

JUS CIVILE

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



6-2018

novembre-dicembre



G. Giappichelli Editore

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

Vengono sottoposti a revisione tutti i contributi costituenti Articoli e saggi, inseriti in una delle voci tematiche.

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 particolari, il contributo viene sottoposto a revisione in forma anonima da parte di Curatori o di componenti il Comitato scientifico.



INDICE

	<i>pag.</i>
Articoli e Saggi	
La responsabilità nella relazione di cura. Note critiche e ricostruttive sulle fattispecie di responsabilità introdotte dalla riforma “Gelli-Bianco” * di <i>Roberto Pomiato</i>	763
Il mercato tra etica e diritto. Brevi riflessioni a margine * di <i>Maria Francesca Tommasini</i>	799
La cessazione della convivenza e il diritto agli alimenti * di <i>Barbara Puglisi</i>	809
Lo stato unico di genitore * di <i>Attilio Gorassini</i>	820
Relazione di filiazione e privacy. Brevi note sull’autodeterminazione del minore ** di <i>Carmelita Camardi</i>	831
Introduzione generale al diritto delle successioni cinese ** di <i>Qing Lu</i>	852
Giurisprudenza inglese	
<i>Lee v Ashers Baking Company Ltd and others (Northern Ireland)</i> : la discussione sul bilanciamento tra tutela dell’orientamento sessuale e rispetto della libertà religiosa e d’opinione passa dai Muppets * di <i>Giuseppe Zago</i>	865

* Contributo sottoposto a revisione.

** Contributo sottoposto a revisione in forma anonima da parte di Curatori o di componenti il Comitato scientifico.



ROBERTO POMIATO

Dottore di ricerca – Università Ca' Foscari di Venezia

LA RESPONSABILITÀ NELLA RELAZIONE DI CURA. NOTE CRITICHE E RICOSTRUTTIVE SULLE FATTISPECIE DI RESPONSABILITÀ INTRODOTTE DALLA RIFORMA “GELLI-BIANCO”

SOMMARIO: 1. Oggetto dell'indagine. – 2. Il rapporto tra paziente e struttura sanitaria pubblica. – 3. Il rapporto tra paziente e struttura sanitaria privata. – 4. L'ammissibilità di una relazione fiduciaria di cura tra paziente e struttura organizzata. – 5. Le responsabilità nella relazione di cura. In particolare: il fondamento della responsabilità del medico prima della riforma del 2017. – 6. Segue. L'autonoma responsabilità del personale sanitario: un principio necessario? Uno sguardo al modello del *médecin salarié* francese. – 7. La relazione di cura nella l. 24/2017. In particolare: la relazione con la struttura sanitaria e la responsabilità di quest'ultima. – 8. Segue. L'estensione della regola generale di responsabilità a specifiche fattispecie. In particolare: le prestazioni svolte in regime di convenzione con il Servizio sanitario nazionale. – 9. La responsabilità dell'esercente la professione sanitaria operante all'interno di una struttura di cura: una fattispecie speciale. – 10. Segue. Il problema della reviviscenza delle limitazioni di responsabilità. – 11. La fattispecie delle prestazioni sanitarie rese in regime di libera professione intramuraria. – 12. Considerazioni conclusive sul modello di responsabilità disegnato dalla riforma del 2017.

1. – Con la l. 8 marzo 2017 n. 24 il legislatore italiano è intervenuto nella materia della responsabilità in ambito sanitario tornando a vestire i panni, come osservato da taluno, del «signore del diritto»¹, nell'intento di rifondare il sistema e di porre un argine all'anarchia giurisprudenziale che in passato aveva dominato in questo settore.

Tale ultimo intervento fa seguito a quello del 2012 (realizzato con la c.d. legge “Balduzzi”, d.l. 13 settembre 2012 n. 158, convertito in l. 8 novembre 2012 n. 189), e anche in questo caso si tratta di un testo che contiene disposizioni che toccano diversi ambiti: le linee guida, la responsabilità penale, quella civile, il processo². In questa sede, dopo alcune considerazioni sulla configurazione assunta al giorno d'oggi dalla relazione di cura, ci si limiterà a prendere in considerazione le sole disposizioni che incidono su tale relazione e che regolano la responsabilità dei soggetti in essa coinvolti.

Preliminarmente si può comunque osservare, in via generale, che la riforma interviene sul c.d. “diritto vivente”, ossia sulla configurazione dei rapporti e delle responsabilità così come delineati dalla giurisprudenza, vale a dire su modelli costruiti (anche) sulla base di retaggi culturali e aspettative sociali (una per tutte: la necessaria responsabilità del medico dipendente), che però,

¹ R. PARDOLESI-R. SIMONE, *Nesso di causa e responsabilità della struttura sanitaria: indietro tutta!*, in *Danno resp.*, 2018, 6.

² Per un ampio commento all'intera riforma del 2017 v. F. GELLI-M. HAZAN-D. ZORZIT (a cura di), *La nuova responsabilità sanitaria e la sua assicurazione*, Giuffrè, 2017.

JUS CIVILE



come si dirà, non appaiono inconfutabili. Un tale *modus operandi*, se ha evidentemente l'obiettivo di rendere effettivo e concreto l'intervento, ne segna anche il limite, dal momento che per un verso genera dissonanze rispetto al "diritto vivente"; per l'altro, avendo imposto una certa rotta, finisce per impedire qualsiasi evoluzione interpretativa verso soluzioni potenzialmente più convenienti per i problemi che il legislatore voleva risolvere³.

Il discorso che si svolgerà prenderà le mosse dall'analisi del rapporto tra paziente e soggetto curante, ossia dall'analisi di quella che si può chiamare la relazione di cura. In questo contesto, particolare attenzione verrà dedicata al caso in cui tale relazione sia instaurata dal paziente con una struttura sanitaria (pubblica o privata), cioè con un soggetto organizzato.

In effetti, tradizionalmente la relazione di cura si è sviluppata come un rapporto personale tra medico e paziente: un rapporto tra persone che potevano chiamarsi per nome. E in questo contesto i soggetti della relazione di cura tendevano a coincidere con quelli dell'obbligazione di cura (nel senso che obbligato alla prestazione era lo stesso medico parte della relazione). Oggi, invece, si assiste a una marcata spersonalizzazione della relazione di cura e a una potenziale dissociazione tra parti della relazione di cura e parti dell'obbligazione di cura (perché, ad esempio, la relazione viene instaurata con il medico "di fiducia", ma il vincolo giuridico può ritenersi interamente assunto dalla struttura presso cui egli opera; oppure, come si dirà, anche la relazione potrebbe intercorrere con l'intera struttura).

Tuttavia, pur in presenza di tali evoluzioni, va preso atto che l'idea della personalità della relazione così come del vincolo fiduciario che la connota ha continuato a influenzare l'interpretazione della relazione di cura e soprattutto l'individuazione al suo interno dei soggetti responsabili, dal momento che il singolo sanitario con il quale il paziente entra in relazione (o, se si vuole, in contatto) è sempre stato coinvolto, ancorché non titolare dell'obbligazione di cura, nell'eventuale giudizio risarcitorio per i danni subiti dal paziente nell'esecuzione delle prestazioni sanitarie.

Anche su tale aspetto interviene la riforma del 2017, sicché si rivela interessante indagare l'effettiva rispondenza delle soluzioni adottate rispetto alla configurazione attuale della relazione e dell'obbligazione di cura.

2. – Ci si potrebbe chiedere in che modo debba essere inquadrato, sotto il profilo della situazione giuridica soggettiva, il rapporto di cura tra il paziente e la struttura sanitaria pubblica.

La questione, se allargata eccessivamente, è assai complessa, perché rischia di toccare

³ Critico nei confronti delle modalità dell'intervento legislativo è R. CALVO, *La «decontrattualizzazione» della responsabilità sanitaria* (l. 8 marzo 2017, n. 24), in *Nuove leg. civ. comm.*, 2017, 465 ss., secondo il quale «se è vero che il legislatore, tramite l'imprescindibile discrezionalità di cui gode, abbia piena libertà di manovra nel disciplinare i conflitti d'interessi della vita quotidiana, pur entro i limiti invalicabili della legalità costituzionale, è altrettanto vero che quella libertà di manovra (...) non possa rovesciare l'argomento logico-naturalistico, né porre un freno alla progressione della scienza giuridica».

JUS CIVILE



l'intera disciplina dell'erogazione dei servizi pubblici e dei servizi sociali. Non è qui il caso di ripercorrere le diverse ricostruzioni che sono state date a quelli che ora vengono chiamati rapporti di utenza o rapporti di prestazione⁴. Con riferimento al rapporto tra paziente e ospedale pubblico, va detto che la giurisprudenza lo ha tendenzialmente sempre trattato come obbligatorio; più di recente lo ha fondato su un c.d. «contratto atipico di ospedalità»⁵, e l'idea che l'accettazione in ospedale di un paziente dia luogo alla conclusione di un contratto è divenuta una massima corrente⁶. Per la verità si potrebbe avanzare più di qualche riserva sul fatto che il modello del contratto sia il più adatto a descrivere l'erogazione di prestazioni sanitarie da parte degli enti a ciò deputati dall'ordinamento (e ciò anche a richiamare l'istituto dell'obbligo a contrarre)⁷. Per di più le modalità di fruizione delle prestazioni del SSN non si riducono al solo ri-

⁴ Per una disamina dell'evoluzione storica di tali inquadramenti cfr. V. MOLASCHI, *I rapporti di prestazione nei servizi sociali. Livelli essenziali delle prestazioni e situazioni giuridiche soggettive*, Giappichelli, 2008, 1 ss.

⁵ La prima sentenza ad utilizzare questa espressione è stata Trib. Verona 15 ottobre 1990, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1991, I, 357. Successivamente, v. Trib. Udine 13 maggio 1991, in *Foro it.*, 1991, I, 549, anche se a livello di *obiter dictum*; Trib. Lucca 18 gennaio 1992, in *Foro it.*, 1993, I, 264, con nota di S. COPPARI, *Riflessioni in tema di responsabilità dell'ente ospedaliero per fatto dannoso del dipendente*, 264. Sempre per la qualificazione come atipico (e a contenuto complesso) del contratto concluso con strutture private, cfr. Trib. Napoli 15 febbraio 1995, in *Foro Nap.*, 1996, 76; Trib. Napoli 13 febbraio 1997, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1997, I, 984 ss., con nota di A. LEPRE, *La responsabilità della casa di cura privata per i danni cagionati al paziente dal medico ivi operante*; Trib. Napoli 16 giugno 1998, in *Foro Nap.*, 1998, 162; App. Roma 3 marzo 1998, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1999, 121, con nota di V. ZENO-ZENCOVICH, *Per una «riscoperta» della rendita vitalizia ex art. 2057 c.c.*; Cass. 8 gennaio 1999, n. 103, in *Resp. civ. prev.*, 1999, 683, con nota di P. SANNA, *I mille volti della responsabilità medica: la responsabilità della casa di cura privata*. Per la verità, come rileva M. SANTILLI, *La responsabilità dell'ente ospedaliero pubblico*, in *La responsabilità medica*, Giuffrè, 1982, 181 ss., vi era già stata una fase storica (all'inizio del '900) in cui una parte della giurisprudenza tendeva a qualificare come contrattuale il rapporto tra paziente e struttura sanitaria (pubblica), e ciò al fine di legittimare un parziale controllo di merito sull'attività della P.A., in contrapposizione al diverso orientamento che escludeva nei confronti di quest'ultima la piena operatività del principio del *neminem laedere* e che negava, di conseguenza, «la assoggettabilità dell'attività dell'amministrazione pubblica ad un controllo generalizzato in termini di «colpa» (nell'accezione più estesa del termine)». La tendenza a qualificare come contrattuale il rapporto tra paziente e struttura pubblica è stata interrotta da Cass. S.U. 19 giugno 1936, in *Giur. it.*, 1936, I, 866, con nota di A. C. JEMOLO, *In tema di discrezionalità amministrativa*, in cui si è ribadita la natura aquiliana della responsabilità della struttura, affermando tuttavia che, se non è ammesso un sindacato sulla gestione dell'ente, è comunque possibile per il giudice valutare il rispetto delle norme di comune prudenza. Questa la massima: «il rapporto tra ospedale pubblico e ricoverati non ha natura contrattuale; pertanto sono colpe extracontrattuali quelle che commette l'ospedale nella cura dei malati stessi, e la responsabilità che ne sorge è quella diretta dell'art. 1151. Il magistrato non può scendere a indagare circa le modalità di cura e l'organizzazione interna dei servizi dell'ospedale, per vedere se siano i più atti ai fini di cura da raggiungere; ma può valutare non solo le infrazioni a norme regolamentari, ma altresì la contravvenzione alle norme di comune ed elementare prudenza. È tra queste la norma che vuole che prima di una trasfusione di sangue si sottoponga il donatore alla reazione Wassermann per assicurarsi che egli non sia luetico».

⁶ Si rinvia ai riferimenti nelle note seguenti.

⁷ Assai critico è V. ZENO-ZENCOVICH, *Una commedia degli errori? La responsabilità medica fra illecito e inadempimento*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, 314 ss., secondo il quale «nel rapporto fra paziente e servizio sanitario nazionale è assente qualsiasi interazione di tipo economico, da una parte e dall'altra». In effetti, prosegue l'A., «la struttura sanitaria pubblica è remunerata dalla fiscalità generale; il paziente può contribuirvi proporzionalmente ai propri redditi (e dunque per nulla se al di sotto dei minimi imponibili) e con un pagamento (il c.d. ticket) che è davvero difficile qualificare come «corrispettivo» bensì è più propriamente un «contributo» (ed infatti ne sono esclusi gli indigenti)». Inoltre, osserva ancora l'A., la qualificazione come contrattuale della relazione tra paziente e struttura pubblica si porreb-



covero, comprendendo anche le attività ambulatoriali, di diagnostica, di prevenzione ecc.

È pur vero, comunque, che, anche nelle ricostruzioni più risalenti e maggiormente attente ai profili di disciplina pubblicistici delle singole materie, la posizione del paziente, a seguito dell'accertamento delle condizioni di fruibilità del servizio (e cioè a seguito del provvedimento chiamato ammissione), è sempre stata riconosciuta come di diritto soggettivo, e quindi regolata secondo i termini delle obbligazioni⁸. In effetti, se a fronte all'esercizio dei poteri di programmazione e organizzazione delle concrete modalità di erogazione del servizio il privato è titolare di meri interessi di fatto (e tutt'al più talvolta di interessi legittimi)⁹, a seguito dell'accertamento dei presupposti di fruibilità della prestazione il privato si trova in una situazione del tutto identica a quella in cui si troverebbe per effetto della conclusione di un contratto. E va aggiunto che, per quanto riguarda le prestazioni sanitarie, l'accertamento del loro presupposto (cioè della loro necessità sotto il profilo medico) è disciplinato, in generale, da valutazioni tecnico-scientifiche, sì che risulta notevolmente ridotto l'ambito della discrezionalità dell'amministrazione.

Su questa linea, del resto, si è posta recentemente anche la giurisprudenza la quale, in una fattispecie in cui veniva in rilievo l'assistenza medico-generica primaria (quella prestata dal c.d. medico di famiglia) per la quale, probabilmente, non risultava appropriata l'idea del «contratto atipico di spedalità», ha qualificato la situazione dell'azienda sanitaria nei riguardi del privato come di obbligazione *ex lege* (a prestare l'assistenza in parola), ai sensi dell'art. 25 della l. 23 dicembre 1978, n. 833¹⁰. Ora, se forse sarebbe più corretto discorrere di vera e propria obbligazione solo nel momento in cui il privato sia ammesso al godimento del servizio¹¹, il linguaggio

be in contrasto con la funzione del contratto quale strumento di efficiente allocazione dei rischi (propria di ogni affare). «È davvero assai difficile», scrive l'A., «se non palesemente forzato, cercare di ricostruire comportamenti economicamente razionali tra soggetti di cui uno ha un obbligo di natura pubblicistica di fornire prestazioni medico-assistenziali nei confronti di chiunque le richieda, senza poter decidere né sull'*an*, né sul *quantum*, né, spesso sul *quomodo*. L'altro, il paziente, è "assegnato" ad una determinata struttura sulla base di ripartizione geografico-amministrativa e ritiene di avere diritto alla prestazione per il semplice fatto di essere cittadino». Sostiene invece l'idea di un contratto tra assistito e amministrazione sanitaria (gravata di un obbligo a contrarre), F. GALGANO, *Contratto e responsabilità contrattuale nell'attività sanitaria*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1984, 712 ss.

⁸ Cfr. V. MOLASCHI, *I rapporti*, cit., 10, nt. 44, che richiama le parole di S. ROMANO, *Principi di diritto amministrativo italiano*², Società editrice libraria, 1906, 340, secondo il quale: «Per regola, ad esempio, non si ha diritto ad essere accolto in un ospedale: ma se in esso si è entrati, si ha diritto agli alimenti ed alla cura, finché non se ne è esclusi». È pur vero, tuttavia, che R. ALESSI, *Le prestazioni amministrative rese ai privati. Teoria generale*², Giuffrè, 1956, 90 (citato sempre da V. MOLASCHI, *I rapporti*, cit., 27), riteneva che in certi casi permanesse in capo al soggetto pubblico una sfera di discrezionalità anche in relazione all'attuazione del rapporto instaurato con l'utente; in particolare l'amministrazione poteva decidere di non procedere all'erogazione del servizio qualora lo esigesse l'interesse pubblico.

⁹ Cfr. V. MOLASCHI, *I rapporti*, cit., 81.

¹⁰ Il riferimento è a Cass. 27 marzo 2015 n. 6243, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, I, 934 ss., con nota di R. PUCCELLA, *La responsabilità dell'ASL per l'illecito riferibile al medico di base*. Per alcuni rilievi critici sull'argomentazione di questa pronuncia sia consentito il rinvio a R. POMIATO, *Profili problematici e ricostruttivi in tema di responsabilità da «fatto illecito» del medico*, in *juscivile.it*, 2015, 447 ss.

¹¹ Ciò accade quando il privato viene iscritto negli elenchi dell'azienda sanitaria nel cui ambito territoriale egli ha la residenza e formalizza la scelta in favore di uno dei medici di medicina generale che operano nella sua zona.

JUS CIVILE



utilizzato dalla Corte appare comunque già più coerente (rispetto all'idea del «contratto atipico di speditività») con le elaborazioni compiute dalla dottrina amministrativista.

In conclusione va dato atto del fondo di verità insito nelle ricostruzioni, ancorché imprecise, utilizzate dalla giurisprudenza. Quella che quest'ultima chiama «accettazione del paziente» e che darebbe vita al contratto, andrebbe più propriamente intesa come provvedimento di ammissione, o comunque come effettuazione della verifica di fruibilità del servizio da parte del singolo, a seguito della quale, in effetti, la situazione di quest'ultimo è effettivamente disciplinata dalle regole proprie dei rapporti obbligatori¹². Appare dunque corretto qualificare come creditore il paziente ammesso a ricevere le cure da una struttura pubblica e come debitrice quest'ultima¹³.

3. – Se, come visto, allorché il paziente si rivolge a una struttura pubblica è possibile affermare che quest'ultima è debitrice nei suoi confronti dell'intera prestazione di cura (perché così prevede l'ordinamento, ponendo l'obbligo di erogare l'assistenza medica in capo alle aziende sanitarie¹⁴), lo stesso non si è potuto dire, almeno in passato, allorché il paziente si rivolgesse a una struttura privata.

Si dubitava infatti che la casa di cura privata potesse assumere verso il paziente un'obbligazione all'interno della quale fosse ricompresa anche la prestazione del medico (oltre a quella del restante personale sanitario), in considerazione di quanto previsto dall'art. 2 l. 23 novembre 1939 n. 1815, il quale vietava di «costituire, esercitare o dirigere, sotto qualsiasi forma diversa da quella di cui al precedente articolo [cioè l'associazione professionale], società, istituti, uffici, agenzie od enti, i quali abbiano lo scopo di dare, anche gratuitamente, ai propri consociati od ai terzi, prestazioni di assistenza o consulenza in materia tecnica, legale, commerciale, amministrativa, contabile o tributaria». Per la verità tale disposizione non menzionava espressamente le attività mediche; tuttavia attenta dottrina l'ha ritenuta estensibile anche alle prestazioni di assistenza in materia sanitaria, poiché la *ratio* della norma era quella, come si avverte nella Relazione alla legge, di «regolare le forme associate di esercizio professionale che, in illecita concorrenza all'esercizio individuale, legalmente controllato, coprono sovente una attività professionale svolta da persone sfornite dei necessari titoli di abilitazione»¹⁵. Di conseguenza si affermava che l'attività di gestione di case di

¹² Scrive V. MOLASCHI, *I rapporti*, cit., 81, che «a seguito dell'ammissione al servizio, la posizione dell'utente viene a configurarsi come diritto soggettivo al godimento della prestazione, come nei casi in cui l'accesso a questa sia la conseguenza della stipulazione di un contratto. A prescindere da quale ne sia l'atto costitutivo, quindi, una volta sorta, l'obbligazione avente ad oggetto l'erogazione del servizio è retta dal diritto comune, salvo alcuni aspetti peculiari di disciplina. Di qui, in caso di inadempimento, il configurarsi di una responsabilità contrattuale in capo alla pubblica amministrazione».

¹³ Secondo R. CALVO, *La «decontrattualizzazione»*, cit., 460 e 468 ss., invece, l'obbligazione della struttura sanitaria (pubblica o privata) sarebbe solo quella di mettere a disposizione degli utenti dei professionisti preparati, sicché la sua responsabilità per il loro operato starebbe nella colpa eventualmente ravvisabile nella loro selezione, nonché nel controllo del loro operato.

¹⁴ V., in particolare, l'art. 10, l. 23 dicembre 1978 n. 833 e l'art. 3, d.lgs. 30 dicembre 1992, n. 502.

¹⁵ In tal senso F. GALGANO, *Contratto*, cit., 724, il quale richiama Trib. Roma 24 giugno 1981, in *Foro it.*, 1981, I, 2283, che ha negato l'omologazione dell'atto costitutivo di una società di capitali avente ad oggetto la gestione di

JUS CIVILE



cura private andava considerata come mera attività di organizzazione delle strutture materiali «entro le quali il sanitario svolge, quale diretto contraente dei pazienti, attività di libera professione medica, assumendo propria responsabilità contrattuale»¹⁶. Sicché solo il medico sarebbe stato chiamato a rispondere dei danni eventualmente provocati dalla propria attività, mentre la struttura avrebbe potuto rispondere solo per quanto dipendesse dalle prestazioni complementari, e sempre a ritenere che con quest'ultima il paziente avesse concluso un distinto contratto (perché altrimenti essendo il solo medico obbligato alla prestazione, la struttura avrebbe dovuto considerarsi come sua ausiliaria).

