.*, n. 217.

²² Pret. Catania 13 agosto 1997, *id.*, Rep. 1997, voce *cit.*, n. 226; ma anche G.B. AGRIZZI, *Irrilevanza ai fini della responsabilità del fatto illecito delle violazioni da parte del danneggiato di norme a lui dirette e finalizzate esclusivamente alla sua incolumità*, in *Arch. circolaz.*, 1996, 3. Tuttavia, in una recente giurisprudenza di merito il mancato utilizzo di cinture di sicurezza può essere invocato ai fini di ridurre la misura del risarcimento solo ove sia provato che quell'uso avrebbe ridotto, o addirittura eliminato in radice, il danno cfr. App. Firenze 19 gennaio 2017, *id.*, 2017, 735.

²³ Giud. Pace Cesena 28 novembre 1996, *Foro it.*, Rep. 1997, voce *cit.*, n. 248; ma anche C. ROMANO, *Considerazioni su un caso di lesività mortale da cinture di sicurezza*, in *Riv. giur. circolaz. e trasp.*, 1989, 563.

²⁴ In dottrina: A. ABRUGIATI, *Brevi note in materia di cinture di sicurezza*, in *Riv. giur. circolaz. e trasp.*, 1990, 23 ss.; E. COLOMBINI, *Cinture di sicurezza e risarcimento danni*, in *Arch. circolaz.*, 1998, 545; G. CRISCUOLI, *«Cinture di sicurezza» e responsabilità civile: un confronto ed una prospettiva per l'art.*



5. – Il principio di causalità materiale come descritto dall'articolo 41, c.p.p., e dall'articolo 1227, comma 1, c.c., viene altresì utilizzato dalla giurisprudenza per stabilire se in presenza di fatti imputabili a più persone, coevi o succedutisi nel tempo, debba essere riconosciuta a tutti un'efficacia causativa del danno, ovvero se debba attribuirsi il rango di causa efficiente esclusiva ad uno solo dei fatti imputabili, ovvero riveli l'inesistenza, negli altri fatti, del valore di concausa. Nel primo caso, vale a dire il riconoscimento collettivo dell'efficacia causativa, si verifica quando tutti abbiano determinato una situazione tale che, senza l'uno o l'altro di essi, l'evento non si sarebbe verificato; nel secondo caso, vale a dire attribuzione della causa esclusiva ad uno solo, si ha quando lo stesso, inserendosi quale causa sopravvenuta nella serie causale, interrompa il nesso eziologico tra l'evento dannoso e gli altri fatti; infine nel terzo caso, vale a dire quando il medesimo, esaurendo sin dall'origine e per forza propria la serie causale, li releghi al livello di occasioni estranee²⁵.

Le argomentazioni della Suprema Corte inducono a collocare la fattispecie nell'ambito della colpa omissiva, perché al guidatore del mezzo viene addebitato di non aver provveduto ad assicurarsi che il trasportato abbia allacciato le cinture di sicurezza o, in alternativa, di non aver arrestato la marcia a seguito dell'eventuale rifiuto del passeggero²⁶ con la precisazione, tuttavia, che il caso concreto sembra riguardare un'ipotesi non di vera e propria responsabilità per omissione, bensì di responsabilità omissiva impro-

1227, 1° comma, c.c., in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1977, 504; R. SAPIA, *Casco, cinture e sistemi di protezione: a tutela di che cosa?*, in *Riv. giur. circolaz. e trasp.*, 1996, 92; con particolare riguardo ai problemi di onere della prova (che la decisione evoca incidentalmente nella parte della motivazione dedicata alla c.t.u.): G. B. AGRIZZI, *Le cinture di sicurezza ed il 2° comma dell'art. 2697 c.c.*, in *Arch. circolaz.*, 2000, 643; A. PALMIERI, *Avvinti in un insolito destino: cinture di sicurezza e risarcimento del danno alla persona*, in *Danno e resp.*, 1997, 379; M. ROSSETTI, *Omesso uso delle cinture di sicurezza e colpa del danneggiato*, in *Riv. giur. circolaz. e trasp.*, 1997, 358; F. VAGLIO, *Omesso uso delle cinture di sicurezza*, in *Riv. giur. circolaz. e trasp.*, 1998, 1024.

²⁵ Cass. civ. 4 gennaio 2017, n. 92, in *Foro it.*, Rep. 2017, voce *Responsabilità civile*, n. 96; Cass. civ. 12 settembre 2005, n. 18094, in *Danno e resp.*, 2006, 518, con nota di M. CAPECCHI, *Responsabilità civile e interruzione del nesso causale*.

²⁶ Sulla colpa omissiva in generale: G. ALPA, *Il problema dell'atipicità dell'illecito*, Napoli, 1979, 127 ss.; ID., *Trattato di diritto civile. IV. La responsabilità civile*, Milano, 1999, 259 ss.; M. BUSSANI, *La colpa soggettiva*, Padova, 1991, 38 ss.; F. CAFAGGI, *Profili della colpa relazionale*, Padova, 1996, 259 ss.; G. CRICENTI, *Il problema della colpa omissiva*, Padova, 2002; M. FRANZONI, *Dei fatti illeciti*, in *Commentario Scialoja-Branca*, Roma-Bologna, 1993, 151 ss.; C. MAIORCA, *I fondamenti della responsabilità civile*, Milano, 1990, 390 ss.; ID., *Colpa civile (teoria gen.)*, voce dell'*Enciclopedia del diritto*, Milano, 1960, VII, 582 ss. e 602 ss.; P. G. MONATERI, *Manuale della responsabilità civile*, Torino, 1999, 68 ss.; R. SCOGNAMIGLIO, *Responsabilità civile*, voce del *Novissimo digesto*, Torino, 1968, XV, 268 ss.; P. TRIMARCHI, *Illecito (dir. priv.)*, voce dell'*Enciclopedia del diritto*, Milano, 1970, XX, 99 ss.; G. VISINTINI, *I fatti illeciti. II. La colpa in rapporto agli altri criteri di imputazione della responsabilità*, Padova, 1990, 20 ss.



pria, perché il pregiudizio subito dal terzo deriva dallo svolgimento di una precedente attività (nella specie, un'attività di per sé pericolosa, quale quella inerente la circolazione stradale), senza l'adozione delle dovute cautele, quindi una responsabilità che non è indipendente dalla condotta del soggetto sul quale viene fatto gravare l'obbligo di agire.

Tuttavia la giurisprudenza²⁷ non recepisce la cennata distinzione e rimane compito dell'interprete operare il distinguo nel momento in cui affronta i vari problemi connessi alla colpa omissiva, fra i quali quello (che a rigore riguarda solo la responsabilità omissiva propria) inerente il principio di tipicità che regola la *culpa in omittendo*; principio che, comunque, la giurisprudenza mette almeno in parte in crisi nel momento in cui stabilisce che la fonte dell'obbligo la cui violazione dà origine all'addebito è da individuarsi non solo nella legge, ma anche nel fatto di aver determinato uno stato di pericolo per il diritto altrui²⁸.

Infine, a prescindere dalla lettura in termini di colpa omissiva della decisione, la stessa va comunque segnalata anche per il modo con il quale viene decisa la fattispecie concreta sottoposta all'esame dei giudici, i quali procedono ad una ripartizione della parte di danno derivante dalla negligente condotta di guida del conducente (da un lato) e dal mancato uso delle cinture di sicurezza da parte del soggetto trasportato (dall'altro), procedendo poi ad un'ulteriore suddivisione della seconda parte di danno fra il guidatore del mezzo ed il passeggero²⁹.