Va pur detto, comunque, che il divieto di cui alla l. 1815/1939 non pare esser mai stato preso in considerazione dalla restante parte della dottrina che ha affrontato il tema della relazione tra struttura sanitaria privata e paziente: non si riscontra infatti incertezza, anche nella dottrina più risalente, circa la possibilità per il paziente di stipulare un contratto di cura “onnicomprensivo” con una struttura privata¹⁷. Né di questioni legate al divieto in parola vi è traccia in giurisprudenza¹⁸: ciò probabilmente per il fatto che le attività mediche non erano espressamente menzionate nella disposizione normativa.

strutture sanitarie diagnostiche e terapeutiche dando rilievo, oltre al divieto in parola, anche agli artt. 2229, 2232, 2233, c. 2, c.c., «che presuppongono chiaramente il carattere personale dell'esercizio delle professioni intellettuali».

¹⁶ F. GALGANO, *Contratto*, cit., 725. Non era pertanto possibile, nell'ambito delle strutture private, quel fenomeno di personalizzazione della prestazione sanitaria possibile invece nel rapporto dell'assistito con il SSN, e li giustifica in ragione delle peculiari esigenze del servizio.

¹⁷ Cfr. A. DE MARTINI, *La responsabilità civile del medico*, in *Giust. civ.*, 1954, I, 1233, spec. 1261, ove si legge che «la prestazione che il contraente diverso dal medico (ospedale, clinica, altro istituto o persona) promette nel contratto di cura col paziente (o chi per lui), non è che una prestazione di mezzi di cura *da parte di medici*, e cioè proprio quell'attività di cura che il medico promette quando stipula egli stesso il contratto di cura» (corsivi propri). V. inoltre G. CATTANEO, *La responsabilità del professionista*, Giuffrè, 1958, 345, secondo il quale la conclusione del contratto tra paziente e casa di cura comporta che «il gestore della casa di cura o dell'ospedale risponde del fatto colposo del medico di cui si valga per adempiere la propria obbligazione (art. 1228 c.c.), senza che occorra un'indagine sull'esistenza di un vincolo di “commissione” nel senso dell'art. 2049 c.c.». A dire il vero, però, il richiamo dell'art. 2049 c.c. presuppone che vi sia una responsabilità personale del commesso cui si aggiunge quella del padrone/committente; mentre invece l'art. 1228 c.c. non presuppone una responsabilità diretta dell'ausiliario (la quale quindi è questione che rimane aperta), ma è solo un criterio che imputa il fatto di costui al debitore. Il riferimento all'art. 2049 c.c. (pur per escluderlo) sembra dunque suggerire che ove manchi un rapporto contrattuale con la struttura (come avviene, secondo l'A., con le strutture pubbliche) vi sia una responsabilità extracontrattuale del medico, del cui fatto risponde, *ex art. 2049 c.c.*, l'ente. Ma se vi è in tal caso una responsabilità personale del medico, non si comprende perché essa non dovrebbe esserci anche ove vi sia un rapporto contrattuale con la struttura. Tale incongruità pare allora sintomo della costante difficoltà di definire con chiarezza la posizione dell'operatore sanitario inquadrato all'interno di una struttura (il quale non si trovi in relazione contrattuale con il paziente) indipendentemente dalla natura pubblica o privata di quest'ultima. La medesima ambiguità permane in A. PRINCIGALLI, *La responsabilità del medico*, Jovene, 1983, 265 ss. (e spec. 269), che riprende il pensiero di Cattaneo. Appare infine significativo che in nessuna di tali opere vi sia anche solo traccia della questione dell'applicabilità del divieto di cui all'art. 2 l. 1815/1939. Circa la natura contrattuale del rapporto tra paziente e struttura privata v., più di recente, G. ALPA, *La responsabilità medica*, in *Resp. civ. prev.*, 1999, 330.

¹⁸ In taluni casi la giurisprudenza sembra aver voluto aggirare il divieto: v. per esempio Cass. 1° marzo 1988 n. 2144, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1988, I, 604, con nota di R. PUCELLA, la quale applica in via analogica le norme del contratto d'opera professionale alla relazione tra struttura e paziente, giungendo dunque al medesimo risultato operativo del riconoscimento di un vero e proprio contratto tra i due.

JUS CIVILE



Ad ogni modo, oggi il divieto dell'art. 2 l. 1815/1939 è venuto meno¹⁹. Non erano parimenti venute meno, però, le resistenze di certa dottrina, per ragioni diverse, ad ammettere che anche la struttura privata potesse essere parte di un contratto di cura “onnicomprensivo”, inclusivo cioè anche dell'attività del personale medico²⁰. Sennonché la riforma del 2017 pare aver messo fine a questi dubbi. L'art. 7, c. 1, l. 24/2017, infatti, nel riferirsi all'avvalimento di soggetti esercenti la professione sanitaria da parte di strutture tanto pubbliche quanto private al fine di adempiere la propria obbligazione, presuppone, evidentemente, che queste ultime siano parti di un'obbligazione da adempiere attraverso tali soggetti (diversamente non avrebbe senso l'avvalimento), tra i quali vi è, in primo luogo, il personale medico. Dunque, pare ora possibile affermare senza più dubbi che anche allorché il paziente si rivolge a una struttura privata essa può legittimamente divenire debitrice di un'unica prestazione di cura (“onnicomprensiva”), allo stesso modo di quanto accade nel rapporto tra paziente e struttura pubblica.

4. – Nei paragrafi precedenti s'è visto che l'obbligazione di cura nei confronti di un paziente può essere assunta anche da una struttura organizzata, tanto pubblica quanto privata.

Ora, l'idea che curante del paziente non sia un singolo professionista bensì un soggetto organizzato sembrerebbe porsi in contrasto con la configurazione tradizionale della relazione di cura, che tipicamente s'instaura tra persone fisiche ed è permeata dall'elemento della fiducia (del paziente verso il medico). Ci si potrebbe allora chiedere se sia possibile, al di là del dato giuridico della titolarità dell'obbligazione di cura, che una relazione di cura venga instaurata anche con

¹⁹ Il divieto previsto dall'art. 2 l. 1815/1939, è stato abrogato dalla legge 7 agosto 1997, n. 266 e successivamente l'intero provvedimento è stato abrogato dalla legge 12 novembre 2011, n. 183.

²⁰ Cfr. E. NAVARRETTA, *L'adempimento dell'obbligazione del fatto altrui e la responsabilità del medico*, in *Resp. civ. prev.*, 2011, 1454, che richiama S. MAZZAMUTO, *Note in tema di responsabilità civile del medico*, in *Europa dir. priv.*, 2000, 505. In verità, anche nell'ordinamento francese, in un primo tempo, la dottrina e la giurisprudenza ritenevano che non fosse possibile per una struttura sanitaria privata concludere con il paziente un contratto comprensivo anche delle prestazioni del personale medico, sicché reputavano che il paziente, accedendo a una struttura privata, concludesse due distinti contratti: il *contrat médical* con il singolo medico curante, e il *contrat d'hospitalisation et soins* con la struttura ospitante, per le prestazioni “complementari”. Di conseguenza a una tale scissione del rapporto corrispondeva un'analogo ripartizione di responsabilità. A partire dal 1991, però, la Corte di cassazione francese operò un vero e proprio *revirement*, affermando che laddove il paziente si rechi direttamente nella struttura il *contrat médical* (l'obbligazione “onnicomprensiva” di cura) deve ritenersi concluso con quest'ultima, e non con il singolo medico (cfr. Cass. 1^{re} civ., 4 giugno 1991, in *JCP G*, 1991, II, 21730, *obs.* J. SAVATIER; in *Gaz. Pal.*, 1992, *juris.*, 503, con nota di F. CHABAS). Purtroppo però tale conclusione fu limitata al solo caso in cui il medico curante fosse dipendente (*salarié*) della struttura privata, per cui laddove essa si avvalsesse di un medico libero professionista continuava a valere il modello del “doppio contratto” (cfr. Cass. 1^{re} civ., 26 maggio 1999, in *Rec. Dalloz*, 1999, I, *juris.*, 719, con nota di E. SAVATIER). Una tale soluzione, comunque, non è andata esente da critiche (cfr. S. PORCHY-SIMON, *Regard critique sur la responsabilité civile de l'établissement de santé privé du fait du médecin*, in *Droit et économie de l'assurance et de la santé. Mélanges en l'honneur de Yvonne Lambert-Faivre et Denis-Clair Lambert*, Dalloz, 2002, 361 ss.). Oggi, dopo la riforma del 2002 (introdotta con la c.d. *loi Kouchner*, l. 4 marzo 2002 n. 303), la questione della stipulazione del *contrat médical* è passata in secondo piano, ma non è ancora sopito il dibattito sulla natura della responsabilità medica (cfr. G. MÉMETEAU-M. GIRER, *Cours de droit médical*⁵, LEH, 2016, 309 ss.).

JUS CIVILE



un soggetto organizzato; in altre parole ci si può domandare se sia possibile che il paziente riponga la propria fiducia anziché su un determinato professionista su un'organizzazione complessa.

A tal proposito andrebbe osservato che, per effetto del progresso scientifico e della sempre maggiore specializzazione delle competenze in ambito medico-sanitario, l'attuazione dell'obbligazione di cura richiede sempre più spesso una prestazione organizzata, frutto della collaborazione di più professionalità e sempre più difficilmente riconducibile all'attività di una singola persona. Del resto, è lo stesso contenuto della prestazione a essere potenzialmente molto ampio (in ragione del fine cui l'obbligazione è orientata) sì da poter richiedere l'esecuzione di attività rese da più soggetti (si pensi al caso della necessità di eseguire più esami diagnostici o a quello di complicazioni che richiedano l'ausilio di diverse professionalità o alla necessità di ottenere valutazioni di più specialisti). Certamente non si disconosce che vi siano attività (tipicamente: la singola visita o il piccolo intervento ambulatoriale) astrattamente riconducibili a un singolo sanitario; tuttavia è altrettanto vero che quasi sempre queste ultime si inseriscono in un percorso di cura che richiede l'intervento di più specialisti, in ragione della diffusione dell'approccio c.d. multidisciplinare alle patologie (a sua volta logica conseguenza della crescente specializzazione nelle singole branche della medicina). Non appare azzardato allora ipotizzare che il paziente possa sempre più spesso rivolgersi a determinate strutture sanitarie non già in ragione della presenza al loro interno di un determinato professionista, bensì in considerazione di elementi organizzativi: la dotazione strumentale, le tipologie di interventi affrontati, ecc.

Ora, l'immagine della struttura sanitaria come «macroiatra» (o «medico collettivo») che conclude con i propri utenti contratti (d'opera) avvalendosi dei sanitari propri dipendenti è stata in passato recisamente criticata in dottrina, precipuamente in virtù della connotazione necessariamente personale dell'attività medica²¹. In effetti, l'allargamento dello schema del contratto d'opera all'attività resa da parte di un soggetto organizzato può forse risultare eccessivo. Tuttavia taluna dottrina ha proposto una reinterpretazione del principio della personalità della prestazione che tenga conto delle esigenze funzionali da esso espresse, le quali andrebbero ricondotte «non tanto alla esecuzione materiale della prestazione da parte del singolo professionista o prestatore d'opera, quanto alla possibilità che possa instaurarsi una relazione fiduciaria tra chi assume l'obbligo di eseguire la prestazione ed il beneficiario della stessa»²². In effetti, è stato evidenziato che il requisito della fiducia non presuppone necessariamente il requisito dell'individualità della prestazione, così che una relazione fiduciaria ben potrebbe instaurarsi anche in quei casi in cui l'attività sia esercitata da più soggetti che si avvalgono di un'organizzazione complessa²³. Ecco che allora la nozione di personalità della prestazione potrebbe essere riferita

²¹ Le espressioni sono di F. GALGANO, *Contratto*, cit., 720.

²² F. CAFAGGI, *Responsabilità del professionista*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, XIII, UTET, 1998, 165.

²³ Non sembrerebbe azzardato, in effetti, ipotizzare la sussistenza di una relazione fiduciaria, per quel che concerne lo specifico ambito sanitario, tra il paziente e l'*équipe* di un determinato reparto ospedaliero.

JUS CIVILE



anche alle persone giuridiche, allargando la nozione di *intuitus personae* fino a ricomprendervi quella di *intuitus societatis*²⁴.

Sulla scorta di tali riflessioni parrebbe dunque legittimo affermare che una relazione di cura possa essere instaurata, oltre che con un singolo professionista, anche con una struttura organizzata e che, conseguentemente, pure il vincolo fiduciario possa intercorrere con quest'ultima. L'immagine della struttura sanitaria come «macroiatra» potrebbe allora essere rivalutata, rivelandosi addirittura appropriata in tutti quei casi in cui la fiducia del paziente venga riposta più che su un determinato professionista su una determinata struttura (meglio: sull'*équipe* di un certo reparto), in considerazione delle capacità organizzative di chi la dirige, della sua dotazione strumentale, delle tecniche e metodologie applicate dal personale ad essa afferente (indipendentemente quindi dalla persona dei singoli componenti) e magari della presenza di ulteriori servizi²⁵.

5. – Ridefinita come sopra la relazione di cura tra paziente e struttura sanitaria, pare opportuno dedicare, alla luce della sua attuale configurazione, qualche considerazione ai soggetti che debbano eventualmente essere ritenuti responsabili dell'inesatto adempimento dell'obbligazione nei confronti del paziente.

Se, come detto, il rapporto tra paziente e struttura (tanto pubblica quanto privata) è di tipo obbligatorio e se l'obbligazione assunta dalla struttura ben può comprendere l'insieme delle prestazioni di cura (ossia anche quelle strettamente mediche e non solo quelle, per così dire, “complementari”), ne discende che la struttura, a fronte dell'inesatto adempimento di una di tali prestazioni (si tratti di quelle più strettamente organizzative, come la sterilità degli ambienti, o si tratti di quelle professionali del personale sanitario) dovrà rispondere verso il paziente per inadempimento. E tale responsabilità, come ormai affermato dalla giurisprudenza, comprende anche il danno alla persona del paziente, in quanto danno non patrimoniale da inadempimento²⁶.

²⁴ F. CAFAGGI, *Responsabilità del professionista*, cit., 165, che richiama le parole di G. SCHIANO DI PEPE, *Società e associazioni tra professionisti e artisti*, in *Enc. Giur. Treccani*, XXIX, 1993, 4, secondo il quale: «è evidente infatti, e il processo è già in atto, la necessità di una rilettura sia dell'obbligo di esecuzione personale sia del concetto stesso di *intuitus* che deve oggi tendenzialmente abbracciare non solo qualità soggettive ma anche elementi oggettivi strettamente aziendali tanto che si è cominciato a parlare di *intuitus societatis* (...)».

²⁵ Si pensi, ad esempio, al caso in cui la scelta di una certa struttura per l'effettuazione di un intervento sia motivata anche dalla presenza in essa di un reparto di rianimazione.

²⁶ È noto che il percorso che ha condotto alla risarcibilità in via contrattuale delle conseguenze non patrimoniali dell'inadempimento è stato tortuoso (e ancora oggi il dibattito non può dirsi chiuso). Ad ogni modo, con le famose sentenze a Sezioni unite della Corte di cassazione del 2008 tale risarcibilità è divenuta diritto vivente (cfr. Cass. S.U. 11 novembre 2008 n. 26972, n. 26973, n. 26974 e n. 26975, tutte coincidenti nella motivazione. Per una pubblicazione per esteso v. la sentenza n. 26973, in *Foro it.*, 2009, I, 120, con note di A. PALMIERI, *La rifondazione del danno non patrimoniale, all'insegna della tipicità dell'interesse leso (con qualche attenuazione) e dell'unitarietà*, di R. PARDOLESI-R. SIMONE, *Danno esistenziale (e sistema fragile): «die hard»*, di G. PONZANELLI, *Sezioni unite: il «nuovo statuto» del danno non patrimoniale*, e di E. NAVARRETTA, *Il valore della persona nei diritti inviolabili e la sostanza dei danni non patrimoniali*). In estrema sintesi, secondo i giudici il fondamento dell'attrazione in ambito contrattuale del risarcimento è la lesione dello specifico interesse cui è oggettivamente orientato il rapporto (la sentenza richiama



Più complesso il discorso sulla responsabilità del personale sanitario. Tradizionalmente, infatti, si è sempre affermata, tanto in dottrina quanto in giurisprudenza, la responsabilità personale del singolo operatore sanitario accanto a quella della struttura presso la quale opera (e a qualsiasi titolo, sia quindi che si tratti di dipendente, sia che si tratti di libero professionista). Ora, non è possibile in questa sede prendere in considerazione tutte le ricostruzioni che sono state elaborate per giustificare l'affermazione di tale responsabilità del singolo operatore, sicché ci si limiterà a qualche osservazione. Nel prosieguo si farà riferimento, per comodità espositiva, alla figura del medico, ma evidentemente in tale riferimento va ricompresa anche la posizione di tutti gli altri operatori sanitari (infermieri, ostetriche, tecnici di laboratorio, ecc.)²⁷.

Inizialmente la responsabilità del medico operante presso una struttura era qualificata come extracontrattuale, sul presupposto sia che la natura del diritto leso (la salute) qualificasse inevitabilmente il fatto come illecito aquiliano, sia che il sanitario dipendente non fosse legato al paziente da alcun rapporto particolare²⁸. A ben guardare, però, il semplice fatto che il medico non

infatti «i c.d. contratti di protezione, quali sono quelli che si concludono nel settore sanitario», nei quali «gli interessi da realizzare attengono alla sfera della salute in senso ampio»). È pur vero, comunque, che l'argomentazione delle sentenze del 2008 è piuttosto ambigua, per cui non è del tutto chiaro se l'affermazione della risarcibilità del danno non patrimoniale da inadempimento sia fondata su un'estensione dell'art. 2059 c.c., oppure sia costruita sulla sola disciplina contrattuale attraverso il richiamo all'art. 1174 c.c. (come si riterrebbe corretto debba essere). La dottrina, infatti, ha parlato di «errore prospettico» in relazione al richiamo dell'art. 2059 c.c. (L. NIVARRA, *La contrattualizzazione del danno non patrimoniale: un'incompiuta*, in *Europa dir. priv.*, 2012, 475 ss.): in effetti, nella prospettiva contrattuale il richiamo a tale disposizione appare ultroneo, dovendosi piuttosto guardare alla rilevanza dell'interesse all'interno del rapporto. Su quest'ultimo punto cfr. S. MAZZAMUTO, *Il rapporto tra gli artt. 2059 e 2043 c.c. e l'ambiguità delle Sezioni unite a proposito della risarcibilità del danno non patrimoniale*, in *Contr. impr.*, 2009, 589 ss. e in partic. 619 ss., secondo il quale «le Sezioni unite (...) non sono conseguenti giacché muovono dalla premessa, fuori segno, secondo cui “l'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 2059 c.c. consente ora di affermare che anche nella materia della responsabilità contrattuale è dato il risarcimento dei danni non patrimoniali” e svolgono poi un ampio ragionamento – ben più corretto – che lega la risarcibilità dei valori della persona secondo le regole della responsabilità da inadempimento all'accertamento che tali valori siano ricompresi nel piano dell'obbligazione o per previsione di legge o per opzione delle parti, in quanto inclusi nella causa in concreto del contratto».

²⁷ Indubbiamente, poiché al medico compete il governo del complessivo processo di cura, comprensivo sia della scelta dei trattamenti sia, in parte, della loro realizzazione (tipicamente: l'intervento chirurgico), è sul medico che, in caso di errore relativo a tali aspetti, ricadrà la responsabilità. Vi sono però anche altre figure professionali che rivestono importanti ruoli nel processo di cura e alle quali, in caso di errore, è riconducibile una responsabilità. Prendendo ad esempio la figura dell'infermiere, va detto che egli non può essere considerato sempre mero esecutore degli indirizzi del medico, essendo invece chiamato in talune situazioni a compiere anche un'attività valutativa (si pensi all'attività di *triage* compiuta nei Pronto Soccorso – cioè allo smistamento degli utenti secondo classi di urgenza in base alle loro condizioni fisiche – oppure alla valutazione delle condizioni di un paziente degente al fine di decidere se allertare il medico di guardia). Per quanto poi riguarda l'effettiva attività esecutiva (ossia l'applicazione delle prescrizioni diagnostico-terapeutiche impartite dal medico), non sembra esservi differenza tra la responsabilità del chirurgo per inesatta esecuzione dell'intervento e quella dell'infermiere, ad esempio, per erroneo posizionamento di un ago canula o per l'esecuzione di una manovra che provochi la caduta e il ferimento del paziente.

²⁸ V. G. CATTANEO, *La responsabilità*, cit., 313 e 351; nel medesimo senso, ma senza fornire giustificazioni alla qualificazione come extracontrattuale della responsabilità del singolo operatore, A. PRINCIGALLI, *La responsabilità*, cit., 265. Più di recente, v. A. GABRIELLI, *La r.c. del professionista: generalità*, *La responsabilità civile. Responsabilità contrattuale*, a cura di P. CENDON, VI, UTET, 300. In giurisprudenza la prima pronuncia che riconduce all'ambito contrattuale la responsabilità della struttura sanitaria pubblica verso il paziente è Cass. 21 dicembre 1978 n. 6141, in *Foro it.*, 1979, I, 4; per l'affermazione della concorrente responsabilità extracontrattuale del medico v., per prima, Cass. 24 marzo 1979 n.

JUS CIVILE



sia legato al paziente da alcun rapporto obbligatorio, se certamente vale a escludere la sussistenza di una responsabilità contrattuale in senso proprio, non assume alcuna rilevanza nell'affermazione della responsabilità aquiliana. Sicché il solo argomento su cui poggiava l'affermazione della responsabilità aquiliana era quello della natura del diritto leso²⁹. Tuttavia anche tale argomento non si dimostra decisivo, dal momento che, come già osservava la dottrina più risalente, non pare esservi spazio per una responsabilità aquiliana (eventualmente in concorso con quella contrattuale) «in quelle ipotesi in cui l'obbligo di non ledere un diritto assoluto altrui è divenuto l'oggetto principale di un'obbligazione contrattuale, come appunto avviene nel contratto di cure mediche»; né, si precisava, il risultato cambierebbe ove si considerasse leso non l'interesse alla prestazione principale (c.d. *Leistungsinteresse*), bensì un interesse di protezione (c.d. *Schutzinteresse*), dal momento che «probabilmente in materia di contratto medico non c'è posto per un obbligo di protezione della persona, distinto dall'obbligo principale di eseguire la prestazione»³⁰. In altre parole, la circostanza che l'obbligazione di cura sia già essa stessa finalizzata, in maniera oggettiva e riconoscibile, alla tutela della salute³¹ comporta che non sia possibile indi-

1716, in *Giust. civ.*, 1979, I, 1440, secondo la quale, se non è configurabile una responsabilità contrattuale del medico dipendente dall'ente verso il paziente in conseguenza dell'errore diagnostico o terapeutico, «tale errore può però rilevare sotto il profilo della responsabilità extracontrattuale quando da esso sia scaturito un danno al paziente se concorrono i presupposti di cui all'art. 2043 c.c.». Successivamente v. Cass. 26 marzo 1990 n. 2428, in *Giur. it.*, 1991, I, I, 600; Cass. 13 marzo 1998 n. 2750, in *Arch. civ.*, 1998, 659. Nella giurisprudenza di merito v. Trib. Verona 4 ottobre 1990, in *Giur. it.*, 1991, I, 2, 696; Trib. Verona, 15 ottobre 1990, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1991, I, 357 (la prima sentenza in cui s'è parlato di «contratto atipico di ospedalità»); Trib. Verona 4 marzo 1991, in *Giur. mer.*, 1992, 823; App. Venezia, 11 febbraio 1993, in *Giur. mer.*, 1994, 37; Trib. Trieste, 14 aprile 1994, in *Resp. civ. prev.*, 1994, 768.

²⁹ Cfr. M. FORZIATI, *La responsabilità contrattuale del medico dipendente: il "contatto sociale" conquista la Cassazione*, in *Resp. civ. prev.*, 1999, 673. Talora, come rileva criticamente G. CATTANEO, *La responsabilità*, cit., 306, un valore era stato dato anche alla circostanza della rilevanza penale del fatto.

³⁰ G. CATTANEO, *La responsabilità*, cit., 312 ss. Per la verità nel pensiero dell'A. tali considerazioni sono volte a contestare l'applicazione del concorso di responsabilità contrattuale ed aquiliana in capo al medico che abbia autonomamente concluso con il paziente un contratto d'opera (c.d. concorso "proprio"), mentre sarebbe ammissibile, secondo l'A., il concorso di responsabilità tra medico e struttura (c.d. concorso "improprio"). Tuttavia appare contraddittorio escludere la responsabilità extracontrattuale del medico laddove questi operi in adempimento di una propria obbligazione e ammetterla invece ove agisca in adempimento di un'obbligazione altrui: se infatti non vi è posto per la responsabilità aquiliana allorché il contratto di cure mediche sia concluso dal singolo professionista, non si comprende perché, quando parte del rapporto sia una struttura, il singolo medico debba rispondere in via extracontrattuale.

³¹ La tutela della salute tocca il profilo causale del rapporto (cfr. P. CALAMANDREI, *Note sul contratto tra il chirurgo e il paziente*, in *Foro it.*, 1936, IV, 284 ss.): ci si potrebbe in effetti interrogare sull'ammissibilità di un'obbligazione orientata a ottenere l'esecuzione di una prestazione sanitaria totalmente inutile per il paziente (che non possa cioè nemmeno dirsi finalizzata a fugare un sospetto diagnostico o a controllare lo stato generale di salute della persona). Si può fare l'esempio di chi chieda che gli venga praticato un intervento chirurgico non comportante diminuzione permanente dell'integrità fisica (altrimenti potrebbe venire in rilievo l'art. 5 c.c.) del quale non abbia affatto bisogno; o di chi chieda che gli venga somministrata una terapia contro una patologia della quale non è affetto. Ad ogni modo, in casi come questi verrebbe in rilievo anche la stessa deontologia medica: l'art. 22 del Codice deontologico (nella versione del 2014) prevede che «il medico può rifiutare la propria opera professionale quando vengano richieste prestazioni in contrasto con la propria coscienza o con i propri convincimenti tecnico-scientifici, a meno che il rifiuto non sia di grave e immediato nocumento per la salute della persona, fornendo comunque ogni utile informazione e chiarimento per consentire la fruizione della prestazione». Ma v. pure l'art. 4 del medesimo Codice, che sancisce i principi di libertà e indipendenza della professione medica.



viduare un'autonoma responsabilità aquiliana per i fatti che siano conseguenza del suo inadempimento e che in ogni caso non sia possibile individuare al suo interno degli autonomi doveri di protezione, sia che li si voglia ricercare in capo al soggetto gravato dell'obbligazione (la struttura sanitaria), sia che li si ricerchi in capo ai soggetti da questo incaricati di eseguire materialmente la prestazione (ma su questo punto v. quanto si dirà *infra* a proposito dell'applicazione alla figura del medico dipendente della teoria dell'obbligazione senza prestazione). Per di più l'affermazione della responsabilità aquiliana in capo al medico comportava storture applicative, poiché, astrattamente, il sanitario avrebbe dovuto rispondere solo allorché la sua condotta avesse cagionato un danno al paziente, e non invece anche nell'ipotesi di mero insuccesso delle cure cui non fosse seguito alcun pregiudizio (cioè nel caso in cui il paziente non fosse peggiorato ma neppure migliorato); e tuttavia la giurisprudenza, sul presupposto che altrimenti la responsabilità del sanitario sarebbe risultata oltremodo ridotta, ha spesso addossato al medico il risarcimento anche di quei pregiudizi derivanti dalla mancata acquisizione di un'utilità, ossia quei pregiudizi tipici della responsabilità contrattuale, finendo così per deformare la funzione della responsabilità aquiliana³².

Così, constatata l'inadeguatezza della qualificazione come aquiliana della responsabilità del singolo operatore sanitario, la giurisprudenza ha presto trovato un *escamotage* per affermarne la natura contrattuale. L'appiglio è stato fornito dall'applicazione al medico dipendente della teoria dell'obbligazione senza prestazione³³. In estrema sintesi, tale teoria prende le mosse dagli obblighi di protezione, ossia da quegli obblighi accessori a quello di prestazione, ricavati dal generale dovere di buona fede e che hanno ad oggetto la protezione della persona e delle cose di ciascuna parte di una relazione dal rischio di danno che quella relazione produce³⁴. La principale conseguenza che il riconoscimento di tali obblighi comporta è che la lesione alla persona o al patrimonio di una parte commessa in violazione di essi dà luogo, a carico dell'altra, non già a responsabilità extracontrattuale (come sarebbe altrimenti), bensì a responsabilità contrattuale. Muovendo quindi dal riconoscimento dell'autonomia di tali obblighi (sia sul piano della struttura che su quello della fonte), taluna dottrina ha affermato la possibilità di una loro sussistenza autonoma anche laddove manchi un obbligo di prestazione al quale accostarli³⁵, analogamente a

³² V. D. M. FREDA, *Il concorso di responsabilità contrattuale e aquiliana. Soluzioni empiriche e coerenza del sistema*², Cedam, 2013, 190, la quale osserva che nonostante la qualificazione come aquiliana della responsabilità del medico avrebbe dovuto comportare la limitazione della responsabilità di quest'ultimo alla sola alterazione in negativo dell'altrui *status quo* (senza estendersi cioè anche alla mancata realizzazione dell'interesse positivo), tale circostanza è stata spesso ignorata dagli interpreti «i quali usano porre l'azione extracontrattuale alla base anche di pretese risarcitorie dovute al mancato raggiungimento di un risultato positivo, rimediando così, nella pratica, alle conseguenze derivanti dall'inadeguato inquadramento sistematico». Per il medesimo rilievo v. anche, in precedenza, A. DI MAJO, *L'obbligazione senza prestazione approda in Cassazione*, in *Corr. giur.*, 1999, 447.

³³ Cfr. C. CASTRONOVO, *L'obbligazione senza prestazione ai confini tra contratto e torto*, in *Le ragioni del diritto. Scritti in onore di Luigi Mengoni*, I, Giuffrè, 1995, 191 ss.

³⁴ Cfr. C. CASTRONOVO, *Obblighi di protezione*, in *Enc. giur. Treccani*, 1990, 1 ss., nonché ID., *Obblighi di protezione e tutela del terzo*, in *Jus*, 1976, 123 ss.

³⁵ V. C. CASTRONOVO, *L'obbligazione*, cit., 147 ss., e, successivamente, ID., *La nuova responsabilità civile*³, Giuffrè, 2006, 447.

JUS CIVILE



quanto accade nelle trattative contrattuali, nel cui contesto un contratto (cioè un obbligo di prestazione) non c'è ancora, e tuttavia vi sono degli obblighi di protezione, in virtù dell'applicazione alla fase delle trattative del canone della buona fede *ex art. 1337 c.c.*³⁶ Ebbene, la dottrina in parola ha applicato tale modello a diverse fattispecie di responsabilità “di confine”³⁷ nelle quali riteneva riscontrabile il medesimo presupposto all'origine degli obblighi di protezione nelle trattative contrattuali, e cioè un affidamento reso giuridicamente rilevante dalla regola di buona fede³⁸. Tra tali fattispecie è stata fatta rientrare anche quella del medico dipendente di struttura sanitaria, con riguardo alla quale si è detto, in sostanza, che se il medico non è certamente gravato dell'obbligazione di cura (che è in capo alla struttura e che produce un obbligo di prestazione), è tuttavia gravato di un obbligo di *protezione*, cioè di un obbligo di mera conservazione della sfera giuridica del paziente (generato dall'affidamento di quest'ultimo mediato dalla legge); conseguentemente la circostanza che il danno si produce quale violazione di tale obbligo fa sì che la responsabilità del medico possa essere collocata in ambito contrattuale³⁹.

³⁶ La fattispecie delle trattative precontrattuali è infatti l'ipotesi per eccellenza di obbligazione senza prestazione.

³⁷ Fattispecie nelle quali cioè non fosse chiara la natura della relazione (obbligatoria o non obbligatoria) e dunque non fosse chiara, di conseguenza, la natura della responsabilità.

³⁸ In sostanza, scrive questa dottrina, si tratta di vedere se si diano altre ipotesi di affidamento «in grado di dare vita bensì a obblighi tra parti che pure non si possano riconoscere nella qualifica di creditore e debitore instaurata dall'obbligo di prestazione, ma di contenuto anche diverso in quanto non necessariamente rivolti alla stipulazione di un contratto» (C. CASTRONOVO, *L'obbligazione*, cit., 170). Secondo tale impostazione, dunque, la responsabilità precontrattuale è solo *species* del *genus* responsabilità da violazione dell'affidamento. L'A. da ultimo citato, infatti, critica la tendenza, assunta dalla dottrina tedesca, di identificare l'obbligazione senza prestazione con la *culpa in contrahendo*: quest'ultima presuppone invero pur sempre l'instaurazione di trattative finalizzate alla conclusione di un negozio, per cui il rischio è quello di forzare la categoria rintracciando un coinvolgimento anche indiretto del soggetto responsabile nella stipulazione di un futuro contratto (C. CASTRONOVO, *L'obbligazione*, cit., 173 e successivamente ID., *La nuova responsabilità*, cit., 474, in particolare nt. 71). In realtà, scrive l'A., la categoria generale cui si deve guardare è la violazione dell'affidamento. A sostegno cita, da ultimo, il § 311, c. 3, BGB, così come modificato dalla *Modernisierung des Schuldrechts* a partire dal 1° gennaio 2002, il quale prevede che un rapporto obbligatorio con obblighi di cui al § 241, c. 2 (cioè obblighi di protezione), può sorgere anche verso soggetti che non devono diventare esse stesse parti contrattuali e che un tale rapporto obbligatorio sorge in particolare se il terzo desta affidamento su di sé in misura notevole e con ciò influenza in modo rilevante le trattative contrattuali o la conclusione del contratto. Va detto però che l'A. dà di tale disposizione una lettura estensiva, non limitandone l'applicazione alle sole situazioni in cui l'autore dell'affidamento influisce sulla conclusione di un contratto; ciò poiché una simile restrizione, a suo dire, oltre a essere il frutto «non necessario e perciò evitabile» dell'orientamento tedesco che fa coincidere obbligazione senza prestazione e *culpa in contrahendo*, non garantirebbe la necessaria tutela a una situazione che presenta, rispetto a quella considerata dal § 311, c. 3, BGB, i medesimi estremi di fatto. Parla invece, in senso critico, di “mare aperto”, con riferimento alle plurime ipotesi (diverse dalla *culpa in contrahendo*) cui è stata applicata la teoria dell'obbligazione senza prestazione, A. DI MAJO, *L'obbligazione “protettiva”*, in *Europa dir. priv.*, 2015, 11 ss., spec. 13 nt. 30.

³⁹ Si noti, comunque, che la circostanza che l'obbligo ritenuto sussistente in capo al medico sia di protezione e non di prestazione comporta, in primo luogo, che il paziente non può vantare alcuna pretesa nei confronti del sanitario, potendo solo dolersi nei suoi confronti delle conseguenze pregiudizievoli che l'inesatta esecuzione dell'attività gli abbia provocato (al pari di quanto avviene nello schema della responsabilità extracontrattuale). In secondo luogo, in ipotesi di mancato rispetto degli obblighi di protezione si dovrebbe parlare non già di *inadempimento* (termine che evoca l'esistenza di un obbligo di prestazione), bensì di *violazione* (v. C. CASTRONOVO, *Ritorno all'obbligazione senza prestazione*, in *Europa dir. priv.*, 2009, 707), tanto che l'applicazione della disciplina della responsabilità contrattuale alla violazione degli obblighi di protezione dovrebbe avvenire non in via diretta, ma analogica (Cfr. C. CASTRO-

JUS CIVILE



Ora, va detto che la giurisprudenza, che non ha esitato ad appropriarsi, a partire dal 1999⁴⁰, della ricostruzione appena esposta, ha in realtà vistosamente deformato la teoria che la giustificava, dal momento che i giudici hanno sempre motivato l'affermazione della responsabilità contrattuale del medico non già con la violazione di un obbligo di protezione (come avrebbe voluto la teoria dell'obbligazione senza prestazione), bensì con l'inadempimento di una vera e propria prestazione oggetto di un'obbligazione nata dall'affidamento (o dal "contatto sociale"), il quale costituirebbe fatto idoneo a produrre obbligazioni *ex art. 1173 c.c.* In altre parole i giudici hanno qualificato il medico come debitore di una prestazione piena (e non invece gravato di meri obblighi di protezione) in quanto tale chiamato a rispondere di vero e proprio inadempimento, ossia non solo quando dalla sua attività derivi danno al paziente, ma anche quando questi non riceva l'effetto sperato⁴¹.

Ad ogni modo, al di là dell'applicazione fattane dalla giurisprudenza, la teoria dell'obbligazione senza prestazione e soprattutto la sua estensione a diverse fattispecie di relazione è stata sottoposta a serrata criticata in dottrina, poiché non sussisterebbero, a detta di molti, i presupposti affinché la relazione (il "contatto") tra medico e paziente possa generare obblighi protettivi⁴². Più precisamente la relazione tra medico e paziente, a differenza di quella che s'instaura

NOVO, *Problema e sistema nel danno da prodotti*, Giuffrè, 1979, 503, nt. 200, e, più recentemente, ID., *Ritorno*, cit., 707).

⁴⁰ Il riferimento è a Cass. 22 gennaio 1999 n. 589, in *Corr. giur.*, 1999, 441 ss., con nota di A. DI MAJO, *L'obbligazione senza prestazione approda in Cassazione*.

⁴¹ Con riferimento a tale interpretazione giurisprudenziale del contatto sociale parla di «erronea prospettiva» L. LAMBO, *Obblighi di protezione*, Cedam, 2007, 354 ss. «È nata così», scrive l'A., «da un malinteso significato del concetto di obbligazione senza prestazione, la figura della "responsabilità da contatto sociale" che, lungi dall'essere un concetto per denotare il profilo sanzionatorio di quella forma di obbligazione, intende ravvisare nel mero "contatto sociale" instauratosi a monte della fattispecie di danno il presupposto sufficiente per attivare la disciplina dell'inadempimento». Anche A. NICOLUSSI, *Sezioni sempre più unite contro la distinzione fra obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi. La responsabilità del medico*, in *Danno resp.*, 2008, 874, ritiene che l'espressione «responsabilità da contatto sociale» sia frutto di un fraintendimento linguistico. Critica verso l'interpretazione giurisprudenziale è pure L. MANNA, *Le obbligazioni senza prestazione*, in *Trattato delle obbligazioni*, diretto da L. GAROFALO E M. TALAMANCA, I, t. III, Cedam, 2010, 42 e 53, che parla di snaturamento dell'obbligazione senza prestazione, come esempio del quale richiama Cass. 8 ottobre 2008 n. 24791, nella quale si afferma che «la responsabilità sia del medico che dell'ente ospedaliero trova titolo nell'inadempimento delle obbligazioni ai sensi dell'art. 1218 c.c.», assimilandosi così (come scrive C. CASTRONOVO, *Ritorno*, cit., 710) la responsabilità del primo a quella del secondo all'insegna della (presunta) comune natura contrattuale. Per ulteriori esempi dei modi in cui la giurisprudenza ha frainteso il riferimento al contatto sociale v. C. CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, Giuffrè, 2015, 146 ss. La commistione tra protezione e prestazione produce infine una contraddizione anche sul piano processuale, rilevata da A. NICOLUSSI, *Sezioni sempre più unite*, cit., 878, in relazione all'applicazione alla responsabilità del medico dei principi di Cass. S.U. 30 ottobre 2001 n. 13533 (in *Corr. giur.*, 2001, 1565 ss., con nota di V. MARICONDA, *Inadempimento e onere della prova: le Sezioni Unite compongono un contrasto e ne aprono un altro*) in tema di onere della prova. Evidenzia infatti l'A. che la giurisprudenza da un lato riconosce che il paziente non ha una pretesa vera e propria verso il medico, ma dall'altro «reputa che l'onere della prova per la domanda di risarcimento dei danni sia equivalente a quello della domanda di adempimento» (appunto applicando i principi della sentenza richiamata). Mentre invece, obietta l'A., «in questi casi l'equivalenza non è predicabile, in quanto il paziente non è legittimato a una domanda di adempimento (...)».

⁴² Particolarmente critico sul ruolo dell'affidamento nell'estensione della teoria dell'obbligazione senza presta-

JUS CIVILE



nelle trattative contrattuali, non si atteggia a relazione negoziale, né può dirsi simile ad essa: il contatto tra i due, cioè, non nasce in vista della creazione di un rapporto obbligatorio, né della creazione di un rapporto di cortesia⁴³. Inoltre, a ben guardare, l'affidamento che connota la relazione medico-paziente è unilaterale (non affidandosi il medico ad alcuno), mentre nel modello della *culpa in contrahendo* è reciproco. Nella dottrina italiana, in effetti, si è messo in luce (sulla scorta di taluna dottrina tedesca) che il "contatto sociale" non potrebbe dar vita a obblighi di protezione se non in quei casi in cui il contatto tra le parti sia negoziale, cioè sia in qualche modo preordinato alla conclusione di un contratto (indipendentemente dal fatto che ciò poi si realizzi), oppure, pur non essendo negoziale, sia comunque ad esso assimilabile⁴⁴. Per la verità, non si esclude *a priori* che anche contatti diversi da quelli negoziali e da quelli a questi ultimi simili possano costituire fonti di obbligazioni (senza dovere primario di prestazione); tuttavia si ritiene che ciò possa accadere «solo lì dove per le obbligazioni medesime possa essere trovata una base giuridica», la quale però «non può essere costituita da un semplice affidamento», né a maggior ragione, si potrebbe aggiungere, da un affidamento unilaterale⁴⁵.

In definitiva, anche il tentativo di qualificare la responsabilità del singolo operatore sanitario come contrattuale incappa in difficoltà difficilmente superabili.

zione oltre l'ambito delle trattative è M. BARCELLONA, *Trattato della responsabilità civile*, UTET, 2011, 86 ss. Contrario all'estensione in parola è anche A. DI MAJO, *L'obbligazione "protettiva"*, cit., 8 ss., spec. 11 ss., secondo il quale «l'innalzamento a categoria del più ampio principio della c.d. responsabilità da (violazione dell') affidamento *Vertrauenshaftung* si rivela insincero e inappropriato (...)».

⁴³ Secondo A. ZACCARIA, "Contatto sociale" e affidamento, attori protagonisti di una moderna commedia degli equivoci, in *juscivile.it*, 2017, 3, spec. 187 ss., ai "contatti negoziali", che si connotano per il fatto di essere voluti e di mirare a un preciso scopo (cioè la conclusione di un negozio), possono affiancarsi i contatti «simili ai contatti negoziali», «tendenti a porre in essere una situazione che assomiglia a quella che scaturisce dalla conclusione di un negozio, non solo per il motivo che il contatto è voluto, bensì anche perché le parti, nell'entrare in contatto, intendono stabilire un rapporto che allo stesso modo, da un lato, mira all'esecuzione e, dall'altro, al conseguimento di una determinata prestazione "principale"», fermo però il fatto che tale prestazione non risulterà mai dovuta (cioè oggetto di un rapporto obbligatorio), bensì verrà attuata solo «per spirito di cortesia, e dunque a titolo gratuito e senza alcun vantaggio per l'adempiente».

⁴⁴ A. ZACCARIA, *Der aufhaltsame Aufstieg des sozialen Kontakts (la resistibile ascesa del «contatto sociale»)*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, 77 ss., spec. 88 ss., il quale si richiama al pensiero di E. A. Kramer e a quello di C. W. Canaris; ID., *Rappresentanza apparente e "contatto sociale": considerazioni circa il ruolo dell'affidamento nel diritto civile italiano*, in *Studium iuris*, 2016, spec. 1165; ID., "Contatto sociale", cit., spec. 189 ss. Cfr. inoltre quanto scrive, più recentemente, e anche con riferimento alla figura del medico dipendente, C. W. CANARIS, *Il "contatto sociale" nell'ordinamento giuridico tedesco*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, 1 ss., spec. 7.