Prima della riforma che ha imposto l'utilizzo delle cinture di sicurezza, il predetto obbligo era equiparato, in giurisprudenza, all'obbligo del casco ai fini del riconoscimen-

²⁷ Una sola eccezione: Trib. Vibo Valentia-Tropea 9 luglio 2001, in *Foro it.*, Rep. 2001, voce *Responsabilità civile*, n. 364, e in *Danno e resp.*, 2001, 970, con nota di F. AGNINO, *Responsabilità della banca per danno al cliente*, ma in tale sentenza si faceva riferimento alla specifica ipotesi di responsabilità omissiva concernente gli istituti di credito.

²⁸ Per varie decisioni in tal senso, N. MAZZIA, «*Furto*» di neonato e responsabilità civile dell'ospedale, in *Foro it.*, 1988, I, 1629 ss., nel «rapporto negoziale o di altra natura» sussistente fra danneggiante e danneggiato, ad esempio, Cass. civ. 25 settembre 1998, n. 9590, *id.*, Rep. 1999, voce *cit.*, n. 173; nello «specifico rapporto intercorrente fra il titolare dell'interesse leso e l'autore della lesione», ad esempio, Cass. civ. 28 ottobre 1978, n. 4934, *id.*, Rep., 1979, voce *cit.*, n. 67; Cass. civ. 6 dicembre 1972, n. 3529, *id.*, Rep. 1973, voce *cit.*, n. 76; 27 novembre 1972, n. 3462, *ibid.*, n. 78; ovvero in un'occasione, con evocazione della categoria del contatto sociale, in un «rapporto di cortesia»; Cass. civ. 14 gennaio 1971, n. 66, *id.*, 1971, I, 2656.

²⁹ Per ulteriori riferimenti sul punto: C. RUPERTO, *La giurisprudenza sul codice civile, coordinata con la giurisprudenza, libro IV, Delle obbligazioni*, Milano 2012, 548; B. TASSONE, *Mancato uso delle cinture di sicurezza, colpa omissiva del conducente e «apportioning of liability»*, in *Danno e resp.*, 2004, 724; mentre per una più ampia ricognizione della giurisprudenza che pone problemi di ripartizione di responsabilità, ID., *Pluralità di coautori del fatto illecito e ruolo della colpa*, in *La colpa nella responsabilità civile contrattuale ed extracontrattuale*, in *Trattato diretto da Cendon*, Torino.



to di un concorso di colpa per il passeggero che non ha osservato tali obblighi³⁰, tuttavia la Corte Costituzionale³¹, chiamata a decidere in ordine alla illegittimità costituzionale per la violazione dell'obbligo dell'utilizzo del casco, ha ritenuto che “[è] manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 171 decreto legislativo 30 aprile 1992 n. 285, nella parte in cui non prevede l'esenzione dall'obbligo di indossare il casco per coloro che risultino affetti da patologie che ne impediscano l'uso, in relazione a quanto invece stabilito dall'art. 172 stesso decreto legislativo con riguardo all'analogo obbligo relativo alle cinture di sicurezza, in riferimento all'art. 3 Cost.”, in quanto nella specie si trattava di fattispecie non omogenee e che le ragioni poste alla base dell'obbligo del casco protettivo, rispetto a quelle relative alle cinture di sicurezza, sarebbero «del tutto diverse»³².

Il concorso di colpa, dunque, riferito all'art. 1227 c.c. è stato variamente interpretato dalla giurisprudenza sia in relazione al primo comma, sia in relazione al secondo comma. In questo ultimo senso il danneggiato ha il dovere di attivarsi, secondo l'ordinaria diligenza, per evitare il danno; tale dovere deve essere inteso come sforzo di evitare il danno attraverso un'agevole attività personale o mediante un sacrificio economico relativamente lieve; non sono comprese nell'ambito dell'ordinaria diligenza quelle attività che siano gravose o eccezionali o comunque tali da comportare notevoli rischi o rilevanti sacrifici; ne consegue che, in generale, l'obbligo di cooperazione del creditore, al fine di evitare l'aggravarsi del danno, nell'ambito dell'ordinaria diligenza, può riguardare solo quelle attività che non siano gravose, eccezionali o tali da comportare notevoli rischi e sacrifici per il creditore, secondo una valutazione riservata al giudice di merito e sottratta al sindacato di legittimità ove sorretta da congrua motivazione³³.

³⁰ Giud. Pace Catanzaro 4 ottobre 2000 e 19 luglio 2000, *Foro it.*, 2001, I, 2111.

³¹ Corte Cost. 06 novembre 2001, n. 348 (ord.), in *Foro it.*, 2002, parte I, 303; per la manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale della l. 143/89, che ha introdotto l'obbligo dell'uso delle cinture di sicurezza, perché tale obbligo non tange né il fondamentale diritto alla salute né l'inviolabilità della libertà personale, ma risponde solo a criteri di esclusiva scelta del legislatore di salvaguardare, per quanto possibile, in via preventiva la persona del guidatore e del passeggero dalle conseguenze traumatiche dei sinistri stradali, si veda Pret. Torino 30 ottobre 1995, *id.*, Rep. 1996, voce *cit.*, n. 109.

³² La questione di legittimità costituzionale degli art. 1, 2 e 3 l. 11 gennaio 1986 n. 3, sull'uso obbligatorio del casco protettivo per gli utenti di motocicli e ciclomotori, nella parte in cui comportano disparità di trattamento, in quanto obbligano solo i minorenni ad indossare il casco quando siano alla guida di ciclomotori, mentre esonerano i maggiorenni pur in presenza di un rischio sostanzialmente identico, e obbligano irragionevolmente chiunque guidi, anche in ambito urbano, un motoveicolo oltre i cinquanta cc. ad indossare il casco, è stata dichiarata infondata da Corte Cost. 16 maggio 1994, n. 180, *Foro it.*, 1994, I, 1634, e manifestamente infondata da Corte Cost. 6 marzo 1995, n. 84 (ord.), *id.*, Rep. 1995, voce *cit.*, n. 121.

³³ Cass. civ. 11 marzo 2016, n. 4865, in *Danno e resp.*, 2016, 591, con nota di V. CARBONE, *L'evoluzione*



In tema di risarcimento del danno, l'ipotesi del fatto colposo del creditore che abbia concorso al verificarsi dell'evento dannoso, di cui al 1 comma dell'art. 1227 c.c., va distinta da quella disciplinata dal 2 comma medesima norma. Questa ultima, infatti è riferibile ad un contegno dello stesso danneggiato che abbia prodotto il solo aggravamento del danno senza contribuire alla sua causazione. Le differenze sono le seguenti: nel primo caso il giudice deve procedere d'ufficio all'indagine in ordine al concorso di colpa del danneggiato, qualora risultino prospettati gli elementi di fatto dai quali sia ricavabile la colpa concorrente, sul piano causale; nella seconda tale situazione deve formare oggetto di un'eccezione in senso stretto, in quanto il dedotto comportamento del creditore costituisce un autonomo dovere giuridico, posto a suo carico dalla legge quale espressione dell'obbligo di comportarsi secondo buona fede³⁴.