⁴⁵ A. ZACCARIA, "Contatto sociale", cit., 192. Secondo l'A. nella categoria dei contatti sociali diversi da quelli negoziali e da quelli simili a quelli negoziali (cioè la terza categoria di contatti che egli individua) rientrerebbero: i «contatti che a prima vista parrebbero anch'essi da ricondurre alla categoria dei contatti simili ai contatti negoziali, ma che come tali non sono definibili per il motivo che, pur se instaurati in vista dell'esecuzione, da un lato, e del conseguimento, dall'altro, di una determinata prestazione che non finisce mai per essere dovuta, non possono essere intesi come diretti alla costituzione di un rapporto, anche soltanto di cortesia, dato che la prestazione medesima non viene eseguita a titolo gratuito e senza vantaggio per l'adempiente»; e i «contatti che nemmeno apparentemente possono essere ricondotti al mondo di quelli negoziali, per quanto ampiamente inteso, in quanto non sono instaurati in vista dell'esecuzione, da un lato, e del conseguimento, dall'altro, di una determinata prestazione». Nel primo gruppo andrebbe classificato il contatto tra medico dipendente e paziente, dal momento che il medico non agisce a titolo gratuito, bensì incassa un compenso (anche se dalla struttura e non dal paziente), sicché non può configurarsi un rapporto anche solo di cortesia.

JUS CIVILE



6. – Le brevi considerazioni svolte nel paragrafo precedente vorrebbero evidenziare che i diversi fondamenti individuati per giustificare un'autonoma responsabilità del personale sanitario dipendente da una struttura di cura non si rivelano pienamente soddisfacenti.

Ci si potrebbe allora interrogare sulle motivazioni per le quali il sistema (soprattutto la giurisprudenza, ma pure la dottrina) è portato a condannare, assieme alla struttura sanitaria, anche chi materialmente ha agito, pur se non necessariamente chiunque abbia concorso al danno⁴⁶.

La risposta sembra poggiare più su un atteggiamento culturale che su argomenti giuridici, e si rivela essere il frutto del concorso di diversi fattori. Guardando all'evoluzione della responsabilità del medico successivamente al codice civile del 1865, ci si può rendere conto che l'affermazione della possibilità che il medico sia chiamato a rispondere civilmente ove la sua opera non sia stata eseguita correttamente ha rappresentato una svolta (anche culturale) importante, dal momento che in precedenza il medico, come in generale l'esercente una professione liberale, veniva considerato (quasi) *legibus solutus*⁴⁷. L'affermazione della responsabilità del professionista sanitario ha costituito quindi il segno dell'emersione delle esigenze di tutela del paziente. Certamente l'operatività di tale responsabilità, sia quanto al suo inquadramento, sia quanto al grado di sindacabilità dell'operato del medico da parte del giudice, è risultata mutevole, pur indirizzandosi verso un livello sempre maggiore di tutela per il danneggiato. Ma il dato importante è che la valorizzazione della responsabilità personale del medico trovava un solido ancoraggio nella realtà, dal momento che, fino a un passato non lontano, la relazione di cura consisteva in un rapporto instaurato prevalentemente tra singoli e, anche in contesti caratterizzati da un minimo di organizzazione, il ruolo del professionista che prendeva in cura il paziente era centrale.

Ora le cose non stanno più così.

Si è già accennato in precedenza che già da anni è in atto un fenomeno di progressiva spersonalizzazione dell'attività medica, nel quale il ruolo di curante non è quasi mai assunto da un singolo professionista, bensì da una struttura organizzata complessa. Ciò è dovuto alla necessità, sempre più frequente, di un approccio multidisciplinare alla cura, a sua volta imposto dal progresso scientifico; ma è dovuto anche, soprattutto per il settore pubblico, alla necessità di pianificare l'erogazione delle prestazioni sanitarie in modo efficiente. Così, sia per il bisogno di coinvolgere diverse professionalità, sia per necessità organizzative (tipicamente il fatto che a visitare il paziente non è sempre la stessa persona), il paziente viene preso in carico da quello che si dovrebbe chiamare un "macroiatra"⁴⁸, cioè dal reparto di una struttura (o comunque da un'*équipe*), il quale, a sua volta, può dover coordinare l'intervento di ulteriori reparti (ad esempio per singoli esami diagnostici o di laboratorio). Ebbene, non si può ignorare, come visto in

⁴⁶ Infatti nei casi in cui il danno è dovuto a cause organizzative o procedurali, esso viene spesso genericamente imputato alla struttura, pur essendo in ipotesi possibile individuare precise responsabilità.

⁴⁷ Cfr. M. ZANA, *Responsabilità medica e tutela del paziente*, Giuffrè, 1993, 11 ss.

⁴⁸ Per utilizzare la terminologia di F. GALGANO, *Contratto*, cit., 720.

JUS CIVILE



precedenza, che tale condizione abbia dei riflessi anche per quanto attiene al soggetto con cui si instaura il rapporto fiduciario, dal momento che quest'ultimo, in tali casi, ben potrebbe dirsi indirizzato più che verso un singolo professionista, verso l'intera *équipe*, o verso l'intera struttura sanitaria. Anche al di là degli aspetti più tecnico-giuridici, quindi, già la considerazione di tale fenomeno dovrebbe portare a domandarsi quale sia il significato del coinvolgimento personale del sanitario in sede di responsabilità.

Sulla scorta delle osservazioni svolte in precedenza, infatti, parrebbe più opportuno che laddove il rapporto intercorra tra il paziente e una struttura organizzata, solo quest'ultima sia chiamata a rispondere (in via contrattuale) dei danni eventualmente riportati dal paziente, senza che possa invece essere invocata alcuna forma di responsabilità diretta dell'operatore sanitario (medico o professionista sanitario che sia) che concretamente ha dato attuazione all'obbligo della struttura.

In effetti l'ostinazione per l'affermazione della responsabilità personale del sanitario dipendente sembra più il retaggio di un'epoca passata, di un mondo in cui del proprio medico si conosceva bene il nome. Nel contesto attuale tale responsabilità, anziché costituire la garanzia di una giusta riparazione per la lesione di un bene di somma importanza, finisce piuttosto per assumere, nella degenerazione prodotta dalla sua eccessiva invocazione, il sapore della ritorsione del paziente che non si ritenga soddisfatto delle cure.

In questo senso è sicuramente d'aiuto guardare alla soluzione adottata nell'ordinamento francese per la figura del *médecin salarié* (il medico dipendente di struttura privata⁴⁹): se pur inizialmente egli era ritenuto direttamente responsabile verso il paziente in quanto si riteneva che necessariamente concludesse con lui un autonomo rapporto obbligatorio (il *contrat médical*) per il solo fatto di prenderlo in cura all'interno della struttura, successivamente è stato ritenuto esente da qualsiasi responsabilità, sia contrattuale che aquiliana. Quanto alla responsabilità contrattuale, infatti, la giurisprudenza ha riconosciuto che parte del *contrat médical* va considerata la struttura, e non il medico⁵⁰; quanto alla responsabilità aquiliana, i giudici hanno ritenuto applicabile al medico dipendente il principio della c.d. *immunité*, nei limiti in cui la sua condotta costituisca attuazione dell'obbligazione della struttura⁵¹, ossia purché il medico abbia agito *sans*

⁴⁹ È preferibile guardare ai rapporti con le strutture private perché in Francia la relazione con le strutture pubbliche è stata a lungo influenzata dalle regole del diritto amministrativo che impedivano di ricorrere al modello privatistico dell'obbligazione.

⁵⁰ V. Cass. 1^{re} civ. 4 giugno 1991, cit. È pur vero, come già osservato nella nota 20, che tale soluzione è stata purtroppo limitata al solo caso in cui il medico di cui si serve la struttura sia dipendente (*salarié*), essendo stata esclusa allorché il medico sia libero professionista (c.d. *médecin libéral*).

⁵¹ Il principio dell'*immunité* è stato coniato dalla Corte di cassazione francese con il celebre *arrêt Costedoat* (Cass. ass. plén. 25 febbraio 2000, in *Resp. civ. assur.*, 2000, 7, con nota di H. GROUDEL). In tale pronuncia, che riguardava un caso di responsabilità extracontrattuale del preposto (e quindi di responsabilità vicaria del preponente), i giudici hanno affermato che «n'engage pas sa responsabilité à l'égard des tiers le préposé qui agit sans excéder les limites de la mission qui lui a été impartie par son commettant», in tal modo sancendo una vera e propria irresponsabilità del preposto laddove la sua condotta risulti esecutiva dell'obbligazione assunta dal committente, al quale solo viene quindi imputato il danno. Come detto nel testo, il principio in parola è stato poi applicato anche al personale

JUS CIVILE



*excéder les limites de la mission qui lui a été impartie par son commettant*⁵². Ciò, evidentemente, in virtù della considerazione che, una volta ammesso che l'obbligazione di cura (il *contrat médical*) venga assunta dalla struttura, sarebbe assurdo addossare al medico del quale essa si serve una responsabilità per l'esecuzione di un'attività da essa stessa commissionata e nel suo interesse svolta⁵³.

Di certo la responsabilità personale del medico dipendente non pare poter produrre effetti positivi (come pure si potrebbe pensare) sul piano della qualità della prestazione che egli rende. La circostanza che il sanitario possa essere direttamente oggetto dell'azione intentata dal paziente comporta infatti, in primo luogo, l'aumento dei costi per le aziende sanitarie, dal momento che esse hanno l'obbligo di rifusione delle spese legali verso il proprio dipendente che sia risultato esente da responsabilità all'esito di un procedimento giudiziario azionato per fatti o atti connessi all'espletamento del servizio⁵⁴. In secondo luogo il fatto che il medico si senta sottoposto al rischio di azioni dirette può incentivare il ricorso alla c.d. "medicina difensiva attiva", fenomeno che comporta enormi costi per la sanità pubblica⁵⁵. D'altra parte è pur vero che il venir meno della responsabilità personale potrebbe produrre fenomeni di deresponsabilizzazione professionale, certamente da evitare in un ambito tanto delicato quale quello dell'erogazione di prestazioni sanitarie. Tuttavia un tale risvolto potrebbe e dovrebbe essere scongiurato attraverso meccanismi interni al rapporto di lavoro: *in primis* attraverso la responsabilità disciplinare (ove ne ricorrano gli estremi), ma anche attraverso il potenziamento degli strumenti di valutazione degli incarichi conferiti ai medici ai fini della progressione di carriera e della corresponsione di incentivi o quote variabili di retribuzione⁵⁶.

dipendente di una struttura sanitaria (cfr. le due identiche Cass. 1^{re} civ. 9 novembre 2004, n. 01-17.908 e Cass. 1^{re} civ. 9 novembre 2004, in *RTD civ.*, 2005, 143, *obs.* P. JOURDAIN), pur se in questo caso sarebbe forse stato più corretto esonerare i sanitari da responsabilità per il fatto che, essendo il contratto di cura concluso con la sola struttura, essi non avevano commesso una *faute extérieure à l'exécution du contrat* (su quest'ultimo principio v. D. REBUT, *De la responsabilité contractuelle du fait d'autrui e de son caractère autonome*, in *RRJ*, 1996, spec. §§ 42 ss.).

⁵² Si noti che tale conclusione resta valida anche dopo la riforma del *code de la santé publique* del 2002 (avvenuta con la l. 4 marzo 2002 n. 303): il principio dell'*immunité* sancito dall'*arrêt Costedoat* è infatti pienamente compatibile con la nuova formulazione dell'art. L. 1142-1 *code de la santé publique* (cfr. C. RADÉ, nota a C.A. Paris, 1^{re} ch., sect. B, 20 gennaio 2006, in *Resp. civ. assur.*, 2006, 22).

⁵³ Diversa, va ricordato, è la soluzione dell'ordinamento francese allorché il medico lavori per conto di una struttura con contratto libero professionale (c.d. *médecin libéral*): in questo caso la giurisprudenza ha continuato a ritenere che il *contrat médical* intercorra direttamente tra paziente e medico (senza coinvolgere la struttura), sicché il medico rimane personalmente responsabile nei confronti del paziente per l'inesatta esecuzione della propria prestazione. Si tratta, tuttavia, di posizione fortemente criticata dalla dottrina (cfr. S. PORCHY-SIMON, *Regard*, cit., 361 ss.).

⁵⁴ Cfr. gli artt. 24 e 25 CCNL 8 giugno 2000 per l'area della dirigenza medica e veterinaria del SSN e l'art. 25 CCNL 19 gennaio 2005 per il personale medico dipendente di strutture private.

⁵⁵ Si distingue infatti tra la medicina difensiva "attiva" (o "commissiva"), che consiste nella prescrizione di esami o visite non realmente necessari in considerazione del quadro clinico (e che comporta quindi un aumento dei costi per il SSN), e la medicina difensiva "passiva" (o "omissiva"), che consiste nella rinuncia a curare pazienti che presentano casi particolarmente complessi o nel rifiuto di prescrivere o eseguire atti diagnostico-terapeutici ad alto rischio di insuccesso o complicanze (cfr. A. FIORI, *La medicina legale difensiva*, in *Riv. it. med. leg.*, 1996, 899 ss.).

⁵⁶ Qualcosa di simile è previsto dalla l. 24/2017 (che tuttavia contempla espressamente la responsabilità personale

JUS CIVILE



Svolte tali considerazioni circa l'inquadramento della relazione di cura, i suoi attori e la loro responsabilità, è ora possibile prendere in esame le specifiche disposizioni della l. 24/2017 che disciplinano l'obbligazione di cura e le conseguenti responsabilità, al fine di valutarne l'opportunità in relazione agli obiettivi presi di mira dal legislatore.

7. – La disposizione della l. 24/2017 che si occupa della relazione di cura e della conseguente responsabilità è l'art. 7⁵⁷. La norma, espressamente definita come imperativa⁵⁸, statuisce, al comma 1, che la struttura (pubblica o privata) che, nell'adempimento della propria obbligazione, si avvale dell'opera di esercenti la professione sanitaria, risponde delle loro condotte ai sensi degli artt. 1218 e 1228 c.c., anche qualora tali soggetti siano stati scelti dal paziente e ancorché essi non siano dipendenti della struttura.

In primo luogo si riconosce dunque espressamente la natura obbligatoria della relazione tra paziente e struttura; tale affermazione è in effetti compatibile sia con l'inquadramento della relazione di cura con le strutture private in un contratto (atipico), sia con la situazione del soggetto ammesso a fruire della prestazione della struttura pubblica (ricostruzione preferibile, come visto, rispetto a quella prettamente contrattuale). Ma l'espressa qualificazione della relazione di cura come rapporto obbligatorio riveste un ulteriore duplice valore. Da un lato essa conferma, come già visto, la possibilità che anche una struttura organizzata possa assumere un'obbligazione avente a oggetto la prestazione di cure verso il paziente, diversamente da quanto invece riteneva taluna dottrina argomentando dalla natura protetta dell'esercizio della professione medica⁵⁹. D'altro lato, il riconoscimento in questione pone fine definitivamente (così almeno si auspica) alle ambiguità insinuate da quella giurisprudenza che, richiamando impropriamente il "contatto sociale" anche nella relazione tra paziente e struttura (oltre che in quella tra paziente e medico dipendente) adombrava la possibilità che il vincolo obbligatorio tra i due promanasse da tale situazione, ignorandone clamorosamente la fonte provvedimentale (costituita dall'atto di ammissione al servizio pubblico) o, in alternativa (per le strutture private), negoziale⁶⁰.

dell'operatore sanitario) il cui art. 9, c. 5, prevede che «per i tre anni successivi al passaggio in giudicato della decisione di accoglimento della domanda di risarcimento proposta dal danneggiato, l'esercente la professione sanitaria, nell'ambito delle strutture sanitarie o sociosanitarie pubbliche, non può essere preposto ad incarichi professionali superiori rispetto a quelli ricoperti e il giudicato costituisce oggetto di specifica valutazione da parte dei commissari nei pubblici concorsi per incarichi superiori».

⁵⁷ Rubricato «Responsabilità civile della struttura e dell'esercente la professione sanitaria».

⁵⁸ Per alcune considerazioni sulla qualificazione come «imperative» delle disposizioni dell'art. 7, l. cit., v. M. FACCIOLO, *La nuova disciplina della responsabilità sanitaria di cui alla l. n. 24 del 2017 (c.d. "Legge Gelli-Bianco")*: profili civilistici, in *Studium iuris*, 2017, 787 ss. Ritene la predetta qualificazione un'«ombrosa e inelegante intima-zione» R. PARDOLESI, *Chi vince e chi perde nella riforma della responsabilità sanitaria*, in *Danno resp.*, 2017, 265.

⁵⁹ Cfr. E. NAVARRETTA, *L'adempimento*, cit., 1454, che richiama S. MAZZAMUTO, *Note*, cit., 505.

⁶⁰ Cfr. Cass. 3 febbraio 2012 n. 1620, in www.iusexplorer.it. Più recentemente v. Trib. Milano 18 novembre 2014, cit., il quale, nel riaffermare la validità, pur all'esito della "legge Balduzzi", del precedente orientamento giurisprudenziale in materia di responsabilità del medico, scrive che «sia l'obbligazione del nosocomio nei confronti del pa-



Può suscitare invece qualche perplessità il richiamo degli artt. 1218 e 1228 c.c. per il caso in cui la struttura «si avvalga dell'opera di esercenti la professione sanitaria». In effetti è scontato che la struttura debba avvalersi di tali soggetti per l'adempimento della propria obbligazione (trattandosi di persona giuridica), così come dovrebbe essere scontato sia che chi si avvale di ausiliari (e «ancorché non dipendenti») risponda dei loro fatti ai sensi dell'art. 1228 c.c.⁶¹, sia che tale responsabilità non sia distinta da quella *ex art.* 1218 c.c., ma piuttosto con essa si identifichi, dal momento che il fatto dell'ausiliario è il fatto del debitore (essendo a quest'ultimo attribuito dalla legge)⁶². È pur vero, comunque, che il richiamo alla fattispecie della responsabilità per fatto degli ausiliari può valere a escludere che sia addossata alla struttura una responsabilità oggettiva, cioè non riconducibile, almeno per quanto dipende dal fatto degli ausiliari-sanitari, a un comportamento colpevole di questi ultimi⁶³. Ma, ammesso il richiamo all'art. 1228 c.c., resta comunque ridondante quello all'art. 1218 c.c.

Quanto invece alla precisazione per cui la responsabilità della struttura non viene scalfita dalla circostanza che i sanitari che hanno preso in cura il paziente siano stati scelti da quest'ultimo, è opportuno innanzi tutto precisare che pare corretto intendere tale eventualità come riferita al caso in cui la scelta del paziente si innesti pur sempre nel rapporto con la struttura, ossia si traduca nell'indicazione di quale ausiliario di quest'ultima dovrà eseguire la prestazione. Non potrebbe invece riferirsi la precisazione in parola all'ipotesi in cui tra paziente e medico prescelto intercorra un autonomo rapporto contrattuale⁶⁴: invero i sanitari al cui interno la scelta viene effettuata (secondo quanto prevede l'art. 7) sono pur sempre quelli dei quali la struttura si avvale «nell'adempimento della propria obbligazione», cosa che presuppone che il rapporto obbligatorio (di cura) sia instaurato con la struttura, sicché l'unica scelta che può essere compiuta è

ziente, sia quella del medico, ancorché non fondate, talvolta l'una, talvolta l'altra, su una stipulazione negoziale di tipo ordinario, ma su un mero contatto sociale, [hanno] comunque natura contrattuale, atteso che a detto contatto si ricollegano specifici obblighi di comportamento di varia natura, diretti a garantire che siano tutelati gli interessi (nella fattispecie quello preso in considerazione dall'art. 32 Cost.) che sono emersi o sono esposti a pericolo in occasione del contatto stesso (...).

⁶¹ Per di più, venendo in questione un soggetto organizzato, la responsabilità *ex art.* 1228 c.c. riguarda non solo gli atti posti in essere dai soggetti esercenti una professione sanitaria, ma anche quelli compiuti dal personale tecnico-amministrativo.

⁶² Cfr. C. M. BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, in *Comm. Scialoja-Branca*², Zanichelli, 1979, 453 e, più recentemente, A. D'ADDA, *Ausiliari, responsabilità solidale e "rivalse"*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, 361 ss., spec. 365.

⁶³ Così E. QUADRI, *Considerazioni in tema di responsabilità medica e di relativa assicurazione nella prospettiva dell'intervento legislativo*, in *Resp. civ. prev.*, 2017, 37, il quale rileva che in questo senso l'intervento legislativo presenta indubbe assonanze con la scelta francese (operata attraverso l'art. 1142-1 del *code de la santé publique*) di circoscrivere la responsabilità in ambito sanitario al solo caso in cui ricorra una *faute*.

⁶⁴ Ritengono che con la riforma sia stata affermata la responsabilità della struttura anche nel caso in cui tra paziente e medico prescelto intercorra un autonomo contratto, R. CALVO, *La «decontrattualizzazione»*, cit., 470 e R. PARDOLESI, *Chi (vince e chi) perde*, cit., 264. Interpretano invece la disposizione in discorso nel senso espresso nel testo, M. FACCIOLI, *La nuova disciplina*, cit., 666 e G. CERDONIO CHIAROMONTE, *Responsabilità per fatto degli ausiliari e incarico contrattuale diretto al medico: il dubbio ruolo della casa di cura privata*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, 494, nt. 15.

JUS CIVILE



quella di suoi ausiliari (non essendo immaginabile, in aggiunta al rapporto con la struttura, la creazione di un ulteriore vincolo obbligatorio con il singolo professionista⁶⁵). La precisazione, comunque, può risultare opportuna per fugare ogni dubbio sulla possibilità che la scelta del paziente-creditore escluda o riduca la responsabilità della struttura: in effetti laddove l'obbligazione di cura sia assunta da quest'ultima, l'eventuale opzione da parte del paziente per un determinato sanitario (ove ciò sia possibile: si pensi al caso classico del medico di assistenza primaria) sarebbe pur sempre compiuta all'interno del personale messo a disposizione dalla struttura, e pertanto non potrebbe essere qualificata alla stregua di un fatto del creditore che fa venir meno la responsabilità di quest'ultima⁶⁶.

Diverso invece sarebbe il discorso laddove il paziente ottenesse dalla struttura di farsi curare da un medico diverso da quelli dei quali essa si avvale, scegliendo il sanitario in maniera del tutto autonoma e contrattando con quest'ultimo la prestazione: in tal caso dovrebbe dirsi che l'obbligazione di cura viene assunta direttamente dal sanitario, per cui dei danni provocati da quest'ultimo la struttura non dovrebbe essere chiamata a rispondere⁶⁷.

Ma, a ben guardare, i profili di responsabilità per la struttura non finiscono qui. Rinviando ai paragrafi che seguono le considerazioni relative al regime di responsabilità introdotto dalla riforma per il singolo operatore sanitario, si può solo aggiungere che se si perviene a qualificare come realmente aquiliana la responsabilità di quest'ultimo *ex art. 7, c. 3, l. 24/2017* (disposizione che rinvia all'art. 2043 c.c., ma sulla cui interpretazione si avrà modo di soffermarsi), inevitabilmente sulla struttura sanitaria verrebbe a gravare, oltre a quella contrattuale, anche la responsabilità di cui all'art. 2049 c.c., che però non può che apparire come una macchinosa duplice.

⁶⁵ Ritiene che medico e struttura possano risultare obbligati in solido all'esecuzione della medesima prestazione di cura (considerata indivisibile) G. CERDONIO CHIAROMONTE, *Responsabilità*, cit., 505 ss., pervenendo tuttavia ad applicare in questo caso non già l'art. 1228 c.c. (come parrebbe secondo l'art. 7 del testo della riforma), bensì l'art. 1307 c.c.

⁶⁶ Cfr. C. M. BIANCA, *Dell'inadempimento*, cit., 470. Con specifico riferimento alla scelta del medico di assistenza primaria (il c.d. medico di famiglia) sia consentito il rinvio a R. POMIATO, *Profili*, cit., 452 ss.

⁶⁷ In effetti l'art. 7 l. cit., presuppone pur sempre che la struttura, per essere chiamata a rispondere delle condotte del sanitario (ancorché scelto dal paziente), abbia agito «nell'adempimento della propria obbligazione» (di cura, s'intende), circostanza che non può dirsi verificata allorché il paziente abbia concordato la prestazione con un sanitario totalmente estraneo ad essa (e che dunque non può in alcun modo essere considerato suo ausiliario). Non sembra possibile pensare che la norma imponga la responsabilità della struttura per l'operato del medico anche laddove questi sia scelto dal paziente al di fuori di quelli che operano al suo interno. Non è infatti condivisibile l'orientamento giurisprudenziale che ravvisa nel mero «collegamento» tra la relazione con il medico e quella con la struttura l'*escamotage* per affermare sempre e comunque la responsabilità di quest'ultima (cfr. Cass. 14 luglio 2004 n. 13066, in *Danno resp.*, 2005, 537, con nota di F. AGNINO, e, successivamente, Cass. 13 gennaio 2005 n. 571; Cass. 26 gennaio 2006 n. 1698; Cass. 9 novembre 2006 n. 23918; Cass. 22 marzo 2007 n. 6945; Cass. 14 giugno 2007 n. 13953, tutte in www.iusexplorer.it). Piuttosto in tanto tale responsabilità potrà essere affermata in quanto il medico scelto dal paziente sia uno di quelli dei quali la struttura si avvale, ossia sia parte dell'organizzazione da essa predisposta per l'adempimento delle proprie obbligazioni.

JUS CIVILE



8. – Dopo aver individuato quella che si potrebbe definire la regola generale di responsabilità delle strutture sanitarie (ossia la responsabilità contrattuale), l'art. 7 della l. 24/2017 la estende, attraverso il comma 2, anche ad altre fattispecie, nelle quali la prestazione è pur sempre erogata da una struttura o è comunque in qualche modo collegata alla sua organizzazione. Si tratta delle prestazioni svolte: in regime di libera professione intramuraria, nell'ambito di attività di sperimentazione e di ricerca clinica, in regime di convenzionamento con il Servizio sanitario nazionale e attraverso la telemedicina. Prima di soffermarsi più nel dettaglio su alcune di esse, è possibile, però, svolgere una considerazione generale sulle modalità con cui tali fattispecie sono state prese in considerazione da parte del legislatore. Come detto, infatti, la disposizione del comma 2 dell'art. 7 citato, è concepita come un'estensione della regola del comma 1, sul presupposto dunque (almeno così si direbbe), che le fattispecie cui tale estensione si applica non siano già ricomprese nella regola generale. Tuttavia tale inferenza non sarebbe del tutto corretta, dal momento che, a ben guardare, le ipotesi cui si riferisce l'estensione non presentano deviazioni significative dal modello del comma 1⁶⁸ (il quale, a sua volta, è la riaffermazione di una regola già presente nell'ordinamento)⁶⁹. Si tratta pur sempre, cioè, di situazioni in cui la struttura si avvale di terzi per l'erogazione della prestazione sanitaria cui è obbligata in prima persona, e nelle quali quindi sarebbe già per questo applicabile il principio della responsabilità per fatto degli ausiliari.

Orbene, svolta questa premessa generale, alcune considerazioni particolari possono essere sviluppate con riferimento a due singole fattispecie: quella delle prestazioni erogate in regime di libera professione intramuraria e quella delle prestazioni rese in regime di convenzione con il SSN. Per esigenze di unitarietà, però, le considerazioni relative alla prima fattispecie verranno esposte in seguito, successivamente all'esame del regime di responsabilità introdotto per il singolo operatore sanitario.

Circa dunque l'estensione della responsabilità contrattuale della struttura anche ai danni derivanti dalle prestazioni rese in regime di convenzionamento con il Servizio sanitario nazionale, si tratta di una previsione che, ancorché non indispensabile, può risultare utile per far chiarezza su fattispecie che potevano dar luogo a dubbi interpretativi. Per prima cosa l'ambito delle attività cui la disposizione si riferisce è costituito dalle prestazioni erogate da diverse categorie di medici tutti legati alle aziende sanitarie da un rapporto di lavoro convenzionato: medici di assistenza primaria, pediatri di libera scelta, medici di continuità assistenziale (*ex* guardie mediche), specialisti ambulatoriali interni e altre professionalità sanitarie ambulatoriali (biologi, chimici, psicologi)⁷⁰. Non

⁶⁸ Peculiare, comunque, è la fattispecie della libera professione intramuraria, sulla quale, però, si rimanda alle considerazioni che verranno svolte nel prosieguo della trattazione.

⁶⁹ Per di più la precisazione, nel comma 1, che la regola in esso contenuta vale anche laddove il sanitario sia stato scelto dal paziente e ancorché esso non sia dipendente, ben si attaglia già di per sé proprio a uno dei casi ai quali tale regola è "estesa", ossia alla figura del medico convenzionato (e, all'interno di tale categoria, a quella del medico di assistenza primaria, scelto dal paziente all'interno di quelli messi a disposizione dall'azienda sanitaria).

⁷⁰ La disciplina di riferimento è contenuta in distinti Accordi Collettivi Nazionali i quali, prima della privatizzazione del pubblico impiego, erano emanati con d.p.r.

JUS CIVILE



vi rientrano invece, poiché la disposizione richiama il solo regime di convenzionamento e non anche quello di accreditamento, le prestazioni erogate dalle strutture private accreditate, ossia quelle strutture che, in considerazione del possesso di determinati requisiti di elevata qualificazione (accertati appunto attraverso il processo di accreditamento), erogano, previa stipulazione di accordi contrattuali con le aziende sanitarie pubbliche, prestazioni per conto di queste ultime, le quali provvedono poi alla loro remunerazione secondo il *budget* predeterminato⁷¹. In verità anche con riguardo all'attività dei medici convenzionati non sarebbe stato difficile arrivare ad affermare la responsabilità contrattuale della struttura per il loro operato (considerandoli dunque suoi ausiliari): in effetti, anche con riguardo ai rapporti nei quali si potrebbe intravedere una qualche forma di relazione autonoma tra medico e assistito (si pensi alla relazione con il medico di famiglia o a quella con il pediatra), se è pur vero che è il paziente a scegliere il professionista e che tra i due si instaura una relazione autonoma (e apparentemente contrattuale, seppur gratuita)⁷², è altrettanto vero che l'instaurazione di tale relazione è pur sempre oggetto degli obblighi che il professionista assume attraverso l'adesione alla convenzione⁷³, oltre che il modo in cui la struttura adempie i propri obblighi pubblicistici (aventi ad oggetto l'erogazione dell'assistenza c.d. medico-generica e pediatrica). Del resto, nella direzione della responsabilità dell'azienda sanitaria pubblica anche per le prestazioni erogate dai medici con essa convenzionati si era già espressa la giurisprudenza di legittimità, seppur con qualche incertezza⁷⁴.

9. – Veniamo dunque alla configurazione della responsabilità del personale sanitario che opera all'interno di strutture sanitarie o sociosanitarie.

Il primo periodo del comma 3 dell'art. 7 della l. 24/2017 dispone che «l'esercente la professione sanitaria di cui ai commi 1 e 2 risponde del proprio operato ai sensi dell'articolo 2043 del

⁷¹ Per la verità fino al d.lgs. 19 giugno 1999 n. 229 anche il rapporto con le strutture sanitarie private era di convenzionamento. Il provvedimento legislativo citato ha introdotto però il sistema dell'accreditamento, che prevede, ai fini della stipula dell'accordo contrattuale con l'azienda sanitaria, il possesso, da parte della struttura, di requisiti ulteriori a quelli necessari per ottenere la mera autorizzazione all'esercizio dell'attività sanitaria. Sul sistema dell'accreditamento v. D. DALFINO, *Dal convenzionamento all'accreditamento istituzionale*, in *Foro it.*, 1999, I, 2931.

⁷² Di relazione contrattuale tra medico di medicina generale e paziente parla V. ZAMBRANO, *Interesse del paziente e responsabilità medica nel diritto civile italiano e comparato*, ESI, 1993, 29 ss.; anche G. ALPA, *La responsabilità*, cit., 330, valorizza il rapporto diretto tra medico e paziente, arrivando così a escludere ogni responsabilità dell'azienda sanitaria per i danni causati dal professionista. Nel senso che tra medico di medicina generale e paziente s'instaura un contratto gratuito in deroga all'art. 2233 c.c. v. infine C. MIRIELLO-I. SARICA, *La responsabilità medico-sanitaria*, in *Le aziende sanitarie pubbliche*, a cura di C. MIRIELLO, *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da F. GALGANO, L. Cedam, 2009, 118. Secondo A. PRINCIGALLI, *La responsabilità*, cit., 20 ss., invece, lo schema entro cui andrebbe inquadrata la relazione tra utente e medico di medicina generale sarebbe quello del contratto a favore di terzo, ove stipulante sarebbe l'azienda sanitaria e promittente il medico. In quest'ottica l'assistito acquisterebbe il diritto alla prestazione nel momento in cui effettua la scelta e non avrebbe azione (né contrattuale, né aquiliana) contro la struttura in caso di fatto illecito del medico.

⁷³ L'art. 8, c. 1, lett. b), d.lgs. 502/1992 prevede che il medico di medicina generale possa ricusare l'assistito solo per «eccezionali ed accertati motivi di incompatibilità».

⁷⁴ V. Cass. 27 marzo 2015 n. 6243, cit., nonché i riferimenti in nota 10.

JUS CIVILE



codice civile, salvo che abbia agito nell'adempimento di obbligazione contrattuale assunta con il paziente».

In primo luogo si può osservare che opportunamente la disposizione si riferisce in generale all'esercente la professione sanitaria, ricomprendendo così tutte le diverse tipologie di operatori che possono essere coinvolte nella relazione di cura⁷⁵. Inoltre la disposizione prevede, attraverso il richiamo anche del comma 2, che il regime di responsabilità da essa introdotto valga non solo per l'attività resa all'utente dalla struttura attraverso il proprio personale (ivi compreso quello convenzionato⁷⁶), ma anche per le prestazioni rese ai pazienti direttamente dai sanitari operanti nella struttura allorquando svolgono attività di libera professione intramuraria (ma su questa fattispecie ci si soffermerà *infra*). Ebbene, il comma 3, come visto, stabilisce l'applicazione al singolo operatore della disciplina dell'art. 2043 c.c., salvo solo il caso in cui egli abbia agito nell'adempimento di un'obbligazione assunta direttamente con il paziente. È chiaro dunque che l'intento del legislatore è quello di sbarrare definitivamente la strada all'applicazione dell'obbligazione senza prestazione⁷⁷, recependo piuttosto per via normativa il sistema del c.d. «doppio binario», ossia quello per cui alla responsabilità contrattuale della struttura si affianca quella aquiliana della persona che materialmente ha commesso il fatto che dà luogo alla responsabilità dell'ente, fermo restando che laddove parte del rapporto obbligatorio con il paziente non sia la struttura ma la persona, solo quest'ultima risponderà del danno in via contrattuale⁷⁸.

⁷⁵ Nel prosieguo del discorso, comunque, si farà talvolta riferimento, per comodità espositiva, alla sola figura del medico.

⁷⁶ Non si comprende pertanto il dubbio di M. FACCIOLI, *La nuova disciplina*, cit., 669, circa la natura della responsabilità personale del medico di medicina generale. In effetti, a parte il dato testuale (il richiamo, da parte del comma 3 dell'art. 7, del comma 2, che si riferisce al personale convenzionato), va osservato che, preso atto (come fa l'A.) che la riforma sposa la tesi per cui i medici convenzionati (e il medico di medicina generale in particolare) sono considerati come ausiliari della struttura, se ne deve dedurre che è quest'ultima a essere obbligata verso il paziente, sicché non dovrebbe discutersi della possibilità che tra medico e paziente si instauri un autonomo contratto d'opera professionale.

⁷⁷ Di «assalto alla “cittadella” della responsabilità da contatto sociale» scrive C. SCOGNAMIGLIO, *Regole di condotta, modelli di responsabilità e risarcimento del danno nella nuova legge sulla responsabilità sanitaria*, in *Corr. giur.*, 2017, 746. Sulla stessa linea M. FACCIOLI, *La responsabilità sanitaria fra tradizione e rinnovamento*, in *juscivile.it*, 2018, 3, 342 ss., il quale addirittura si chiede se ciò possa indurre la giurisprudenza a ridimensionare la portata applicativa dell'obbligazione senza prestazione nei settori diversi da quello della responsabilità medica. Tuttavia L. LAMBO, *La responsabilità del medico dipendente e il gioco dell'oca (obblighi di protezione c. alterum non laedere)*, in *Foro it.*, 2017, V, 242 ss., ritiene possibile continuare a ricostruire come contrattuale la responsabilità del medico dipendente facendo ricorso all'applicazione diretta dell'art. 1175 c.c. salvo, precisa, che ciò sia da ritenersi precluso alla luce del comma 5 dell'art. 7, che qualifica come imperative le disposizioni del medesimo articolo. Precisamente, scrive l'A. (ivi, 249), «la norma dettata dall'art. 1175 opera nei confronti del medico in virtù del contratto che lo lega alla struttura sanitaria; di conseguenza, la presenza degli obblighi di protezione nei confronti del paziente, curato nella stessa struttura, è giustificata in base alla regola di correttezza collegata all'art. 2 Cost., che dà vita a un rapporto obbligatorio *ex lege* limitato alla tutela delle sfere giuridiche tra le quali esso corre».

⁷⁸ Una ricostruzione alternativa della fattispecie in cui il vincolo obbligatorio viene instaurato dal paziente direttamente con il medico e tuttavia nell'esecuzione della prestazione sia coinvolta anche la struttura (privata, di regola) è quella, già accennata *supra*, di G. CERDONIO CHIAROMONTE, *Responsabilità*, cit., 489, 505 ss., la quale ritiene che in questo caso anche la struttura sarebbe obbligata (in solido) con il medico all'esecuzione della prestazione sanitaria e

JUS CIVILE



Tuttavia una tale configurazione delle responsabilità appare scontare più d'una criticità.

Per prima cosa, richiamando le brevi considerazioni svolte in precedenza sulla configurazione dell'obbligazione di cura, andrebbe ribadito che la lesione della salute derivante dall'inesatta esecuzione dell'attività del sanitario costituisce solo conseguenza dell'inadempimento dell'obbligazione in capo alla struttura e non anche illecito aquiliano. La lesione alla salute, cioè, non rappresenta qui un pregiudizio totalmente alieno al contratto, bensì un danno che non solo deriva causalmente dall'inadempimento, ma che pure sta, per così dire, "dentro" il contratto nella misura in cui scaturisce dalla lesione dell'interesse che sorregge la finalità dell'obbligazione di cura⁷⁹. Del resto, è lo stesso legislatore della riforma che, sulla scia degli approdi giurisprudenziali, recepisce l'inquadramento contrattuale del danno alla salute nel momento in cui prevede che di esso le strutture sanitarie e i singoli professionisti (questi ultimi solo allorché legati al paziente da autonomo contratto) rispondano *ex art. 1218 c.c.* Sicché configurare una responsabilità aquiliana in capo a chi dà materialmente contenuto alla prestazione della struttura appare una duplicazione, introdotta in omaggio alla tradizione e alla sete di responsabilità dell'opinione pubblica.

In secondo luogo, non si può fare a meno di osservare che la soluzione adottata per via normativa nell'ordinamento italiano non tiene affatto conto di quella invece vigente nel sistema francese per il *médecin salarié* (anche dopo la riforma del 2002), il quale, come visto in precedenza, va esente da qualsiasi responsabilità per i danni arrecati al paziente dalla propria condotta nei limiti in cui essa costituisca attuazione dell'obbligazione della struttura.

Il legislatore italiano, invece, impone per via normativa una responsabilità personale degli operatori sanitari in una fattispecie ove per essa non vi sarebbe spazio. Di conseguenza tale responsabilità assume non solo un carattere innovativo, ma anche un sapore sanzionatorio (anche se solo *latu sensu*, dal momento che essa è necessariamente assicurata a spese della struttura)⁸⁰.

non dovrebbe rispondere *ex art. 1228 c.c.* (come potrebbe sembrare da un'interpretazione letterale dell'art. 7, c. 1, l. 24/2017), bensì dovrebbe applicarsi l'art. 1307 c.c. Ritengono che la clausola di esclusione della responsabilità *ex art. 2043 c.c.* allorché il medico abbia agito nell'adempimento di obbligazione contrattuale sia deputata a regolare soprattutto i casi in cui il paziente contra la prestazione direttamente con il medico che opera in una certa struttura R. PARDOLESI-R. SIMONE, *Nuova responsabilità medica: il dito e la luna (contro i guasti da contatto sociale?)*, in *Foro it.*, 2017, V, 167, nt. 25.

⁷⁹ Diverso sarebbe il caso della lesione alla salute che sia si conseguenza dell'inadempimento, ma nel contesto di un contratto che non ha ad oggetto la protezione di quel bene. Per la qualificazione come contrattuale del danno subito dal paziente a seguito dell'inesatta esecuzione dell'obbligazione di cura da parte della struttura v. E. MOSCATI, *Responsabilità sanitaria e teoria generale delle obbligazioni (note minime sui commi 1 e 3, prima frase, art. 7, l. 8 marzo 2017, n. 24)*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, 844; la medesima qualificazione è proposta dall'A. allorché parte del contratto sia il singolo medico (ivi, 848).

⁸⁰ In effetti, l'art. 10, c. 1, l. 24/2017 prevede che la struttura sanitaria (pubblica o privata) assicuri, tramite apposita polizza o attraverso «altre analoghe misure», la responsabilità diretta *ex art. 7, c. 3, l. cit.* dell'esercente la professione sanitaria, il che indubbiamente annacqua la funzione sanzionatoria di tale responsabilità. Certo, fin tanto che la previsione non venga attuata è astrattamente possibile che il singolo sanitario venga condannato anche per colpa lieve, laddove invece se il paziente danneggiato agisse contro la struttura il medico risponderebbe (per effetto della disciplina della rivalsa) solo per colpa grave. Tuttavia una volta attuata la previsione dell'art. 10 si raggiungerà il mede-

JUS CIVILE



La responsabilità del singolo operatore sanitario *ex art. 7, c. 3*, insomma, dovrebbe essere qualificata come una responsabilità speciale, ancorché regolata nei termini di quella aquiliana mediante il richiamo dell'art. 2043 c.c.

A riprova di tale conclusione si può osservare che, a voler qualificare come realmente aquiliana la responsabilità dell'operatore-ausiliario della struttura, non ne apparirebbe chiaro il fondamento. Infatti, anche a supporre che quest'ultimo stia nella lesione del diritto alla salute (il diritto assoluto per eccellenza), non si potrebbe non vedere come un pregiudizio per la salute si produca anche nel caso in cui il sanitario agisca nell'adempimento di un contratto da lui concluso con il paziente; tuttavia in quest'ultimo caso il modello dell'art. 2043 c.c. è escluso *expressis verbis* dalla legge, il che significa che a parità di presupposti non opera il medesimo regime di responsabilità. Inoltre la disciplina della responsabilità stabilita dall'art. 7 vale solo per i sanitari che lavorano per una struttura (come dipendenti o in convenzione), non invece per quelli che svolgono solo attività libero-professionale. Le regole applicabili a questi ultimi, quindi, restano quelle tradizionali, il che vuol dire che astrattamente il sanitario libero professionista, che pur abbia concluso con il paziente un contratto, potrebbe essere chiamato a rispondere a titolo di responsabilità aquiliana, oppure che nei suoi confronti potrebbe operare il concorso delle due responsabilità⁸¹. Da ultimo, un ulteriore indice del carattere speciale della disposizione in esame potrebbe ricavarsi dal fatto che la giurisprudenza che ha affrontato il problema dell'ambito di operatività temporale della riforma ha ritenuto non applicabile l'inquadramento nell'art. 2043 c.c. della responsabilità

simo risultato, dal momento che l'assicuratore della responsabilità personale del sanitario avrà azione di rivalsa contro quest'ultimo solo in caso di dolo o colpa grave (cfr. art. 9, c. 1, l. cit.), per cui non parrebbe fondata la preoccupazione (espressa da A. PALMIERI-R. PARDOLESI, *Le novità (ancora mascherate e neppure tanto inedite) dell'assicurazione della responsabilità sanitaria*, in *Foro it.*, 2017, V, 206) che il medico debba ricercare una copertura ulteriore a quella obbligatoria (cioè ulteriore a quella per l'azione di rivalsa). Comunque, al di là della sua assicurazione, un possibile indizio del significato sanzionatorio della responsabilità in parola (ulteriore alla sua stessa previsione, dal momento che si tratta di una responsabilità non necessaria) potrebbe ravvisarsi nella possibilità di dare rilevanza alla condotta del sanitario ai fini della quantificazione del danno (cfr. art. 7, c. 3, della riforma, secondo il quale «il giudice nella determinazione della misura del risarcimento del danno, tiene conto della condotta dell'esercente la professione sanitaria ai sensi dell'art. 5 della presente legge e dell'art. 590-*sexies* del codice penale, introdotto dall'articolo 6 della presente legge») sempre a ritenere che ciò possa valere, oltre che nel senso della diminuzione del risarcimento a fronte di una minor intensità della colpevolezza, anche nel senso del suo aumento (in quest'ultimo senso si dimostra possibilista C. SCOGNAMIGLIO, *Regole*, cit., 741; contrario, invece, M. FACCIOLO, *La nuova disciplina*, cit., 786 ss.). Tuttavia osserva correttamente L. GUFFANTI PESENTI, *Il ruolo della condotta del medico nella quantificazione del risarcimento*. *Note sull'art. 7, co. 3, l. 8-3-2017 n. 24*, in *Europa dir. priv.*, 2017, 1499 ss., che la valorizzazione della condotta del medico nella quantificazione del risarcimento non può comunque comportare che quest'ultimo superi il limite del pregiudizio sofferto dalla vittima, fungendo semmai la valutazione della condotta da ragione di maggiore approssimazione dell'obbligazione risarcitoria al danno effettivamente patito. Sulla polifunzionalità della responsabilità civile nel nostro ordinamento v. la recente Cass., S.U., 5 luglio 2017 n. 16601, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, 1399 ss., con nota di M. GRONDONA, *Le direzioni della responsabilità civile tra ordine pubblico e punitive damages*.