La giurisprudenza considera la buona fede nell'alveo della solidarietà sociale, ne enuncia il contenuto ma non offre un criterio di concretizzazione del contenuto³⁵. In linea di principio, attraverso la costituzionalizzazione della buona fede, quest'ultima si rafforza, nel senso che la regola formale, cristallizzata in generale nella pattuizione, incontra un limite in ordine alle situazioni giuridiche attive e passive, nelle regole sostanziali di attuazione del principio di giustizia sociale. Questa idea è solitamente espressa con la formula per cui ciascun contraente deve salvaguardare l'interesse altrui, con il limite, però, dell'apprezzabile sacrificio dell'interesse proprio. In questo senso, infatti, occorre tenere presente quanto la Suprema Corte³⁶ ha affermato circa il problema del bilanciamento tra valori diversi ma costituzionalmente rilevanti: la lettura in chiave di solidarietà costituzionale della buona fede opera “*nei limiti di compatibilità di pari grado e dignità*”, ma non ha mai effettuato alcun giudizio di bilanciamento³⁷.

del danno «evitabile» nei rapporti civili e in quelli amministrativi. Sul principio di ordinaria diligenza ex art. 1227 c.c. in sede amministrativa “non è possibile addossare al debitore i danni che il creditore avrebbe potuto evitare usando l'ordinaria diligenza”, T.a.r. Lazio 8 gennaio 2016, n. 188, in Foro amm., 2016, 156.

³⁴ Cass. civ. 25 maggio 2010, n. 12714, in *Foro it.*, Rep. 2010, voce *Danni civili*, n. 226.

³⁵ G. GIACOBBE, *Le nuove frontiere della giurisprudenza*, Milano, 2001, p. 657 ss.; sul rapporto tra art. 2 Cost. ed art. 1175 c.c. si veda G. ALPA, *Pretese del creditore e normativa di correttezza*, nota a Trib. Bologna 21 luglio 1970, in *Riv. dir. comm.*, 1971, II, 277 ss.; S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano 1965, 162.

³⁶ Cass. civ. 13 gennaio 1993, n. 343, in *Corriere giur.*, 1993, 834, con nota di G. RENNA, *Responsabilità della banca per inosservanza delle cautele imposte alle aziende di credito*; in *Dir. banc.*, 1993, I, 399, con nota di B. INZITARI, *Concessione abusiva di credito: irregolarità del fido, false informazioni e danni conseguenti alla lesione dell'autonomia contrattuale*; in *Giur. it.*, 1993, I, 1, 2129, con nota di G. SICCHIERO, *Appunti sul fondamento costituzionale di buona fede*; in *Resp. civ.*, 1993, 808, con nota di C. AMATO, *Prolungata giacenza dei titoli presenti all'incasso e colpa in omettendo della banca trattaria*.

³⁷ Per una disamina dei rapporti tra solidarietà e danno ingiusto, E. NAVARRETTA, *Bilanciamento di interessi costituzionali e regole civilistiche*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1998, 625 ss.



Secondo autorevole dottrina³⁸ il richiamo al principio di solidarietà tende oggi a diventare “una sorta di chiave di lettura dell’intero ordinamento” per recuperare la crisi della sistematicità in un’ottica diversa e meno formalistica, ovvero resta una “formula in bianco...non sufficientemente determinata”³⁹, in quanto un tentativo dottrinario di dare al precetto di buona fede il contenuto dei principi generali dell’ordinamento o dei principi costituzionali non ha sortito alcun tangibile risultato.

Pertanto, il richiamo al criterio della solidarietà sociale della buona fede non sarebbe servito a raggiungere lo scopo di dirimere la controversia, infatti la sentenza in commento ha solo richiamato il principio di correttezza, quale clausola generale, focalizzando la propria attenzione sul rapporto tra il comportamento illecito (mancato utilizzo delle cinture di sicurezza), contrario a norme imperative, il concorso di colpa del danneggiato e del conducente e la normale diligenza⁴⁰.

Tuttavia, nella valutazione del principio enunciato nella motivazione della sentenza in commento vi è un richiamo “alla consolidata giurisprudenza di questa Corte, secondo la quale, qualora la messa in circolazione di un veicolo in condizioni di insicurezza è ricollegabile oltre che all’azione o all’omissione del conducente, il quale deve controllare, prima di iniziare o proseguire la marcia, che questa avvenga in conformità delle normali norme di prudenza e sicurezza anche al fatto del trasportato, che ha accettato i rischi della circolazione, si verifica un’ipotesi di cooperazione colposa dei predetti nella condotta causativa dell’evento dannoso”. Pertanto il richiamo alla “messa in circolazione di un veicolo in condizioni di insicurezza”, per l’imputazione della responsabilità in capo al conducente, ed alla “prudenza e sicurezza”, per la cooperazione del danneggiato e del

³⁸N. LIPARI, «Spirito di liberalità» e «spirito di solidarietà», in *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.*, 1997, 13-14.

³⁹C. M. BIANCA, *Diritto civile, Il contratto*, vol. III, Milano, 2000, 503.

⁴⁰Il rapporto tra art. 1227, comma 1° ed art. 2 Cost. era stato già elaborato nella sentenza della Cass. civ. 26 maggio 2014, n. 11698, in *Arch. circolaz.*, 2014, 706, in cui viene enunciato il principio secondo il quale “l’esposizione volontaria ad un rischio, o, comunque, la consapevolezza di porsi in una situazione da cui consegue la probabilità che si produca a proprio danno un evento pregiudizievole, è idonea ad integrare una corresponsabilità del danneggiato e a ridurre, proporzionalmente, la responsabilità del danneggiante, in quanto viene a costituire un antecedente causale necessario del verificarsi dell’evento, ai sensi dell’art. 1227, 1° comma, c.c., e, a livello costituzionale, risponde al principio di solidarietà sociale di cui all’art. 2 Cost. avuto riguardo alle esigenze di allocazione dei rischi (riferibili, nella specie, all’ambito della circolazione stradale) secondo una finalità comune di prevenzione, nonché al correlato obbligo di ciascuno di essere responsabile delle conseguenze dei propri atti”. La fattispecie al vaglio della Suprema Corte riguardava un passeggero che aveva partecipato ad una gara automobilistica clandestina; in applicazione dell’anzidetto principio, la Suprema Corte, aveva ritenuto sussistente il concorso di colpa del danneggiato per aver partecipato come passeggero alla predetta gara, confermando la sentenza di merito.



conducente nella causazione del danno, sembrano richiamare la *ratio legis* dell'obbligo delle cinture di sicurezza, vale a dire la sicurezza⁴¹, sia mediante la prevenzione dei rischi (come nel primo caso) sia mediante l'applicazione di un criterio sanzionatorio (la cooperazione alla causazione del danno e di conseguenza la riduzione in percentuale del risarcimento) in capo al conducente.

Pertanto, la sanzione amministrativa in caso di violazione dell'obbligo delle cinture di sicurezza, ex art. 172 C.d.S., come sopra richiamata, resta in capo a colui che non ha ottemperato al predetto obbligo, non anche al conducente del veicolo. Se dovessimo applicare il medesimo principio al conducente, non titolare della violazione, lo stesso sarebbe esonerato dal concorso di colpa nel caso in cui il danneggiato non abbia allacciato le cinture.

6. – Nella giurisprudenza della Suprema Corte il veicolo in circolazione è considerato come se fosse “*un'arma*”, secondo un'interpretazione estensiva di circolazione stradale⁴².