⁸¹ In effetti l'indicazione dell'art. 7 secondo cui allorché l'operatore agisca nell'adempimento di un'obbligazione contrattuale va esclusa la responsabilità *ex art. 2043 c.c.*, in primo luogo andrebbe riferita (secondo la lettura che si è data di tale responsabilità) non alla responsabilità aquiliana, ma alla responsabilità speciale prevista dalla disposizione; in secondo luogo avrebbe valore cogente solo per i medici che operano in regime di dipendenza o convenzione presso una struttura (in virtù del riferimento ai commi 1 e 2), mentre per i liberi professionisti potrebbe rilevare sul solo piano dell'interpretazione sistematica.

JUS CIVILE



del singolo operatore a fattispecie realizzatesi prima della sua entrata in vigore⁸².

Un'interpretazione del comma 3 dell'art. 7 che consentirebbe di riconciliare il testo della riforma con la soluzione (in precedenza prospettata) dell'irresponsabilità personale dell'operatore sanitario sarebbe quella che faccia leva sul fatto che anche quando è la struttura ad aver assunto l'obbligazione verso il paziente sarebbe possibile affermare che il medico (che opera in qualità di ausiliario) agisce in adempimento di un'obbligazione (appunto l'obbligazione della struttura); in questo modo il sanitario non risponderebbe direttamente dei danni provocati al paziente dalla propria attività e il richiamo all'art. 2043 c.c. potrebbe essere correttamente riferito alla responsabilità aquiliana, a titolo della quale invero il sanitario risponderebbe pur sempre per tutti quei danni "estranei" alla prestazione. Purtroppo, però, una simile lettura sembra impedita dalla lettera del medesimo art. 7, dal momento che esso richiede, per escludere la responsabilità personale del sanitario, che l'obbligazione in esecuzione della quale egli agisce sia «contrattuale», connotato di cui è certamente priva quantomeno l'obbligazione della struttura pubblica⁸³.

Le riflessioni appena esposte vorrebbero dunque dimostrare come risulti difficilmente praticabile la via di qualificare come effettivamente aquiliana la responsabilità personale introdotta dall'art. 7, c. 3, della riforma, e come invece appaia più opportuno ritenere che tale previsione costituisca una fattispecie speciale di responsabilità, ancorché assoggettata alle stesse regole di quella extracontrattuale⁸⁴.

10. – Un aspetto sul quale il legislatore, nell'introdurre la responsabilità speciale del singolo operatore sanitario, non ha preso posizione è quello delle possibili limitazioni che tale responsabilità potrebbe subire per effetto dell'operatività di altre disposizioni già vigenti nell'ordinamento. Due sono i casi che si potrebbero verificare.

⁸² Cfr. Trib. Avellino 12 ottobre 2017 n. 1806; Trib. Perugia 17 novembre 2017 n. 1797; Trib. Torino 21 novembre 2017 n. 5661; Trib. Benevento 23 novembre 2017 n. 2124; Trib. Salerno 4 gennaio 2018 n. 3; Trib. Sassari 4 gennaio 2018 n. 1; Trib. Napoli 9 gennaio 2018 n. 219; Trib. Locri 8 febbraio 2018 n. 174; Tribunale Macerata 14 febbraio 2018 n. 7; da ultimo, nella giurisprudenza di legittimità e pur se solo in forma di *obiter dictum*, Cass. 19 marzo 2018 n. 6689, tutte in www.iusexplorer.it. In effetti, se la riforma avesse semplicemente riqualificato la responsabilità del medico non vi sarebbe stato motivo per non applicare tale risultato fin da subito, così come una simile riqualificazione avrebbe potuto essere effettuata in qualunque momento dalla giurisprudenza (senza quindi che si ponessero problemi di retroattività). In senso favorevole all'applicazione dei contenuti della riforma anche alle fattispecie realizzatesi prima della sua entrata in vigore cfr. Tribunale Latina 10 gennaio 2018 n. 49 e Trib. Milano 16 febbraio 2018 n. 1654, entrambe in www.iusexplorer.it.

⁸³ A tali considerazioni andrebbe pure aggiunto che la formulazione dell'art. 7 lascia intendere che l'obbligazione con il paziente dev'essere assunta dal sanitario e non dalla struttura.

⁸⁴ La qualificazione come speciale della responsabilità in parola potrebbe dunque far dubitare dell'operatività dell'art. 2049 c.c., ossia del fatto che sulla struttura venga a gravare una responsabilità vicaria in aggiunta a quella personale del singolo operatore sanitario. Con riferimento alla possibilità per il legislatore di prevedere una disciplina speciale per la responsabilità dei singoli sanitari cfr. C. SCOGNAMIGLIO, *Regole*, cit., 747 ss., il quale, pur ipotizzando tale eventualità, non la ritiene inverata dalle disposizioni della riforma, dal momento che egli ritiene invece che con quest'ultima si sia voluto qualificare come (realmente) aquiliana la responsabilità degli operatori sanitari.



Il primo caso è quello in cui, di fronte al richiamo dell'art. 2043 c.c. per la responsabilità del singolo sanitario, torni a rivivere l'applicazione dell'art. 2236 c.c., ossia la limitazione della responsabilità ai soli casi di dolo o colpa grave, pur se solo in presenza di condotta imperita (e non anche negligente o imprudente). Sennonché, nonostante la giurisprudenza si sia fatta promotrice dell'applicazione dell'art. 2236 c.c. anche alla responsabilità aquiliana (necessariamente, si dovrebbe dire, dal momento che in passato era questo il modello utilizzato per il medico dipendente), è noto che si tratta di una norma che ha la sua ragion d'essere in una relazione obbligatoria, e non già in un non-rapporto tra estranei. Insomma: a voler discorrere della limitazione di responsabilità di cui all'art. 2236 c.c. la si dovrebbe applicare alla struttura, piuttosto che al medico suo dipendente⁸⁵. Ma l'espressa previsione, accanto alla responsabilità della struttura, della responsabilità personale del singolo sanitario (per di più con un richiamo espresso all'art. 2043 c.c., al di là del suo reale significato) riproporrà sicuramente la questione, con la conseguenza di veder riproposta anche la stortura interpretativa già prodotta in passato.

Il secondo caso che potrebbe porsi riguarda l'applicazione degli artt. 22 e 23 del d.p.r. 10 gennaio 1957 n. 3, richiamati dall'art. 28 del d.p.r. 20 dicembre 1979 n. 761. In effetti, la conclusione qui proposta per cui la responsabilità introdotta dalla novella per il singolo operatore sanitario configura una responsabilità speciale non pare mettere fuori gioco l'astratta applicabilità di tali disposizioni⁸⁶, dal momento che gli artt. 22 e 23 fanno riferimento non all'art. 2043 c.c. (che in quel contesto sarebbe giustamente inteso come espressivo della responsabilità aquiliana vera e propria) bensì al «danno ingiusto». L'applicazione delle regole in parola produrrebbe allora l'effetto che il sanitario che lavora in una struttura pubblica dovrebbe rispondere personalmente dei danni provocati dalla propria condotta solo in caso di dolo o colpa grave, mentre lo stesso non varrebbe per i dipendenti privati. Si tratterebbe, evidentemente, di un risultato irragionevole e come tale non accoglibile, che certamente però il legislatore avrebbe potuto evitare attraverso una disciplina più precisa della responsabilità speciale del singolo sanitario.

11. – Come accennato in precedenza è opportuno svolgere alcune considerazioni sulla fattispecie della prestazione sanitaria erogata al paziente in regime di libera professione intramuraria, in ragione del regime di responsabilità cui essa è assoggettata dalla riforma.

Innanzitutto va precisato che la fattispecie dell'attività professionale c.d. *intra moenia* può riguardare il solo personale operante alle dipendenze di strutture pubbliche, e presuppone l'opzione, da parte dei singoli sanitari interessati a svolgerla, per la c.d. esclusività del rapporto di lavoro, ossia quel regime che, a fronte di talune limitazioni⁸⁷, consente appunto di svolgere la

⁸⁵ V. in questo senso C. CASTRONOVO, *L'obbligazione*, cit., 196, nt. 102.

⁸⁶ A maggior ragione l'applicazione degli artt. 22 e 23 del d.p.r. n. 3/1957 dovrebbe essere giustificata se si ritiene che il richiamo dell'art. 2043 c.c. da parte dell'art. 7, c. 3, si riferisca alla responsabilità extracontrattuale vera e propria.

⁸⁷ V. l'art. 15 *quinquies* del d.lgs. n. 502/1992. In particolare si prevede che l'attività libero professionale non

JUS CIVILE



libera professione all'interno dei locali messi a disposizione dalla struttura pubblica (e solo in essi), ma naturalmente al di fuori dell'orario di lavoro e ferma la corresponsione alla struttura medesima di una percentuale del compenso, quale corrispettivo per i servizi forniti⁸⁸.

In secondo luogo andrebbe evidenziato che la fattispecie della prestazione resa in libera professione intramuraria si compone, a ben guardare, di una casistica abbastanza ampia⁸⁹: non vi rientra solo il caso in cui la richiesta della prestazione sia indirizzata verso un determinato professionista individuato dal paziente, ma anche quello in cui la richiesta sia indirizzata genericamente alla struttura, la quale l'adempie attraverso propri dipendenti retribuiti in regime libero professionale⁹⁰; e, ancora, vi rientra il caso della prestazione resa dal sanitario all'interno dell'*équipe* di cui sia a capo altro sanitario a sua volta scelto direttamente dal paziente⁹¹. Ebbene, il regime di responsabilità previsto dalla riforma in tutte queste fattispecie è il medesimo: responsabilità contrattuale della struttura da un lato (*ex artt.* 1218 e 1228 c.c.) e responsabilità *ex art.* 7, c. 3, del singolo sanitario dall'altro.

Si potrebbe però osservare che nel caso in cui il paziente si rivolga direttamente al singolo sanitario per ottenere la prestazione, tra i due si instaura una vera e propria relazione obbligato-

possa comportare, per ciascun dipendente, un volume di prestazioni superiore a quello assicurato per i compiti istituzionali. La concreta individuazione di tale volume, le sanzioni da applicare in caso di sfioramento, e in generale la definizione del corretto equilibrio tra attività istituzionale e attività libero professionale è demandata alla contrattazione collettiva, secondo i principi indicati dal predetto art. 15 *quinquies*.

⁸⁸ L'opzione per il rapporto di lavoro esclusivo comporta comunque per il sanitario l'attribuzione di benefici economici ulteriori ai compensi per le prestazioni erogate (la c.d. indennità di esclusività). Laddove invece il sanitario dipendente opti per il regime non esclusivo, sarà libero di svolgere l'attività libero professionale (c.d. *extra moenia*) al di fuori della struttura pubblica (purché non in strutture accreditate, onde non porsi in concorrenza con il servizio pubblico) e senza limitazioni di orario (purché ovviamente al di fuori dell'orario di lavoro come dipendente).

⁸⁹ Cfr. le diverse tipologie individuate dall'art. 15 *quinquies*, c. 2, d.lgs. 502/1992. In argomento v., seppur in un contesto normativo non più interamente attuale, A. PRINCIGALLI, *La libera professione dei medici ospedalieri*, in *Resp. civ. prev.*, 2003, 532 ss.

⁹⁰ Laddove la prestazione sia chiesta all'azienda non è possibile per il richiedente scegliere i sanitari che la eseguiranno. Rientrano in questa fattispecie, ad esempio, le consulenze chieste a un reparto di un'azienda sanitaria da parte di un'altra azienda o struttura sanitaria (che magari non disponga di quella specialità) previa stipula di apposita convenzione; oppure ancora le prestazioni sanitarie richieste all'azienda da imprese private in favore dei propri dipendenti. Con riferimento all'adempimento della prestazione va precisato che, se è pur vero che esso viene effettuato dalla struttura solo attraverso i sanitari che abbiano dato la loro disponibilità, la contrattazione collettiva stabilisce che nell'erogazione di queste prestazioni devono essere garantiti i principi della fungibilità e della rotazione di tutto il personale che abbia dato la disponibilità (cfr. art. 58, c. 10, lett. e), CCNL 8 giugno 2000 della dirigenza medica e veterinaria del SSN). Del tutto peculiare è poi il caso dell'attività libero professionale intramuraria consistente nell'erogazione di prestazioni che la stessa azienda "acquista" dai sanitari propri dipendenti allo scopo di ridurre le liste d'attesa o in presenza di carenza d'organico (cfr. art. 55, c. 2, CCNL 8 giugno 2000 della dirigenza medica e veterinaria del SSN).

⁹¹ Nel caso di prestazioni d'*équipe*, infatti, il paziente può scegliere solamente il capo *équipe* (c.d. primo operatore), al quale competerà l'individuazione degli altri componenti. È significativo che la legge (v. art. 15 *quinquies*, c. 2, d.lgs. n. 502/1992), per indicare le tipologie di attività libero professionale intramuraria in cui il sanitario non può essere direttamente individuato dal paziente, utilizzi l'espressione «partecipazione ai proventi» di attività a pagamento, anziché quella di «attività libero professionale individuale». Per la sottolineatura di tale diversa terminologia v. A. PRINCIGALLI, *La libera professione*, cit., 537.

JUS CIVILE



ria alla quale resterebbe estranea la struttura, sì che solo il medico dovrebbe rispondere delle conseguenze dell'inadempimento, così come accadrebbe se il contratto fosse concluso con un libero professionista esterno alla struttura pubblica⁹². L'applicazione anche a tali casi della regola della responsabilità contrattuale della struttura si dimostrerebbe allora incongrua, poiché farebbe rispondere chi è contraente (il medico) come fosse estraneo (cioè in via aquiliana), e chi è estraneo (la struttura) come fosse contraente⁹³.

Per la verità, un'interpretazione del testo normativo che conducesse a escludere la responsabilità della struttura per le prestazioni rese in regime intramurario sarebbe astrattamente possibile. Si potrebbe infatti osservare che il comma 2 dell'art. 7 non statuisce autonomamente la responsabilità contrattuale della struttura per le prestazioni qui in discorso, bensì richiama la disposizione del comma 1, la quale, si noti, detta la regola della responsabilità contrattuale per il caso in cui la struttura sanitaria si avvalga dell'opera di esercenti la professione sanitaria «nell'adempimento della propria obbligazione», ossia per il caso in cui sia essa stessa parte del rapporto obbligatorio, cosa che invece non avverrebbe allorché la prestazione sia chiesta direttamente al sanitario in regime di libera professione intramuraria. Inoltre il comma 3 dell'art. 7 esclude l'applicazione dell'art. 2043 c.c. per il singolo operatore proprio qualora questi abbia agito «nell'adempimento di obbligazione contrattuale assunta con il paziente», fattispecie che proprio nelle prestazioni intramurarie parrebbe realizzarsi. Né andrebbe trascurato che la regola – e la relativa eccezione – del comma 3 si riferiscono non già a qualsiasi operatore sanitario (ipoteticamente anche estraneo a una struttura), bensì solo a quelli dei commi 1 e 2 dell'art. 7, ossia agli operatori di cui la struttura si avvale per adempiere la propria obbligazione (comma 1) o che svolgono la loro attività in una delle modalità indicate dal comma 2, tra le quali vi è appunto l'erogazione di prestazioni sanitarie in regime di libera professione intramuraria. Evidentemente, dunque, la necessità di riferire la clausola di esclusione dell'art. 2043 c.c. anche a quest'ultimo caso potrebbe indicare che, così come in altri⁹⁴, anche al suo interno dovrebbe es-

⁹² Perplesso, di fronte all'applicazione della regola dell'art. 1228 c.c. anche alle prestazioni rese in libera professione intramuraria, si mostra A. ASTONE, *Profili civilistici della responsabilità sanitaria. (Riflessioni a margine della l. 8 marzo 2017, n. 24)*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, 1120.

⁹³ Critica la scelta normativa, pur prendendone atto, M. FACCIONI, *La nuova disciplina*, cit., 666 ss., il quale già prima della riforma si era espresso contro la possibilità che la struttura potesse essere chiamata a rispondere verso il paziente per fatti imputabili al medico operante in regime libero professionale (cfr. ID., *L'attività libero-professionale del medico dipendente del servizio sanitario nazionale: natura e responsabilità connesse*, in *Studium iuris*, 2004, 721 ss.). Rileva che nel caso della libera professione intramuraria il paziente andrebbe considerato «un "esterno"» G. ALPA, *Ars interpretandi e responsabilità sanitaria a seguito della nuova legge Bianco-Gelli*, in *Contr. impr.*, 2017, 730, il quale però ritiene «ragionevole» la scelta normativa sul presupposto che «la professione è svolta all'interno della struttura e sulla base della disciplina speciale che consente ai dipendenti di dedicare tempo parziale alla libera professione avvalendosi delle strutture della clinica e ripartendo con essa il profitto». Tuttavia, come si dirà nel testo, tali connotati non appaiono determinanti per giustificare l'applicazione alla fattispecie della libera professione intramuraria della regola della responsabilità della struttura.

⁹⁴ Tipico il caso del medico convenzionato che, al di fuori degli orari in cui presta la propria attività in adempimento della convenzione con l'azienda sanitaria, svolga attività libero professionale. In questo caso, evidentemente il medico si troverà in rapporto contrattuale diretto con il paziente e risponderà autonomamente dell'even-

JUS CIVILE



essere possibile rintracciare ipotesi nelle quali il medico si trovi in rapporto contrattuale diretto con il paziente, e nelle quali dunque la sua responsabilità non possa essere quella dell'art. 7, c. 3, ma debba piuttosto essere contrattuale. Sulla scia di queste argomentazioni si dovrebbe allora concludere che nei casi di attività libero professionale intramuraria nei quali la prestazione viene chiesta dal paziente direttamente al medico, solo quest'ultimo debba rispondere dell'inadempimento, in virtù della relazione contrattuale che si instaura tra i due, e ciò sia che la prestazione sia ambulatoriale (ad esempio: la semplice visita), sia che si tratti di prestazione chirurgica in regime di ricovero, che quindi necessariamente vede il coinvolgimento di altri sanitari scelti dal medico individuato⁹⁵.

Senonché non si può ignorare da un lato che l'intenzione del legislatore, ancorché non espressa in modo nitido, sembra quella di prevedere un unico regime di responsabilità per l'attività in libera professione intramuraria; dall'altro che la soluzione poc'anzi prospettata creerebbe non pochi problemi per il caso delle prestazioni d'*équipe*: addossare infatti al solo sanitario individuato dal paziente la responsabilità per l'intera attività del gruppo (quando non anche per le carenze della struttura⁹⁶) può risultare incongruo.

La scelta del legislatore potrebbe allora giustificarsi ipotizzando che nel caso di prestazioni intramurarie d'*équipe*, ancorché caratterizzate dalla scelta del capo *équipe* da parte del paziente, l'obbligazione della loro esecuzione sia in realtà assunta dalla struttura, sì che la scelta dell'utente vada considerata come scelta di un ausiliario, anziché come innesco di un autonomo rapporto obbligatorio. A sostegno di tale ricostruzione si può osservare che il medico prescelto non sarebbe libero di organizzare in piena autonomia l'intera prestazione, dovendo necessariamente eseguirla nei locali della struttura pubblica in cui presta la propria attività, utilizzando la dotazione strumentale da questa messa a disposizione ed essendo obbligato a servirsi, nella scelta dei propri collaboratori, del personale in essa operante: mancherebbe, insomma, l'autonomia tipica della (vera) attività libero professionale. In contrario si potrebbe obiettare che tali vincoli sono ben noti al sanitario che opta per la libera professione intramuraria; ma è altrettanto vero che essi lo sono anche per il paziente: anzi, quelle che per il medico sono delle limitazioni (la necessaria esecuzione della prestazione all'interno della struttura pubblica e con le dotazioni di quest'ultima), possono essere per il paziente circostanze volute (si pensi al caso delle prestazioni rese all'interno di centri di eccellenza, quali sono gli IRCSS, istituti specializzati in determinate discipline). Insomma: si potrebbe ricostruire la prestazione libero professionale intramuraria d'*équipe* piuttosto che come prestazione del singolo coadiuvato dalla struttura, come prestazione

tuale inadempimento della propria prestazione, senza che sia in alcun modo invocabile alcuna responsabilità dell'azienda sanitaria.

⁹⁵ In questo caso potrebbe allora dirsi che per essi, in quanto ausiliari del medico prescelto, rimarrebbe valida la responsabilità speciale prevista dal comma 3 dell'art. 7.

⁹⁶ A ritenere infatti che sia il solo sanitario ad assumersi l'obbligazione di cura, ancorché all'interno della struttura pubblica, si dovrebbe concludere che anche l'organizzazione di quest'ultima va considerata come sua ausiliaria, e pertanto che anche di essa il medico deve rispondere.

JUS CIVILE



della struttura della quale è possibile predeterminare un elemento (l'identità di un operatore) e la cui assunzione da parte della struttura discende dall'accettazione del medico di eseguirla⁹⁷.