In questa ottica il conducente deve applicare l'ordinaria diligenza (vale a dire la diligenza del buon padre di famiglia) nella messa in circolazione del veicolo, in modo tale che lo stesso non arrechi danni a terzi. Tuttavia, occorre fare una distinzione: se il conducente è un soggetto privato, la diligenza è quella dell'uomo medio, ex art. 1176, 1° comma, c.c., se, diversamente, è un professionista-imprenditore, la diligenza dovrà essere valutata con riguardo alla natura dell'attività, ex art. 1176, 2° comma, c.c.⁴³, ad esempio quella del vettore. Con particolare riferimento alla responsabilità di questo ultimo per i danni subiti dal viaggiatore durante il viaggio, l'art. 1681 c.c. pone una presunzione di

⁴¹ Sul punto vale quanto richiamato alla nota n. 2.

⁴² Tale interpretazione si colloca nel solco già tracciato dalle sezioni unite, secondo cui nel concetto di circolazione (ai fini dell'applicabilità della disciplina sull'assicurazione obbligatoria r.c.a.), rientrano tutte le operazioni che il veicolo è destinato a compiere con le sue proprie modalità: Cass. civ., sez. un., 29 aprile 2015, n. 8620, in *Foro it.*, 2015, I, 2354, con nota di richiami di R. PARDOLESI; ma anche S. ARGINE, *Le sezioni unite e il concetto di circolazione stradale: luci ed ombre interpretative*, in *Resp. civ. e prev.*, 2016, 214. Per la giurisprudenza europea sulla nozione di circolazione stradale, Corte Giust. 20 dicembre 2017, causa C-334/16, <www.curia.europa.eu>; 28 novembre 2017, causa C-514/16, in *Foro it.*, 2018, IV, 100; 4 settembre 2014, causa C-162/13, *id.*, *Rep.* 2014, voce *Unione europea*, n. 1845.

⁴³ L. BIGLIAZZI GERI, U. BRECCIA, F. D. BUSNELLI, U. NATOLI, *Diritto civile, Le obbligazioni e i contratti*, III, Torino 2003, p. 86: la “diligenza” è principio che trae origine dal diritto romano, ed ha il significato di “attenzione e ponderazione”; S. RODOTÀ, voce *Diligenza*, *Enc. Dir.* XII, Milano 1964, 539; per la distinzione tra diligenza ordinaria e professionale F. GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, vol. II, 1, Padova, 1994, p. 36.



responsabilità a carico del vettore, il quale deve provare di aver adottato tutte le misure idonee ad evitare il danno, mentre sarà onere probatorio del danneggiato dimostrare il nesso di causalità tra il danno e il trasporto⁴⁴.

Se inquadrato in questo ordine di idee, il concorso di colpa del conducente per il mancato utilizzo delle cinture di sicurezza del terzo trasportato assume una rilevanza diversa a seconda che il veicolo sia privato o sia del servizio di trasporto di persone, dovendosi applicare nel primo caso la diligenza ordinaria, mentre nel secondo caso la diligenza professionale. E dunque solo in questa ultima ipotesi rileverebbe il principio espresso dalla Suprema Corte nella sentenza in commento con l'applicazione del comma 1°, dell'art. 1227 c.c., mentre nella prima ipotesi troverebbe applicazione il minor rigore previsto dall'art. 1227, comma 2°.

Il trasporto privato, tuttavia, può essere gratuito o di cortesia (amichevole) e rientra tra le prestazioni gratuite di fare, per le quali è applicabile il principio di responsabilità attenuata⁴⁵, in virtù del generale richiamo all'art. 414 codice della navigazione, che prevede un minor rigore nella qualificazione della responsabilità del vettore. Questo ultimo,

⁴⁴ In ordine al concetto di danno subito "durante il viaggio" la giurisprudenza di legittimità ha chiarito che "In tema di responsabilità del vettore per danni alle persone trasportate ai sensi dell'art. 1681 cod. civ., sebbene si devono considerare come avvenuti durante il viaggio anche i sinistri che colpiscono il viaggiatore verificatisi durante le operazioni preparatorie ed accessorie del trasporto o durante le fermate, è pur sempre richiesto un nesso causale tra evento dannoso e viaggio e, quindi, tra evento dannoso e veicolo di locomozione, che del viaggio costituisce il mezzo. Ne consegue che, per operazioni accessorie o preparatorie al trasporto, possono intendersi – a titolo esemplificativo – la salita o la discesa dal mezzo, il carico dei bagagli, l'obliterazione del titolo di viaggio che avvenga sul veicolo, l'apertura e la chiusura delle porte o dei finestrini, lo spostamento all'interno del mezzo, la sistemazione ai posti, ma non la discesa sulla scala d'accesso alla stazione metropolitana": Cass. civ. 17 luglio 2003, n. 11198, in *Danno e resp.*, 2003, 1187, con nota di A. GIORDO, *Operazioni accessorie al trasporto e responsabilità del vettore*; altresì in *Dir. trasp.*, 519, con nota di M. BADAGLIACCA, *In ordine all'ambito temporale ed agli oneri probatori nel trasporto di persone ex art. 1681 c.c.*. Sussiste, dunque, detta presunzione di responsabilità anche quando il danno si verifichi nel momento di sosta del veicolo, sempreché il vettore non provi che il fatto dannoso sia da attribuire al comportamento di un terzo. In particolare, Cass. civ. 25 febbraio 2009, n. 4482, in *Foro it., Rep.*, 2009, voce *Trasporto*, n. 27 stabilisce che "In tema di trasporto di persone, la presunzione di responsabilità, che l'art. 1681 c.c. pone a carico del vettore, in ordine ai sinistri che colpiscono la persona durante il viaggio, opera quando sia provato il nesso causale tra il sinistro al viaggiatore e l'attività del vettore, tale presunzione, può considerarsi ugualmente fornita quando il fatto che ha determinato l'evento non poteva essere impedito da alcuna delle misure di prevenzione che il vettore era obbligato a porre in atto".

⁴⁵ Per una trattazione sul rapporto tra prestazioni gratuite di fare e responsabilità, si veda M. GAZZARA, *Prestazioni gratuite di fare e responsabilità attenuata*, *Il Foro napoletano, Quaderni*, 24, Napoli 2018, il quale partendo da una ricostruzione della fattispecie, attraverso un'analisi delle forme tipiche di negozi gratuiti, evidenzia l'estensione del principio di responsabilità attenuata alle fattispecie gratuite atipiche, tra le quali rientra il trasporto amichevole. Per una trattazione generale sul deposito e comodato gratuito: U. MAJELLO, *Custodia e deposito*, Napoli, 1958.



infatti, risponde per sé e per i suoi dipendenti o preposti soltanto se il danneggiato riesce a dimostrarne il dolo o la colpa grave⁴⁶, il che equivale a dire che il vettore non è imputabile per colpa lieve (diversamente da quanto previsto in via generale dall'art. 2043 c.c.). Il trasporto amichevole o di cortesia, (come ad esempio dare un passaggio in auto ad un amico), dunque, pur nascendo da un accordo tra le parti, non impone lo stesso rigore nell'esecuzione del trasporto oneroso⁴⁷ o del trasporto gratuito⁴⁸.

La giurisprudenza, invece, al problema di una più efficace tutela del danneggiato anche nel trasporto amichevole, ha ritenuto di rispondere mercé l'applicazione delle presunzioni *ex art. 2054 c.c.*, a partire dal *revirement* del 1998⁴⁹, cui si è sostanzialmente uniformata la successiva giurisprudenza di legittimità⁵⁰ e di merito⁵¹.

⁴⁶ La giurisprudenza immediatamente successiva all'entrata in vigore del codice civile, in assenza della figura del trasporto gratuito, presente nel codice del commercio abrogato, aveva proposto un'applicazione analogica dell'art. 414 cod. nav. al trasporto terrestre a titolo amichevole, Cass. civ. 29 marzo 1950, n. 848, in *Foro it.*, 1950, I, 1010; Cass. civ. 16 aprile 1951, n. 933, in *Giur. it.*, 1952, I, 1, 290. Anche parte della dottrina aveva sostenuto l'applicazione analogica a tale principio: A. ASQUINI, *Massime non consolidate in tema di responsabilità nel trasporto di persone*, in *Riv. dir. comm.*, 1952, II, 14 e ss.; ID., *Trasporto* (in genere), in *Noviss. Dig. it.*, XIX, Torino, 1973, 567; A. FLAMINI, *Il trasporto amichevole*, Napoli, 1977, 118 e ss.; S. ROMANO, *Il trasporto di cortesia*, in *Studi in onore di L. Mossa*, III, 311; M. RIGUZZI, *Il contratto di trasporto*, II ed., in *Tratt. Bessone*, vol. XVI, Torino, 2006, 63; G. ROMANELLI – G. SILINGARDI, *Trasporto. I) Terrestre*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1994; O. SENISE, *In tema di trasporto amichevole o di cortesia*, in *Foro it.*, 1955, IV, 256; L. TULLIO, *Il Trasporto*, in *I contratti*, in *Diritto civile*, diretto da N. Lipari e U. Rescigno e coordinato da A. Zoppini, III, 3 Milano, 2009, 226 ss.

⁴⁷ Tuttavia, parte della dottrina non ravvisa tale equiparazione, assoggettando la responsabilità nascente dal trasporto amichevole nell'alveo dell'art. 2043 c.c., non essendo applicabili le norme sul contratto: R. SACCO G. DE NOVA, *Il contratto*, in *Tratt. dir. civ.* diretto da Sacco, II, 3 Torino, 2004, 17. In dottrina, l'inquadramento sistematico della responsabilità del vettore a titolo cortese sembra essere prevalentemente quello della responsabilità da inadempimento e se pur si volesse mantenere la distinzione con quella del vettore a titolo gratuito (che si configurerebbe come *stricto sensu* contrattuale) la conseguenza sarebbe l'applicabilità alla prima della regola generale di cui all'art. 1218 c.c. e alla seconda dell'art. 1681 c.c.: D. PERETTI-GRIVA, *Sul trasporto amichevole o di cortesia*, in *Riv. dir. comm.*, 1948, II, 114.

⁴⁸ La distinzione tra trasporto gratuito e amichevole, sia in dottrina (S. BUSTI, *Contratto di trasporto terrestre*, in *Trattato dir. civ.* diretto da A. Cicu, F. Messineo, L. Mengoni, P. Schlesinger, XXVI, t. 1, Milano, 2007, 238 ss.; S. ZUNARELLI-C. ALVISI, *Del trasporto*, in *Comm. al cod. civ.* diretto da A. Scialoja, G. Branca, F. Galgano, Bologna, 2014, 103) sia in giurisprudenza (Cass. civ. 5 marzo 1990, n. 1700, in *Giur. it.*, 1990, I, 1, 1586) si fonda sulla sussistenza necessaria di un interesse suscettibile di valutazione economica. Tuttavia, tale distinzione non è da tutti riconosciuta in dottrina: G. COTTINO, *Il trasporto e la spedizione*, in *Contratti commerciali*, in *Tratt. dir. comm.* diretto da Galgano, XVI, Padova, 1991, 735 ss. Nella giurisprudenza precedente (alla massima richiamata) vigeva il principio per cui rientrava nel trasporto gratuito (Cass. civ. 5 luglio 1989, n. 3223, in *Vita not.*, 1989, 1206) anche l'interesse al mero godimento dell'altrui compagnia, purché tale interesse abbia condizionato l'assunzione dell'obbligo di trasportare.

⁴⁹ Cass. civ. 26 ottobre 1998 n. 10629, in *Foro it.*, I, 3309, con nota di F. DI CIOMMO, *Circolazione di veicoli e danno al trasportato: le nuove frontiere della presunzione di responsabilità*, la quale ha stabilito



7. – Credo che possa essere condivisa la tesi per cui la *ratio* prevalente del regime attenuato di responsabilità per i danni scaturenti dalle prestazioni di cortesia debba essere individuata, non diversamente che per le prestazioni gratuite nei contratti tipici, nella (normale) occasionalità del servizio reso, nella non professionalità del prestatore oltre che, ovviamente, nella insussistenza di un interesse patrimoniale (seppur indiretto e mediato) in capo a quest'ultimo⁵².

La fattispecie esaminata dalla sentenza rientra nel più generale alveo della responsabilità per inadempimento nelle obbligazioni, al quale sarà applicabile un regime di responsabilità attenuata, il cui fondamento trova la sua matrice nel principio romano⁵³ dell'*utilitas contrahentium*⁵⁴, certamente ispiratore di molte delle disposizioni del vigen-

che le presunzioni ex art. 2054 c.c. si applicano in favore del trasportato a tutte le fattispecie di trasporto, senza distinzione tra trasporto gratuito e trasporto amichevole.

⁵⁰ Cass. civ. 21 maggio 2014, n. 11270, in *Arch. Circolaz.*, 2014, 715; Cass. civ. 23 giugno 2009, n. 14644; ma *contra*, nel senso dell'applicazione dell'art. 2043 c.c., cfr. Cass. civ. 8 ottobre 2009, n. 21389.

⁵¹ Trib. Lecce 16 febbraio 2013, in *Corr. merito*, 2013, 610; App. Venezia 7 maggio 2012, n. 1036, cit., con nota di V. VOZZA, *Allacciate le cinture di sicurezza!*, cit.

⁵² Così M. GAZZARA, *Prestazioni gratuite*, cit., 57.

⁵³ In particolare, la responsabilità contrattuale nel periodo classico romano era bipartita: vi era solo il dolo e la *diligentia*, soprattutto per gli obblighi di custodia, laddove la stessa "*esprime l'obbligo che incombe a molti contraenti di esercitare un'attività positiva*". La *culpa* come criterio di imputazione della responsabilità è di origine giustiziana ed in parte va a ricomprendere anche tutti i casi che nel periodo classico erano riconducibili alla custodia. Nel *Corpus Iuris* vi sono due classificazioni della colpa (*culpa levis* e *culpa lata*) e della diligenza *diligentia diligentis patris familias* e *diligentia quam suis*) V. ARANGIO RUIZ, *Istituzioni di Diritto Romano*, Napoli, 1989, 384 e 385. Pertanto, secondo quanto riportato da ULPiano (D. 50.17.23) la responsabilità era tripartita: dolo, colpa e custodia. In particolare la parte che non ricavava alcun vantaggio patrimoniale dall'esecuzione del contratto viene trattata con minor rigore di quella che, invece, ne trae un profitto, pertanto qualora l'*obligatio* fosse sorta nell'esclusivo interesse del creditore, come nel deposito, il debitore avrebbe risposto soltanto per inadempimento doloso; se fosse sorta nell'interesse di entrambe le parti, il debitore avrebbe risposto sia per colpa (intesa come negligenza imprudenza e imperizia) che per dolo; infine, se l'obbligazione fosse sorta nell'esclusivo interesse del debitore, come nel comodato, il medesimo avrebbe risposto, oltre che per dolo e colpa, anche per custodia e dunque gli sarebbe stato imputato anche il perimento dovuto a cause estranee a meno che esse non potessero qualificarsi come caso fortuito o forza maggiore (C. PELLOSO, *Custodia, receptum e responsabilità contrattuale*, consultabile al sito www.academia.edu, ed ivi ampi riferimenti bibliografici).