Ricapitolando, dunque, nel caso della libera professione intramuraria che veda il necessario coinvolgimento di un'*équipe*, l'obbligazione graverebbe pur sempre sulla struttura, il che giustificherebbe la previsione da parte della riforma della responsabilità contrattuale di quest'ultima⁹⁸ (salvo solo forse interrogarsi sul significato che assumerebbe in tal caso il compenso che il paziente corrisponde ai sanitari⁹⁹).

Il vero nodo problematico resterebbe quello delle prestazioni libero professionali intramurarie ambulatoriali, ossia quelle che coinvolgono solo limitatamente l'organizzazione della struttura¹⁰⁰. In effetti, applicare anche a tali fattispecie la responsabilità contrattuale della struttura (seppur accanto alla responsabilità speciale del medico), appare dissonante, dal momento che si tratta di relazioni che coinvolgono direttamente e solamente medico e paziente, in tutto e per tutto identiche a quelle che si creano per effetto della conclusione di un contratto con un medico che non opera in regime libero professionale intramurario (ad esempio con un medico pur dipendente di una struttura pubblica, ma che abbia optato l'esercizio *extra moenia* della libera professione). Unico modo per giustificare la soluzione adottata dalla riforma parrebbe allora quello di ritenere che, nell'ottica del legislatore, l'esercizio della libera professione in regime intramurario faccia in qualche modo perdere al sanitario quell'autonomia privata che connota invece la libera professione vera e propria. Ma si può seriamente dubitare della verità di tale conclusione¹⁰¹.

⁹⁷ In effetti, anche Cass. 24 dicembre 2014 n. 27391, in www.iusexplorer.it, che, sul presupposto che nella fattispecie della libera professione intramuraria si instauri una vera e propria relazione contrattuale, applica la regola del foro del consumatore, riferisce pur sempre tale relazione non già al singolo medico, bensì alla struttura sanitaria. Inoltre, a ulteriore suffragio della soluzione proposta nel testo, si potrebbe aggiungere, guardando al significato dell'istituto della libera professione *intra moenia*, che quest'ultima soddisfa, in ultima analisi, interessi della collettività, poiché per un verso incentiva la presenza nel settore pubblico di professionisti altamente qualificati che altrimenti potrebbero ritenere più conveniente lavorare nelle strutture private; per l'altro consente comunque all'utenza di farsi curare da questi operatori scegliendoli direttamente a prezzi più contenuti rispetto a quelli praticati dalle strutture private.

⁹⁸ In effetti già le polizze assicurative che le aziende sanitarie pubbliche stipulavano prima dell'intervento legislativo in commento prevedevano la copertura dell'azienda anche per il caso in cui essa fosse stata ritenuta responsabile dei danni provocati dai propri medici nell'esercizio dell'attività *intra moenia*.

⁹⁹ Sanitari sui quali graverebbe la responsabilità speciale *ex art. 7, c. 3, l. 24/2017*.

¹⁰⁰ Per tali prestazioni, infatti, l'organizzazione della struttura è coinvolta solo per la messa a disposizione dei locali, oppure per l'utilizzo di determinati macchinari o per il personale di supporto amministrativo.

¹⁰¹ È difficile infatti comprendere per qual motivo ciò dovrebbe avvenire, dal momento che il medico è libero di non accettare la richiesta del paziente e soprattutto dal momento che viene da questi direttamente retribuito. D'altra parte è pur vero che se si ritenesse che tra medico e paziente si instaura una relazione contrattuale, essa farebbe venir meno la responsabilità *ex art. 7, c. 3*, e per di più ci si troverebbe di fronte a una doppia responsabilità contrattuale (della struttura e del singolo operatore). Ritiene in effetti che la situazione del medico che abbia agito «nell'adempimento di obbligazione contrattuale assunta con il paziente» sia stata individuata in modo oscuro, E. QUADRI, *Considerazioni*, cit., 37.



12. – Alcune luci e tante ombre.

La riforma introdotta con la l. 24/2017 indubbiamente contribuisce a fare chiarezza sulla configurazione di talune modalità di erogazione di prestazioni sanitarie, anche cristallizzando soluzioni già elaborate dalla giurisprudenza¹⁰².

D'altra parte, però, essa ha lasciato aperti alcuni interrogativi, dal momento che pare pretendere di qualificare la natura della responsabilità eludendo la qualificazione del rapporto (sottraendo così il compito all'interprete¹⁰³), o comunque (se si accoglie l'idea della responsabilità speciale del medico in questa sede proposta) finisce per imporre dei modelli di responsabilità che non tengono conto della relazione in cui le parti si trovano (si pensi alla responsabilità personale del sanitario dipendente e al caso della libera professione intramuraria). Il quadro delle responsabilità rimane dunque talora incerto¹⁰⁴. L'aspetto che però resta più problematico e che solleva più di qualche dubbio sull'effettiva possibilità per la riforma di realizzare l'obiettivo di alleggerire la pressione sui singoli operatori sanitari (contrastando il fenomeno della "medicina difensiva attiva") è l'imposizione, pur all'interno di un fenomeno obbligatorio che coinvolge la struttura, di una responsabilità personale del singolo operatore sanitario¹⁰⁵.

Si tratta, in effetti, di vera imposizione, dal momento che in precedenza l'affermazione della responsabilità personale degli operatori sanitari che operano all'interno di una struttura era avvenuta pur sempre all'esito di processi interpretativi; di processi, cioè, potenzialmente reversibili (anche in ragione di mutamenti socio-culturali). Ora, invece, l'interprete si trova di fronte a un dato normativo ineludibile che assecondando, anziché contrastando, la sete di giustizia che ha porta-

¹⁰² Ci si riferisce, ad esempio, alla statuizione della responsabilità contrattuale della struttura per i danni causati da prestazioni rese dal personale convenzionato (soluzione già proposta, pur con incertezze, dalla giurisprudenza), ma anche alla soluzione implicitamente data per i danni causati dalle prestazioni rese dalle strutture accreditate (nel senso che non essendo tali prestazioni menzionate tra quelle che generano responsabilità contrattuale della struttura pubblica, si deduce che dei danni da esse provocati risponde la sola struttura privata accreditata).

¹⁰³ Cfr. R. PARDOLESI, *Chi (vince e chi) perde*, cit., 265, il quale, sul presupposto che la riforma abbia qualificato come effettivamente aquiliana la responsabilità del medico strutturato, bolla tale scelta come «scriteriata, inutile e pregiudizievole», perché (quanto al primo giudizio) «il compito di riportare un'attività illecita entro l'uno o l'altro paradigma compete tipicamente all'interprete, in quanto fa parte integrante della sua vocazione elettiva». Sulla stessa linea C. SCOGNAMIGLIO, *Regole*, cit., 747, secondo il quale «costituisce un'osservazione addirittura banale che al legislatore non spetta la qualificazione della fattispecie concreta, ma semplicemente la predisposizione della disciplina della medesima, che compete, poi, all'interprete, ed in particolare al giudice, interpretare».

¹⁰⁴ Per i possibili problemi relativi alle domande risarcitorie già proposte in base all'assetto di regole (pur giurisprudenziali) anteriore alla riforma, v. C. SCOGNAMIGLIO, *Regole*, cit., 748.

¹⁰⁵ Cfr. R. PARDOLESI, *Chi (vince e chi) perde*, cit., 264, secondo il quale, se davvero l'obiettivo era quello di restituire serenità agli operatori sanitari sul piano della loro esposizione risarcitoria, «la via da battere, *ça va sans dire*, era un'altra: quella, già sperimentata in più settori dell'ordinamento (insegnanti nella scuola, giudici), di sottrarre gli ausiliari a responsabilità diretta». Anche C. GRANELLI, *La riforma della disciplina della responsabilità sanitaria in Italia: chi vince e chi perde?*, in *Contr.*, 2017, 380, evidenziando che il legislatore non ha previsto (come ha fatto invece per insegnanti e magistrati) l'esenzione da responsabilità per il personale sanitario, osserva che «già solo tale rilievo induce a dubitare che il legislatore della riforma abbia centrato l'obiettivo dichiarato di eliminare alla radice le motivazioni che hanno determinato, negli ultimi anni, l'esplosione della prassi della c.d. "medicina difensiva"». Sembra invece approvare la scelta della riforma nel senso della qualificazione come aquiliana della responsabilità del singolo operatore sanitario M. FACCIOLI, *La nuova disciplina*, cit., 781 ss.

JUS CIVILE



to agli eccessi che la riforma vorrebbe arginare, moltiplica, anziché ridurre, i profili di responsabilità, mescolando a tal punto gli istituti da farne dissolvere il fondamento, in una tensione che, persa di vista la struttura del modello giuridico utilizzato, è tutta concentrata sul risultato risarcitorio¹⁰⁶.

Non solo: tale impostazione non tiene conto di modelli pur da tempo presenti nel panorama europeo. Uno per tutti è quello francese, che, a seguito della riforma del 2002, prevede da un lato un sistema di responsabilità fondato sul requisito della *faute* (al quale fanno eccezione solo la responsabilità per infezioni nosocomiali, in cui opera una presunzione di responsabilità salvo la prova di una *cause étrangère*, e quella derivante da difetti dei prodotti sanitari)¹⁰⁷ e dall'altro un meccanismo di indennizzo *au titre de la solidarité nationale* per tutti quei danni non riconducibili a *faute*, ma pur sempre direttamente imputabili all'esecuzione di atti di prevenzione, diagnosi o cura, e che opera in via sussidiaria rispetto a quello di responsabilità e alla sola condizione che i danni occasionati dalle cure abbiano dato luogo a «conseguenze anormali» e «gravi»¹⁰⁸.

La realtà italiana, invero, è ben lontana da tale modello. Il legislatore francese, infatti, non solo ha espressamente previsto, accanto alla responsabilità per *faute*, un regime di responsabilità oggettivo¹⁰⁹ per talune specifiche ipotesi di danno (le infezioni nosocomiali e il danno da prodotti difettosi¹¹⁰), ma ha anche introdotto un sistema di indennizzo sganciato dal presupposto della responsabilità del professionista o della struttura (sganciato cioè dalla *faute*), sì da evitare le degenerazioni provocate dalla spasmodica ricerca di una responsabilità a tutti i costi al solo fine di dare risposta a esigenze di giustizia, e ciò dal momento che di queste ultime è esso stesso a farsi carico (tra l'altro, giustamente, con criteri diversi da quelli del risarcimento e su binari diversi da quelli del processo¹¹¹). Né va dimenticato che nel contesto francese il *médecin sala-*

¹⁰⁶ Peralto non si può fare a meno di osservare che il fatto che la responsabilità personale dell'operatore sanitario sia necessariamente assicurata (a spese della struttura) finisce quasi per privarla di un concreto significato. D'altra parte, però, è pur vero che il meccanismo dell'assicurazione consente di riallineare i possibili diversi esiti derivanti dall'operatività (contro il medico) della regola dell'art. 2043 c.c. da un lato e di quella del regresso dall'altro. Infatti sia che il paziente agisca contro la struttura, sia che agisca direttamente contro il sanitario, quest'ultimo sopporterà le conseguenze del danno prodotto solo in ipotesi di dolo o colpa grave, perché anche nel caso di azione esercitata direttamente contro di lui, risponderà in prima battuta l'assicurazione, la quale è previsto che possa agire in rivalsa contro il medico solo in caso di dolo o colpa grave (allo stesso modo cioè di quanto vale per la struttura). Per un'approfondita analisi del meccanismo della rivalsa nella disciplina introdotta dalla riforma del 2017 v. A. D'ADDA, *Solidarietà e rivalse nella responsabilità sanitaria: una nuova disciplina speciale*, in *Corr. giur.*, 2017, 769 ss.

¹⁰⁷ Cfr. l'art. L. 1142, *alinéa 1*, *code de la santé publique*. Per una panoramica delle novità introdotte dalla *loi Kouchner*, v. F. BELLIVIER-J. ROCHFELD, *Droits des malades – Qualité du système de santé. Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé*, in *RTD civ.*, 2002, 574 ss.

¹⁰⁸ Cfr. l'art. L. 1142, *alinéa 2*, *code de la santé publique*. Si tratta di quei danni dovuti alla c.d. *aléa thérapeutique*. Sulle condizioni e sulla disciplina dell'indennizzo v. M. BACACHE-A. ZELCEVIC-DUHAMEL, *Responsabilité médicale. Principes généraux*, in *Droit médical et hospitalier*, sotto la direzione scientifica di C. BERGOIGNAN-ESPER, LexisNexis, 2015, fasc. 18, 10 ss.

¹⁰⁹ Fatta salva la prova, da parte della struttura, di una *cause étrangère*.

¹¹⁰ Nel contesto italiano R. PARDOLESI, *Chi (vince e chi) perde*, cit., 264, manifesta il timore che in assenza di una regola speciale per i casi di infezioni nosocomiali il danno rimanga in capo al paziente.

¹¹¹ La l. 4 marzo 2002 n. 303 affida infatti la competenza ad erogare l'indennizzo ad un apposito soggetto pubbli-

JUS CIVILE



rié, anche dopo il 2002, non risponde mai personalmente per i danni arrecati dalla propria attività (nei limiti in cui essa dia attuazione all'obbligazione della struttura), rimanendo la responsabilità aquiliana (*délictuelle*) confinata ai casi in cui il sanitario abbia ecceduto *les limites de la mission qui lui a été impartie par son commettant*.

Il legislatore italiano, invece, non solo ha ridotto al solo istituto della responsabilità la risposta al problema dei danni derivanti dall'attività sanitaria (non prevedendo cioè alcun sistema d'indennizzo)¹¹², ma ha pure complicato quell'istituto, intrecciando e sovrapponendo responsabilità dirette e vicarie (nonché moltiplicando gli obblighi assicurativi) nella logica del «doppio binario» di responsabilità.

Ora, delle criticità di tale modello si è già detto in precedenza. A questo punto andrebbe solo aggiunto che esso non regge perché non può reggere il suo presupposto, ossia la netta separazione tra la prestazione del sanitario e quella della struttura¹¹³: se infatti è certamente vero che l'inadempimento della struttura non necessariamente deriva da un'erronea condotta del sanitario, e se quindi è vero che può esserci responsabilità della prima senza "responsabilità" del secondo, non è invece ipotizzabile che, in presenza di un'errata prestazione del sanitario non vi sia anche la responsabilità della struttura, dal momento che l'operatore è, seppur non in via esclusiva, elemento necessario dell'esecuzione della prestazione di cura di cui essa è gravata. Di conseguenza, laddove la responsabilità della struttura scaturisce dalla condotta del sanitario (la quale è anche condotta della stessa struttura in considerazione del vincolo di ausiliarità), la duplicazione delle responsabilità non è il prodotto di attività di adempimento realmente distinte. Così, nel caso in cui il danneggiato agisca sia contro la struttura sia contro il medico, l'esito delle due azioni, a causa della diversità dell'onere della prova, potrebbe risultare diverso pur se abbia ad oggetto il medesimo fatto (la condotta del medico), dal momento che la struttura potrebbe soccombere, pur avendo l'operatore agito correttamente, per non essere riuscita a dimostrare l'esatto adempimento e il sanitario potrebbe andare esente da responsabilità, non riuscendo l'attore a dimostrarne la colpa¹¹⁴.

co, l'*Office national d'indemnisation des accidents médicaux* (c.d. ONIAM), il quale provvede previo parere di un'apposita *Commission de Conciliation et d'indemnisation* (c.d. CCI).

¹¹² Tra l'altro il legislatore italiano non ha previsto ipotesi di responsabilità oggettiva come invece ha fatto quello francese; è vero, tuttavia, che l'orientamento della giurisprudenza italiana in materia di infezioni nosocomiali è comunque, di fatto, nel medesimo senso.

¹¹³ Nel senso invece della separazione tra le due prestazioni (pur nel contesto della vigenza del decreto "Balduzzi") v. R. DE MATTEIS, *La responsabilità professionale del medico. L'art. 3 del d.l. n. 158/2012 tra passato e futuro della responsabilità medica*, in *Contr. impr.*, 2014, 129, spec. 135.

¹¹⁴ Il problema dell'«incremento confusionale di piani e impostazioni» dato dalla possibile convergenza, nello stesso giudizio sullo stesso fatto, di entrambe le forme di responsabilità (oltre che dell'eventuale azione di rivalsa della struttura) è rilevato anche da R. PARDOLESI, *Chi (vince e chi) perde*, cit., 265. Secondo l'A. l'unico risultato della riconduzione in ambito extracontrattuale della responsabilità dell'operatore sanitario è la riduzione del termine di prescrizione (che comunque, precisa, non parrebbe offrire significativi vantaggi al potenziale convenuto).



ABSTRACT

Liability in care relationship. Critical and reconstructive remarks on liability forms introduced by “Gelli-Bianco” reform

The paper aims to analyse the new features that characterize the concept of care relationship as a result of some recent changes in the ways of provision of health services. Especially, it intends to evaluate the possibility that care relationship could be established between patients and healthcare institutions instead of between patients and doctors working in these institutions. The paper leads therefore to some remarks concerning the attribution of liability to the different parties involved in the relationship. In the light of these considerations, it examines the 2017 health care reform, highlighting its problematic aspects and proposing an alternative interpretation consistent with the actual characteristics of care relationship in its current form.



MARIA FRANCESCA TOMMASINI

Professore associato di Istituzioni di Diritto Privato – Università di Messina

IL MERCATO TRA ETICA E DIRITTO. BREVI RIFLESSIONI A MARGINE

SOMMARIO: 1. La svolta etica del diritto. – 2. La diffusione dei codici etici tra autoregolamentazione del mercato e normativa nazionale. – 3. Etica ed Autorità garanti. – 4. Il difficile contemperamento tra etica, politica e diritto.

1. – L'epoca attuale impone al giurista di riflettere su talune problematiche ed anomalie del sistema. In particolar modo occorre chiedersi come mai gli studiosi del diritto siano chiamati, sempre più spesso, a rinunciare alla propria autoreferenzialità¹ ed a dialogare con uomini di finanza, con filosofi e sociologi, con i cultori delle scienze sociali. In tal senso, basti pensare alle problematiche attinenti al mercato “la cui conformazione appare in grado di racchiudere e sintetizzare, anche sul piano storico, oltre che lessicale, il senso ... di una identità culturale”². Riflettere oggi sul mercato e sulla sua evoluzione significa, infatti, a ben vedere, interrogarsi innanzitutto sul ruolo e sui confini del diritto civile e verificare, di seguito, gli aspetti collegati alle neuroscienze che studiano i fondamenti biologici della natura umana³. Se, come autorevolmente sostenuto, “il mercato è la legge, che lo governa e costituisce; e prende forma dalla decisione politica e dalle scelte normative”⁴, non può sfuggire come decisioni politiche e scelte normative siano influenzate dalla realtà quotidiana della vita.

Il sistema giuridico non costituisce, dunque, più un quadro definito “dal quale si possano ricavare conclusioni univoche e soluzioni per ogni possibile caso, ma ha assunto le sembianze di un punto di riferimento tendenziale”⁵. Le categorie, non poggiando più su un contesto sociale omogeneo, hanno perso il loro carattere di assolutezza assiomatica divenendo, per così dire, fluttuanti, bisognose di un continuo aggiornamento alla luce dell'evoluzione, da un lato del sistema normativo e, dall'altro, del quadro sociale di riferimento⁶. Invero, già da alcuni decenni,

¹ GENTILI, *Il diritto come discorso*, Milano 2013, 135 e ss. in cui l'autore afferma la ineludibile esigenza dei giuristi di rinunciare finalmente a quella autoreferenzialità della cultura giuridica che ha contrassegnato due secoli di giuspositivismo. Secondo l'autore ciò significa aprirsi tanto agli apporti del diritto commerciale, pubblico, penale, costituzionale, comunitario, che a quelli dell'economia, della filosofia, della sociologia, delle scienze. Già BARCELLONA, *Il declino dello Stato. Riflessioni di fine secolo sulla crisi del progetto moderno*, Bari 1998, 34, evidenziava che la mancanza di ogni fondamento metafisico e di ogni legittimità trascendente rende l'ordine giuridico contingente ed artificiale. Con la conseguenza che l'inevitabile scenario che si apre è quello di un fenomeno assiologico ed avalutativo.

² OLIVIERI, *Dal mercato delle cose al mercato delle idee*, in *Riv. soc.* 2017, 4, 815.

³ BALCONI-ANTONIETTI, *Scegliere, comprare. Dinamiche di acquisto in psicologia e neuroscienze*, Milano 2009, 5 e ss.

⁴ IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Bari 1998, 12.

⁵ BALESTRA, *A proposito delle categorie del diritto civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2015, 25.

⁶ LIPARI, *Le categorie del diritto civile*, Milano 2013, 32.

JUS CIVILE



si vanno faticosamente ricercando nuovi valori non più espressi dagli ordinamenti (pubblico e privato) nelle loro formulazioni ed interpretazioni tradizionali. In questo contesto gioca un ruolo certamente fondamentale anche la rottura del monopolio della volontà statale nell'attività di produzione normativa⁷: i soggetti produttori del diritto sono plurali, con la conseguenza che non è più possibile definire, una volta per tutte, una gerarchia unitaria di fonti del diritto⁸. L'ordinamento giuridico è, ormai, una realtà complessa in cui confluiscono fonti legislative, ma anche "formanti" diversi⁹. Viene così a trovare sempre più significativo riscontro l'idea post-positivista di un diritto alla cui formazione concorrono anche fenomeni extra-giuridici. La innovativa logica dei "formanti" in cui dialogano diritto vivente e regole tradizionali, si arricchisce di nuove o altre fonti del diritto promananti da organi diversi, come le *Authority*, alle quali il nostro ordinamento fa sempre più ricorso per controllare e regolamentare determinati settori, la *lex mercatoria*, ed anche i codici deontologici, chiamati ad integrare la normativa primaria in campi sempre più estesi, nella crescente consapevolezza della innegabile interdipendenza tra valori etici, giuridici e sociali. Punti di riferimento rimangono soltanto i valori enunciati nella Carta Costituzionale e nelle norme di derivazione comunitaria. La complessità di fonti, proiettata verso valori dotati di forte carica morale e politica, fornisce, nel passaggio dalla ontologia alla funzionalità assiologica, complessi di regole improntate a più avvertite e ragionevoli esigenze valoriali del sentire sociale. È anche in considerazione di ciò che, probabilmente, gli studi giuridici stanno vivendo un'autentica svolta etica¹⁰. Di là dalle diverse forme di etica (cattolica o laica¹¹, pragmatica¹², utilitarista¹³ o neocontrattualista¹⁴) già declinate dagli studiosi, si va affer-

⁷ PERASSI, *Teoria dogmatica delle fonti di norme giuridiche in diritto internazionale*, in *Riv. dir. internaz.* 2017, 195, qualificava le fonti come quei fatti largamente intesi "cui l'ordinamento giuridico riconnette la nascita o l'estinzione di una norma giuridica". Nello stesso senso CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, I, Padova, 1970, 44; ID., *Voce Fonti del diritto* (diritto costituzionale), in *Enc. dir.* XVII, Milano 1968, 925. Lungo questa linea si è articolata tutta la dottrina del positivismo giuridico, secondo la quale la categoria delle norme sulla produzione giuridica, in definitiva, "copre la categoria delle norme di riconoscimento: una norma che stabilisce quali sono le procedure di norme valide per il sistema, serve per lo più ad identificare quali sono le norme valide del Sistema, cioè funge da norma di riconoscimento" (BOBBIO, *Ancora sulle norme primarie e secondarie*, in *Studi per una teoria generale del diritto*, Torino 1970, 187).