⁵⁴ L. GAROFALO, *Gratuità e responsabilità contrattuale*, in *Scambio e gratuità. Confini e contenuti dell'area contrattuale*, a cura di L. Garofalo, Padova, 2011, 34 ss.; L. MAGANZANI, *Il criterio dell' 'utilitas contrahentium' e il suo superamento nell'età del giusnaturalismo*, in *'Fides Humanitas Ius'. Studi in onore di L. Labruna*, V, Napoli, 2007, 3087 e ss.; P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Gratuità, liberalità e solidarietà. Contributo allo studio della prestazione non onerosa*, Milano, 1998; G. NEGRI, voce *Deposito nel diritto romano, medievale e moderno*, in *Dig. disc. priv. – Sez. civ.*, V, Torino, 1989, 219 ss. G. SANTUCCI, *'Utilitas contrahentium'*. Note minime su una *'regula' che 'cacciata dalla porta rientrò dalla finestra'*, in *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato*, a cura di R. Fiori, III, Napoli, 2008, 310 e ss.; S. TAFARO, *Regula e ius antiquum in D. 50.17.23. Ricerche sulla responsabilità contrattuale*, I, Bari, 1984,

JUS CIVILE



te codice civile⁵⁵. In buona sostanza, qualora l'obbligazione e la successiva prestazione siano ad esclusivo vantaggio di una sola delle parti, e non sussista una contropartita economica, si giustifica una minore forza del vincolo e una valutazione più benevola del comportamento solutorio posto in essere.

Alla luce di quanto esposto il rigore della responsabilità in capo al conducente per il mancato utilizzo delle cinture di sicurezza da parte del passeggero deve essere attenuato nel caso di trasporto amichevole, posto che tale fattispecie rispetta i seguenti caratteri: occasionalità del servizio, non professionalità del conducente, ed insussistenza di un interesse patrimoniale in capo allo stesso.

specie 311 e ss., ID., *Criteri di imputazione della responsabilità contrattuale e 'bona fides': brevi riflessioni sulle fonti romane e sul codice civile italiano*, in *Studi in onore di A. Biscardi*, VI, Milano, 1989, 311 ss; M. TALAMANCA, voce *Colpa. Colpa civile (dir. rom. e interm.)*, in *Enc. dir.*, VII, Milano, 1960, 519 ss.

⁵⁵ Da cui L. MOSCO, *Onerosità e gratuità degli atti giuridici*, cit., 6, ritiene che sussista un ripristino del criterio vigente nel diritto romano nel nostro ordinamento.



TRIBUNALE DI PORDENONE, 10 dicembre 2018, n. 2139

Il protrarsi del congelamento di una pagina *Facebook* cagiona un danno grave ed irreparabile all'utente, determinando l'assoluta perdita di interesse nei confronti della pagina, nonché la vanificazione di tutta l'attività svolta, con una irrimediabile perdita di *followers*. Ciò legittima l'emanazione di un provvedimento d'urgenza, avente come scopo il ripristino della situazione *quo ante*.



EMANUELA CALPONA

Dottore in Giurisprudenza – Università di Messina

CONGELAMENTO DELLA PAGINA *FACEBOOK* E LESIONE DEI DIRITTI ALL'IDENTITÀ E ALL'IMMAGINE

SOMMARIO: 1. Il caso. – 2. Una pronuncia innovativa. – 3. La giurisprudenza in materia. – 4. La tutela risarcitoria. – 5. Conclusioni.

1. – La vicenda trae origine dall'applicazione di una misura sanzionatoria consistente nel congelamento di una pagina Facebook posta in essere dalla società Facebook Ireland Limited nei confronti di un utente.

Nella fattispecie un utente Facebook pubblica sul proprio profilo un video raffigurante un incontro tra due noti tennisti, tenutosi il 4 Luglio 2018. Il video in questione viene tratto dal ricorrente da una pagina pubblica di Instagram del torneo di Wimbledon.

A seguito di ciò, la società Star India Private Limited provvede a segnalare alla società Facebook Ireland il presunto abuso posto in essere dall'utente, consistente nella violazione della proprietà intellettuale di terzi.

L'utente, nonostante l'immediata rimozione del sopracitato video, si vede applicata la misura sanzionatoria da parte della società Facebook, consistente nel congelamento della propria pagina. Propone, allora, ricorso *ex art* 700 c.p.c. dinanzi al Tribunale di Pordenone, il quale, nell'accogliere la domanda, ritiene sussistenti entrambi i presupposti per l'emanazione del provvedimento d'urgenza.

In relazione al *fumus boni iuris*, il Tribunale ha ritenuto sussistente la parvenza della fondatezza della domanda. Difatti, la condotta posta in essere dall'utente, oggetto di sanzione, consistente nella pubblicazione sul proprio profilo di un video raffigurante una partita di tennis, non integrerebbe il presupposto richiesto di una seria e reiterata violazione della proprietà intellettuale di terzi, tale da giustificare l'applicazione di una misura sanzionatoria. Il sopracitato video, difatti, era stato tratto da una pagina pubblica di In-



stangram dedicata al torneo di Wimbledon. Pertanto, nessuna violazione della proprietà intellettuale era configurabile.

In relazione al *periculum in mora*, il Tribunale ha ritenuto che il congelamento della pagina Facebook determini per l'utente un pregiudizio grave ed irreparabile, non ristorabile economicamente. Il protrarsi della sopracitata misura sanzionatoria comporta, infatti, per l'utente l'assoluta perdita di interesse nei confronti della pagina, nonché la vanificazione di tutta l'attività svolta dal ricorrente per la sua implementazione, con una irrimediabile perdita di *followers*.

2. – La sentenza in esame integra una novità nel panorama giurisprudenziale nazionale. Per la prima volta, infatti, un Tribunale italiano dispone che il congelamento della pagina Facebook leda i diritti della persona, cagionando un danno grave ed irreparabile per l'utente.

Poiché, secondo il consolidato orientamento della Suprema Corte¹, il danno grave ed irreparabile è quel danno non ristorabile economicamente, riguardante i diritti della persona, è da ritenersi che il congelamento della pagina Facebook, che costituisce la proiezione sulla rete della identità personale e della immagine dell'utente, sia lesivo dei diritti della persona² e, in particolare, del diritto alla identità personale³ e del diritto all'immagine⁴.

Dalla sentenza in esame, si evince, dunque, come i sopracitati diritti⁵, di elaborazione

¹ *Ex multis* Cass. civ., sez. III, 9 marzo 2011, n. 5536, in www.iusexplorer.it.

² G. CASSANO, *Persona e diritto civile*, Napoli, 2000, p. 1 ss.; V. DEGNI, *Le persone fisiche ed i diritti della personalità*, Torino, 1939; M. DOGLIOTTI, *La tutela della personalità*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da P. Rescigno, I, p. 56 ss.; B. BLASCO, *I diritti della personalità*, Frosinone, 2018, p. 1 ss.; G. ALPA, A. ANSALDO, *Le persone fisiche. Artt. 1-10, 2013*, Milano, p. 1 ss.; M.A. LIVI, *Il diritto al nome nel prisma dell'identità personale*, Torino, 2002, p. 1 ss.

³ Cass. civ., 22 giugno 1985, n. 3769, in *Giust. civ.*, 1985, I, p. 3049; L. BIGLIAZZI GERI, *Impressioni sull'identità personale*, in *Dir. inf.*, 1985, p. 568; F. BUSNELLI, *La persona alla ricerca della identità* in *Riv. crit. dir. priv.*, 2001, p. 13; G. CASSANO, *Il diritto all'identità personale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1997, II, p. 351; B. IANNOLO-G. VERGA, *Il diritto all'identità personale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1987, II, p. 453.

⁴ Cass. civ., 10 giugno 1997, n. 5175, in *Danno resp.*, 1997, p. 579, con nota di Carbone; P. VERCELLONE, *Il diritto sul proprio ritratto*, Torino, 1959, p. 1163; T.A. AULETTA, *Riservatezza e tutela della personalità*, Milano, 1978, p. 165; M. DOGLIOTTI, *Immagine ed identità personale: soggetti forti e soggetti deboli*, in *Dir. fam. pers.*, 1997, p. 1436; A. DI MAJO, *Profili dei diritti della personalità*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1962, p. 69.

⁵ A. SCALISI, *Il valore della persona nel sistema e i nuovi diritti della personalità*, Milano, 1990, p. 143 ss.; S. RUSCICA, *Strategie di tutela. Inibitori e Risarcimento dei danni. Internet*, Padova, 2013, p. 31.



dottrinale⁶ e giurisprudenziale⁷, tutelino l'individuo non solo in ambito sociale, ma anche nel mondo virtuale. Difatti, la piattaforma digitale e, in particolare, il proprio profilo diventa l'esplicazione della identità personale e della immagine dell'utente⁸.

3. – A livello europeo, la Corte di Giustizia si è pronunciata in una questione riguardante la violazione di un diritto della personalità attraverso l'uso dei social network in una celebre sentenza⁹ che costituisce il primo intervento della Corte in questioni legate all'utilizzo di internet.

La controversia trae origine da due diverse domande pregiudiziali, poi riunite, sollevate l'una dalla *Bundesgerichtshof* (causa *eDate*) e l'altra dal Tribunale *de grande instance* di Parigi (causa *Martinez*), relativamente ad asserite lesioni del diritto alla immagine e del rispetto alla vita privata.

Nel primo caso, un cittadino tedesco conveniva in giudizio una società Austriaca, gestore di un portale internet nel quale erano state riportate informazioni diffamatorie alla sua persona.

Nel secondo caso, invece, gli attori, cittadini francesi, convenivano in giudizio una società, proprietaria di un giornale, lamentando la violazione del loro diritto alla immagine e della loro vita privata, a causa della diffusione di informazioni e foto relative agli stessi.

Al di là della questione pregiudiziale relativa alla giurisdizione competente, sollevata innanzi alla Corte di Giustizia, dalla sopracitata sentenza si evince come la piattaforma virtuale sia considerata la proiezione dell'immagine e della identità del soggetto. Pertanto, ancorché le due fattispecie siano ben diverse rispetto al caso, oggetto della sentenza in esame, si può ravvisare in esse un precedente giurisprudenziale.

⁶G. ALPA-G. RESTA, *Autonomia privata e i diritti della personalità*, Torino, 2006, p. 671; G. TAMBURINO, *Le persone fisiche: vicende e posizioni giuridiche, diritti della personalità, alimenti, tutela della persona fisica incapace o bisognosa*, Torino, 1990, p. 10; A. DE CUPIS, *I diritti della personalità: diritto alla identità personale, diritto ai segni distintivi personali, diritto morale e diritto d'autore*, Milano, 1982, p. 194 ss.; G. ALPA-M. BESSONE-V. CARBONE, *Diritti della personalità e danno morale*, Torino, 1990, p. 1 ss.

⁷Cass. civ., 22 giugno 1985, n. 3769, in *Foro it.*, 1985, I, p. 2211; Cass. civ., 7 febbraio 1996, n. 978, in *Dir. inf.*, 1997, p. 116; Corte Cost., 3 febbraio 1994, n. 13, in *Fam. dir.*, 1994, p. 137; Cass. civ., 1 dicembre 2004, n. 22513, in *Danno resp.*, 2005, p. 969; Cass. civ., 10 aprile 1996, n. 3341, in *Riv. it. dir. lav.*, 1997, II, p. 66; Trib. Roma, 19 giugno 1986, in *Dir. inf.*, 1988.

⁸S. LANDINI, *Identità digitale, la tutela della persona e proprietà intellettuale*, in *Riv. dir. ind.*, 2017, p. 180.

⁹Corte giust., 25 ottobre 2011, c. riun. n. 509/09 e n. 161/10, *eDate Adverting GmbH c.x. e Oliver Martinez C.MGN Limited*, in www.iusexplorer.it.



In tale prospettiva, il Tribunale di Pordenone si inserisce a pieno nell'orientamento che può cogliersi nella giurisprudenza dei singoli Paesi Europei e della Corte di Giustizia in merito alla lesione dei diritti della personalità attraverso l'uso delle piattaforme digitali.

Un'ulteriore pronuncia della Grande Sezione della Corte di Giustizia¹⁰ ha visto coinvolta la società Facebook in una fattispecie, anch'essa diversa da quella in esame, riguardante la disattivazione di una fan-page, che era stata disposta dall'Autorità di Vigilanza tedesca per la protezione dei dati personali.

La disattivazione della fan-page era stata posta in essere dalla sopracitata Autorità per sanzionare la società, che si occupava di essa, e la società Facebook, le quali non avevano provveduto ad informare i visitatori della pagina della elaborazione dei loro dati personali, adoperata mediante i cookie. La lesione riguarda, quindi, in questo caso, il diritto alla protezione dei dati personali e non direttamente i diritti all'identità personale e all'immagine del titolare della pagina oscurata.

A livello nazionale, invece – come si è accennato – la sentenza non presenta precedenti. Difatti, la Suprema Corte si è sempre occupata del rapporto-bilanciamento¹¹ tra i diritti della personalità ed il diritti di cronaca¹², così come anche la giurisprudenza di merito¹³.

Vi è solo una pronuncia del Tribunale di Roma¹⁴, la quale si occupa della lesione dei diritti della persona in una controversia riguardante Facebook.

La fattispecie, però, è diversa e, in qualche modo, speculare rispetto alla sentenza di cui si discute.

In particolare, il Tribunale di Roma ha, con tale sentenza, condannato la società Facebook al risarcimento del danno per la lesione dei diritti della personalità, dei diritti di proprietà industriale e del diritto d'autore nei confronti della Rete Televisiva Italiana Spa e P.V.

La fattispecie verteva sulla creazione di un profilo Facebook, nel quale erano stati

¹⁰ Corte Giust. UE, 5 giugno 2018, n. 210, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, p. 1805, con nota di Riccio.

¹¹ A. SIROTTI GAUDENTI, *Social network, diritto alla privacy e reputazione delle imprese*, in *Riv. dir. ind.*, 2019, p. 133; F. LA ROCCA, *I diritti morali d'autore e i diritti della personalità delle persone giuridiche*, in *Riv. dir. ind.*, 2015, p. 269; F. DI CIOMMO, *Quello che il diritto non dice. Internet e oblio*, in *Danno resp.*, 2014, p. 1101 ss.

¹² Cass. civ., 5 novembre 2018, n. 28084, in *Foro it.*, 2019, I, p. 227; Cass. civ., sez III, 14 ottobre 2008, n. 25157, in *Foro it.*, 2009, p. 2762; Cass. civ., sez III, 20 ottobre 2009, n. 22190, in *Mass. Giur. it.*, 2009; Cass. civ., 18 ottobre 1984, n. 5259, in *Foro It.*, 1984, I, p. 2711.

¹³ Corte App. Roma, 11 febbraio 1991, in *Giust. civ.*, 1991, p. 428.

¹⁴ Trib. Roma, 15 febbraio 2019, n. 3512, in *Quod. giur.*, 2019.



pubblicati video e commenti, che utilizzavano termini offensivi nei confronti di un'attrice e della società che l'aveva scelta come interprete della serie di un cartone animato giapponese.

La società Facebook viene condannata al risarcimento dei danni per aver concorso con la propria condotta omissiva alle violazioni poste in essere dagli utenti, che avevano materialmente creato il profilo e caricato i contenuti plurioffensivi.

A differenza della sentenza oggetto della presente nota, la società Facebook viene condannata non già per la propria condotta commissiva, bensì per la propria condotta omissiva, ossia per non avere adottato le misure sanzionatorie dovute.

Dal confronto delle due sentenze emerge un denominatore comune: il profilo Facebook è considerato da entrambi i giudici nazionali la proiezione dei diritti della personalità.

L'utente, attraverso la propria pagina, manifesta la propria immagine e la propria identità personale sul social network.

Pertanto, sia il congelamento ingiustificato della propria pagina, sia il mancato controllo sui suoi contenuti, sarebbero lesivi dei diritti della personalità.

4. – Il Tribunale, nel condannare la società Facebook Ireland all'immediato ripristino del profilo personale del ricorrente, dispone, altresì, l'applicazione della misura coercitiva di cui all'art.614bis cpc denominata *astreintes*¹⁵, fissando una somma di denaro nella misura pari ad euro 150 per ogni giorno di ritardo nella esecuzione del presente provvedimento.

L'applicazione di tale misura coercitiva indiretta, introdotta recentemente con la legge 6 Agosto 2015 n 132, è disposta dal Giudice per incentivare il resistente alla esecuzione del provvedimento d'urgenza.

Ciò dimostra, come in tale fattispecie, ci sono in giuoco diritti afferenti la persona, che, come tali, necessitano di una tutela immediata.

Di tale misura la giurisprudenza di merito ha già fatto applicazione in numerose sen-

¹⁵S. VINCRE, *Le misure coercitive ex art 614 bis cpc dopo la riforma del 2015*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 2017, p. 368 ss.; S. MAZZAMUTO, *L'astreinte all'italiana si rinnova: la riforma della comminatoria di cui all'art 614 bis cpc*, in *Europa dir. priv.*, I, 2016, Milano, p. 11 ss; I. PAGI, *L'effettività della tutela in materia di lavoro*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2016, p. 209; G. RAMPAZZI, *L'ambito di applicazione delle misure di coercizione indiretta ex art 614 bis cpc*, in *Aa.Vv., Trasformazioni e riforme del processo civile*, a cura di C. Besso, G. Frus, G. Rampazzi e A. Ronco, Torino, 2015, p. 364 ss.; I. GAMBOLI, *Le misure di coercizione indiretta ex art.614 bis cpc*, in *Giur. it.*, 2016, p. 1283 ss.



tenze¹⁶. Tuttavia, i tribunali hanno applicato la misura in esame in fattispecie del tutto diverse rispetto alla fattispecie su cui il tribunale di Pordenone si è pronunciato.

Vi è solo una sentenza del Tribunale di Roma¹⁷ che ne ha disposto l'applicazione in un caso riguardante i social networks.

La fattispecie verteva sulla pubblicazione di foto ed immagini di un minore posta in essere dalla madre sui social, nonostante l'opposizione del padre. In tale sentenza, il giudice, nel condannare la madre, dispone *ex officio* l'applicazione di una *astreintes*, in assenza di una domanda di parte, fissando la stessa nella misura di 150 euro per ogni giorno di ritardo nell'esecuzione del provvedimento.

Sul piano risarcitorio, invece, la sentenza in commento nulla dispone.

Difatti, nessuna domanda di risarcimento del danno era stata formulata dal ricorrente in giudizio.

Tuttavia, la sentenza, nell'affermare che il congelamento della propria pagina integri un danno grave ed irreparabile, legittima l'utente, che si trovi in una situazione analoga, a chiedere il risarcimento per il danno subito¹⁸ a causa della condotta commissiva posta in essere dalla società Facebook.

Trattandosi di una lesione ai diritti della persona, il danno subito è il danno non patrimoniale *ex art 2059 cc*¹⁹. Pertanto, la sua quantificazione dovrà avvenire in via equitativa, secondo il consolidato orientamento giurisprudenziale²⁰. Tuttavia, in tal caso, è necessario che l'utente dimostri il danno subito, non coincidendo lo stesso con la lesione dell'interesse.

5. – In un mondo caratterizzato dall'evoluzione tecnologica, anche i diritti della per-

¹⁶ Trib. Velletri, sez II, 28 dicembre, n. 3538, in www.iusexplorer.it; Trib. Bologna, sez II, 19 aprile 2018, n. 985, in www.iusexplorer.it; Trib. Torino, sez III, 7 marzo 2018, n. 1096, in www.iusexplorer.it; Trib. Ivrea, 15 novembre 2017, n. 957, in www.iusexplorer.it; Trib. Treni, 5 luglio 2017, n. 537, in www.iusexplorer.it; Trib. Pescara, 21 marzo 2017, n. 408, in www.iusexplorer.it; Trib. Cagliari, Sez. II, 20 aprile 2016, n. 1276, in www.iusexplorer.it; Trib. Milano, sez. IV, 5 aprile 2019, n. 3394, in www.iusexplorer.it; Trib. Roma, sez. IX, 7 marzo 2019, n. 5130, in www.iusexplorer.it; Corte App. Torino, sez. II, 30 gennaio 2019, n. 190, in www.iusexplorer.it.

¹⁷ Trib. Roma, sez. I, 23 Dicembre 2017 in *Fam. dir.*, IV, 2018, p 381 con nota di Nitti *La pubblicazione di foto di minori sui social network tra tutela della riservatezza e individuazione dei confini della responsabilità genitoriale*;

¹⁸ F. MACIORE, *Tutela civile della persona e identità personale*, Padova, 1984.

¹⁹ T. TASCONE, *Sulla risarcibilità del danno alla identità personale*, in *Dir. inf.*, 1990, p. 1002.

²⁰ *Ex multis* Cass. civ., 22 marzo 2018, n. 9385, in www.iusexplorer.it.

JUS CIVILE



sonalità subiscono un mutamento. Essi, in origine, offrivano tutela all'individuo nella società reale.

Oggi tutelano l'individuo anche nel mondo virtuale. Con l'avvento dei social network, difatti, il profilo Facebook diventa la proiezione personale dell'utente e, come tale, necessita di essere tutelato. Il congelamento della pagina dell'utente comporta una lesione dei diritti della personalità e, segnatamente, del diritto all'immagine e del diritto all'identità personale.

Tale lesione è ancora più accentuata, qualora si tratti di utenti notori, aventi una certa fama. Difatti, in tal caso, il congelamento del profilo Facebook comporta per essi un grave danno. In tali casi, esso rappresenta, oltre la proiezione dei diritti della personalità, anche uno strumento di lavoro. Pertanto, un eventuale congelamento ingiustificato sarebbe lesivo e pregiudizievole.

Al contrario, la misura sanzionatoria del congelamento della pagina, qualora giustificata, sarà destinata a prevalere sui diritti della personalità.

Essa, però, incidendo sui diritti personalissimi costituzionalmente tutelati, *ex art 2 Cost.*, potrà essere applicata solo come *extrema ratio*.