⁸ Già RODOTA', *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari 2012, 6, esplicitamente rifiuta il modello delle fonti e brutalmente accantona quella che chiama la "forza simbolica di categorie e riti tramandati", riconoscendo che il giurista non può fare i conti soltanto con "diritti che scendono dall'alto, *octroyés* dal sovrano o esito del potere costituente democratico, bensì pure con diritti che germogliano quasi spontaneamente dall'infinito pullulare di iniziative diverse da una molteplicità sempre cangiante di soggetti, con una spontaneità e un vitalismo che sarebbero insofferenti d'ogni collocazione in un qualche schema istituzionale".

⁹ Secondo LIPARI, *Il diritto civile dalle fonti ai principi*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2018, 5, "si è ormai definitivamente superato il paradigma delle fonti del diritto quale dato formale che preesiste al procedimento interpretativo".

¹⁰ L'espressione è di BARBERIS, *Etica per i giuristi*, Roma 2006, 15, ma stessa riflessione è condotta da numerosi studiosi stranieri. Le considerazioni di RAWLS (*Una teoria della giustizia*, Roma 1975) sulle scelte deontologiche e sui principi di giustizia, la distinzione di DWORKIN (*Questioni di principio*, Milano 1985) tra regole e principi, la concezione procedurale di ALEXYS, (*Concetto e validità del diritto*, Torino 1995) pur muovendo da diverse impostazioni approdano alla visione di un diritto aperto alla dimensione morale ed alla sfera dei valori etici, superando i rigidi steccati del passato.

¹¹ Mentre l'etica a base *religiosa* fissa norme di comportamento che pretende valide per tutti, l'etica *laica*, inve-



mando un'etica sociale tendente a coinvolgere in un quadro complessivo ed avvolgente la vita della collettività storicamente definita in tutti i suoi aspetti, economici e giuridici. Invero il profilo dei rapporti tra etica e diritto ha trovato applicazione sul piano della bioetica e del biodiritto,

ce, non mira ad imporre valori eterni e si dimostra solitamente attenta alle esigenze umane che tengano conto delle condizioni e delle trasformazioni storiche. In realtà parlare di una etica laica presuppone già il confronto con l'etica religiosa, ovvero con un sistema di valori dogmaticamente e universalmente individuati; in realtà è più opportuno parlare di un approccio laico al problema etico, definendo questo approccio come scevro da riferimenti a una ideologia predeterminata e più portato a misurarsi con le problematiche dell'individuo e del concreto contesto storico in cui esso si esprime (PASSARELLO, *Dilemmi etici*, Milano 2008, 111).

¹² L'etica pragmatica che sostiene che l'attività pratica, intesa nel senso di un comportamento mentale o scientifico diretto alla realizzazione di un fine concreto, esercita un primato su quella teoretica astratta. Questa corrente di pensiero si afferma verso la fine del XIX SECOLO negli Stati Uniti e successivamente si diffonde anche in Europa. Il pragmatismo fu la prima filosofia americana elaborata autonomamente. Il padre ispiratore di questa corrente di pensiero fu Ralph Waldo Emerson, considerato un protopragmatista o anche un vero e proprio pragmatista (SORESSI, *Ralph Waldo Emerson: il pensiero e la solitudine*, Roma 2004). Il filosofo e pedagogista americano John Dewey, sulla base del pensiero di Emerson, elaborò il pragmatismo in una nuova filosofia che chiamò Strumentalismo. (OTTOBRE, *Arte, esperienza e natura. Il pensiero estetico di John Dewey*, Milano, 2012; PEZZANO, *Il giovane John Dewey. Individuo Educazione Assoluto*, Roma, 2007; ID., *L'assoluto in John Dewey. Alle origini della comunità democratica educante*, Roma, 2007).

¹³ L'etica utilitaristica si fonda su valori quali la felicità, il benessere, la soddisfazione dei bisogni. In Età moderna, il moralista inglese Jeremy Bentham, fondò il suo programma di riforme del diritto civile e penale, della morale e delle norme della convivenza sociale sull'obiettivo di ottenere «la massima felicità per il maggior numero». Egli si proponeva, per esempio, di eliminare gli antichi criteri della giustizia criminale, ispirati dall'idea della pena e del premio, e i castighi inflitti ai trasgressori delle leggi con il pretesto di anticipare su questa Terra il giudizio divino (LUDOVICI, SAMEK., *L'utilità del bene. Jeremy Bentham, l'utilitarismo e il consequenzialismo*, Vita e Pensiero, Milano 2004; RIPOLI, *Itinerari della felicità, la filosofia giuspolitica di J. Bentham, J. Mill, J. S. Mill*, Giappichelli, Torino 2001; LECALDANO, *J. Bentham e la riforma utilitaristica delle leggi*, Introduzione a J. Bentham, Introduzione ai principi della morale e della legislazione, Torino 1998; LOCHE, *Jeremy Bentham e la ricerca del buon governo*, Milano 1999). Tra il 18° e il 19° secolo le teorie dell'etica utilitaristica furono sviluppate da filosofi come Pietro Verri e Francis Hutcheson, che discussero a lungo sul cosiddetto «calcolo dei piaceri e dei dolori», gettando le basi di concetti fondamentali dell'economia politica, come la nozione di «bisogno» e l'analisi dei sentimenti che vi si ricollegano. Utilitarista fu John Stuart Mill, secondo cui l'azione individuale poteva proporsi non soltanto la ricerca di ciò che risulta più o meno piacevole, ma anche dei più elevati valori conoscitivi, estetici, morali. L'utilitarismo investiva l'intera gamma dei valori morali tradizionali, pur mantenendo fermi i criteri di giudizio fondati sulla pratica, sull'esito dell'agire individuale e sociale, sul bene comune, sulla filantropia (LANARO, *L'utopia praticabile. J. S. Mill e la scuola sansimoniana*, Milano 1998; PICCHETTO, *John Stuart Mill*, Milano 1996; CRESSANTI, *La libertà e le sue garanzie. Il pensiero politico di J. S. Mill*, Bologna 1988; RESTAINO, *J. S. Mill e la cultura filosofica britannica*, Firenze 1968; BRITTON, *Introduzione a J. S. Mill*, Firenze 1965; CASELLATO, *Stuart Mill e l'utilitarismo inglese*, Padova 1951). Questa linea di pensiero fu ulteriormente sviluppata da Henry Sidgwick e da altri filosofi detti neutilitaristi (BARRECA, *H. Sidgwick e il dissidio tra egoismo e utilitarismo*, in *Riv. storia e filosofia* 2007, 1; PELLEGRINO, *Dieci anni di studi su Henry Sidgwick*, in *Riv. filosofia* 2003, 3; SCHULTZ, *Essays on Henry Sidgwick*, Cambridge 1992; SCHNEEWIND, *Sidgwick's ethics and Victorian moral philosophy*, Oxford 1977; MOORE, *Principia Ethica*, Torino 1964).

¹⁴ La teoria etico-giuridica del contrattualismo affonda le sue radici in epoca molto antica. Essa intende risolvere il problema relativo al fondamento ultimo della società e dare una legittimazione teoretica alla *potestas* dello Stato. Secondo questa teoria se lo Stato si fonda sul contratto stipulato fra le diverse componenti presenti nella società, il potere di chi comanda non sarà mai assoluto, ma dipenderà sempre dalla base contrattuale su cui si fonda e, in altri termini, avrà sempre un fondamento democratico. A fondamento di una visione democratica della realtà politica, il contrattualismo può considerarsi come teoria che evidenzia il dovere morale di rispettare i diritti fondamentali del singolo, ma che spinge pure verso concezioni individualistiche e privatistiche dello Stato, frutto dell'utilità privata dei singoli cittadini (LEONE-PRIVITERA, *Dizionario di Bioetica*, Roma 2004).

JUS CIVILE



in settori, cioè, legati a valori tipicamente personali (vita, morte, inseminazione artificiale, interruzione della gravidanza). Ma in questa visione antropocentrica l'interesse per l'etica ha finito con il contagiare altri settori ed aspetti nei quali è coinvolto il cittadino con la sua vita ed i suoi molteplici interessi. Nel tempo, dopo i diritti di libertà ed i diritti sociali, si sono affermati i diritti del mondo naturale, collocati nella terza generazione dei diritti, ai quali sono seguiti i diritti di quarta generazione¹⁵, tra i quali rientrano a pieno titolo, come precisato nel Preambolo della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, i diritti delle generazioni future¹⁶. Ma la tutela dei diritti di qualsivoglia generazione, implica una riflessione sul rapporto che esiste tra gli aspetti collegati all'economia ed al mercato¹⁷ che certamente incidono sulla attuazione dei diritti attuali, presenti e futuri e quindi sulla logica delle garanzie che si pretendono per tentare di dare ad essi attuazione almeno in una visione programmatica e/o prospettica, in un quadro di responsabilità individuale, collettiva e soprattutto politica.

2. – I valori etici sono entrati a far parte del diritto positivo con l'avvento delle Costituzioni, assurdo a principi supremi ordinanti, ma pur sempre interni al sistema normativo e codificati in regole giuridiche¹⁸. Le valutazioni etiche penetrano nell'ordinamento attraverso il filtro degli *standards* valutativi impiegati dal diritto positivo, in maniera esplicita o anche implicitamente¹⁹, per inserire nel contenuto precettivo delle norme i valori cui è improntato il sentire della società,

¹⁵ BOBBIO, *L'età dei diritti*, Torino 1990, VIII, 71. Secondo l'autore i diritti appartengono alla storia e non ha senso la ricerca di un loro fondamento assoluto. Nascono all'inizio dell'età moderna e "diventano uno dei principali indicatori del progresso storico"; hanno una continua espansione, ma sono sempre il frutto di una lotta per la difesa di "nuove libertà contro vecchi poteri": la libertà di culto nasce dalle guerre di religione, le libertà civili dal ruolo dei parlamenti contro i sovrani, le libertà politiche e sociali dalle lotte dei movimenti dei lavoratori, i diritti di terza e quarta generazione dalle opportunità e dalle manipolazioni offerte dalla tecnica. I diritti insomma non nascono tutti in una volta, ma via via che aumenta il potere dell'uomo sull'uomo e il potere di dominare la natura. Da qui l'esigenza di rimedi che sono rivolti sempre a impedire i malefici o a ottenere i benefici del potere.

¹⁶ La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione (in *G.U.C.E.* 202 del 7 giugno 2016), proclamata ufficialmente a Nizza nel dicembre 2000 e diventata giuridicamente vincolante nell'UE con l'entrata in vigore del trattato di Lisbona, a dicembre 2009, nel suo Preambolo, testualmente riafferma "nel rispetto delle competenze e dei compiti dell'Unione e del principio di sussidiarietà, i diritti derivanti in particolare dalle tradizioni costituzionali e dagli obblighi internazionali comuni agli Stati membri, dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali, dalle carte sociali adottate dall'Unione e dal Consiglio d'Europa, nonché dalla giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea e da quella della Corte europea dei diritti dell'uomo. In tale contesto, la Carta sarà interpretata dai giudici dell'Unione e degli Stati membri tenendo in debito conto le spiegazioni elaborate sotto l'autorità del *praesidium* della Convenzione che ha redatto la Carta e aggiornate sotto la responsabilità del *praesidium* della Convenzione europea. Il godimento di questi diritti fa sorgere responsabilità e doveri nei confronti degli altri come pure della comunità umana e delle generazioni future".

¹⁷ VETTORI, *Il tempo dei diritti*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2014, 881.

¹⁸ VETTORI, *Persona e iniziativa economica privata nella Costituzione*, in AA.VV., *Persona e mercato. Lezioni* a cura di Vettori, Padova 1996, 39.

¹⁹ FALZEA A., *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica. Teoria generale del diritto*, I, Milano 1999, 369 e ss.

JUS CIVILE



in un meccanismo circolare che implementa la qualità delle regole e le adegua in sede applicativa agli incessanti mutamenti.

L'etica costituzionale è positiva, perciò legata alla rigidità delle formule adottate dal legislatore; l'etica generale, per inverso, è reale, fortemente storicizzata ed in costante divenire. Come tale essa assurge a *standard* valutativo di ordine generale al quale implicitamente si riferiscono tutte le regole giuridiche, così divenendo modello di comportamento e criterio di valutazione della conformità dei comportamenti concretamente tenuti.

Un'altra rilevante modalità in virtù della quale il diritto fa esplicito rinvio all'etica è rappresentata dai codici deontologici ed etici che sempre più ampia diffusione trovano in diversificati settori del sistema. I primi documenti etici sono stati adottati negli Stati Uniti d'America solo intorno agli anni '70 del secolo scorso²⁰ e contenevano dichiarazioni generalissime di impegno etico (*credo aziendali*) su temi quali il conflitto di interessi, l'integrità dei documenti societari, il divieto di *insider trading* e di corruzione²¹. Solo successivamente i codici etici hanno assunto connotazioni più mature e ciò in coincidenza dell'entrata in vigore nel 1991 delle *Federal Sentencing Guidelines* (FSG) che prevedevano da un lato, un inasprimento a carico delle aziende condannate per reati federali delle sanzioni pecuniarie, nel caso in cui queste avessero tentato "di occultare una violazione di legge o ostacolato l'investigazione, e, dall'altro lato, la possibilità di una riduzione rilevante di tali sanzioni, se l'azienda avesse denunciato di propria iniziativa la violazione, avesse cooperato con le autorità nella fase di investigazione ed attuato, precedentemente alla commissione dell'illecito, un efficace programma per prevenire e segnalare violazioni di legge, cioè un rigoroso programma di conformità alle leggi"²².

In Europa l'interesse verso l'aspetto etico degli affari si è sviluppato più tardi rispetto all'America a causa della diversa cultura ed attenzione ai comportamenti morali. Era, infatti, preminente l'idea della poca utilità dei codici etici come condizionamento del comportamento degli impiegati e le poche aziende che adottavano codici etici erano affiliate a multinazionali estere. In Italia si è diffusa l'esigenza di codici etici intorno ai primi anni Novanta, tanto che, nel corso di appena un decennio, sono stati promulgati il Codice etico e dei valori associativi di Confindustria (1991), il Codice di condotta del gruppo FIAT (1993), il Codice etico di Eni (1994), il Codice etico delle Ferrovie dello Stato e di Glaxowellcome Italia (1998), il Codice di Autodisciplina delle società quotate (1999)²³, la Carta dei valori aziendali da parte di ACEA di

²⁰ Circa l'evoluzione storica dei codici etici negli Stati Uniti d'America si veda BENATTI, *Etica, impresa, contratto e mercato. L'esperienza dei codici etici*, Bologna 2014, *passim*.

²¹ Tra il 1971 ed il 1975, proprio a seguito di uno scandalo che vide coinvolte trentaquattro società americane accusate di aver versato tangenti all'estero e che causò la caduta di tre governi stranieri e l'incrinarsi di relazioni diplomatiche ed economiche con alcuni Stati stranieri, le imprese americane si concentrarono sulla previsione di documenti etici che regolassero il comportamento dei dipendenti e fissassero i principi a cui essi dovevano attenersi (ROSSI, *Luci ed ombre dei codici etici d'impresa*, in *Riv. dir. soc.*, 2008, 23, 1).

²² D'ORAZIO, *Codici etici cultura e responsabilità d'impresa*, in *Notizie di Politeia*, 2003, 129.

²³ BRUTTI, *Codici di comportamento e società quotate*, in *Giur. comm.* 2007, I, 240; ID., *Rilevanza giuridica*

JUS CIVILE



Roma (2001) e il Codice etico dell'ENEL (2002). Di là dalle ragioni vicine o lontane di un tale ritardo²⁴, l'etica tende ad espandersi nelle relazioni economiche e nelle stesse regolamentazioni giuridiche, tanto che il legislatore, con il Decreto Legislativo n. 231 dell'8 giugno 2001²⁵, ha introdotto per la prima volta nel nostro ordinamento la disciplina della responsabilità in sede penale degli enti, la responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica, per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato. La normativa in questione, nel sancire la responsabilità dell'ente per i reati commessi nel suo interesse o a suo vantaggio da soggetti collocati in posizione apicale ovvero sottoposti all'altrui direzione o vigilanza²⁶, indica, altresì, le condizioni al verificarsi delle quali l'ente può andare esente da responsabilità²⁷. Con il Decreto 231/2001 il modo d'essere di una realtà umana e sociale, quale è quello dell'impresa, al suo interno e nei rapporti con il mondo esterno²⁸, si traduce "in modelli concreti comunemente accettati e praticati e quindi progressivamente obiettivi in previsioni formalizzate o in comportamenti reiterati"²⁹. I codici etici, nella loro molte-

dell'autoregolamentazione: osservazioni sui codici di comportamento di società quotate, in *Società*, 2007, 1217; MARCHETTI, *Il nuovo codice di autodisciplina delle società quotate*, in *Giur. comm.*, 2016, I, 171.

²⁴ RIOLO, *Etica degli affari e codici etici aziendali*, Milano, 1995, 60, secondo cui "ragioni lontane sono la matrice cattolica (che ha reso difficile un dibattito laico sull'etica, facendo appello per il rispetto delle regole al timor di Dio, anziché all'utilità o alla razionalità), l'ideologia marxista (la classe, o meglio il partito, è la fonte delle regole) e la formazione recente dello Stato italiano (è rimasto incompiuto il processo che porta a considerare lo Stato come comunità disciplinata da regole condivise e da rispettare, a prescindere dalla sanzione della legge). Ragioni vicine sono rinvenibili nell'emersione di grossi scandali, in particolare Tangentopoli, che resero evidente il malfunzionamento di un sistema eccessivamente monopolizzato dagli individui ricoprenti alte cariche di responsabilità. Si inizia, dunque, ad avvertire la necessità di una nuova disciplina tesa a tutelare la correttezza e la trasparenza dei rapporti che intraprendono le imprese".

²⁵ Decreto Legislativo 8 giugno 2001, n. 231 (Disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica, a norma dell'articolo 11 della legge 29 settembre 2000, n. 300), in *G.U.* n. 140 del 19 giugno 2001.

²⁶ L'articolo 5, comma 1, del D.lgs. 231/2001 stabilisce che l'ente "è responsabile per i reati commessi nel suo interesse o a suo vantaggio: a) da persone che rivestono funzioni di rappresentanza, di amministrazione o di direzione dell'ente; b) da persone sottoposte alla direzione o alla vigilanza di uno dei soggetti di cui alla lettera a)". L'ente, tuttavia, si precisa al comma 2 dello stesso articolo, "non risponde se le persone indicate nel comma 1 hanno agito nell'interesse esclusivo proprio o di terzi".

²⁷ Nel caso in cui il reato sia stato commesso da soggetti in posizione apicale l'ente, tuttavia, non è responsabile se prova – in occasione di un procedimento penale per uno dei reati previsti – che "a) l'organo dirigente ha adottato ed efficacemente attuato, prima della commissione del fatto, modelli di organizzazione e di gestione idonei a prevenire reati della specie di quella verificatasi; b) il compito di vigilare sul funzionamento [...] dei modelli [...] è stato affidato a un organismo dell'ente dotato di autonomi poteri di iniziativa e di controllo; c) le persone hanno commesso il reato eludendo fraudolentemente i modelli di organizzazione e di gestione; d) non vi è stata omessa o insufficiente vigilanza da parte dell'organismo di cui alla lettera b)" (art. 6, comma 1, D.Lgs 231/2001). Quanto previsto nell'art. 6, comma 1, lettera a) vale anche nel caso in cui il reato sia stato commesso da soggetti sottoposti all'altrui direzione (art. 7, comma 2).

²⁸ Il mondo dell'impresa non è certo l'unico a patire questa ossessione apparentemente collettiva per l'etica, ma essa ben può estendersi anche al governo societario. In tal senso ROSSI, *Il conflitto epidemico*, Milano 2003, 71 e ss.

²⁹ LIPARI, *Le fonti del diritto*, Milano, 2008, 12.



plicità di modelli³⁰, diventano simbolo di un mutamento di sensibilità che nobilita con i “valori” il valore del profitto”³¹.

3. – Anche il legislatore comunitario ha, da tempo, avviato sempre più incisivi percorsi volti a promuovere l’adozione di condotte virtuose e di codici etici da parte degli operatori commerciali. Emblematica è stata, in tal senso, la Direttiva n. 13 del 5 aprile 1993³² che, in tema di clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori³³, invitava le organizzazioni di settore a promuovere la diffusione di prassi giudicate corrette sul piano etico e l’attuazione di codici di autoregolamentazione concordati con le imprese, integrative della disciplina legislativa³⁴.

Ancora più incisive sono state le tecniche adottate dalla Commissione Europea che, nell’ambito della strategia Europa 2020³⁵, ha sviluppato una politica tesa a dare impulso alla respon-

³⁰”Sotto questo nome, infatti, si possono oggi ricomprendere codici di organizzazioni internazionali, di singoli rami d’industria o categorie, enunciazioni di principi o modelli di organizzazione interna, forme ibride fra codici etici e di condotta; una stessa impresa o gruppo può avere molteplici documenti etici che devono essere valutati nel loro complesso” ... “Tuttavia il tratto fondamentale che li caratterizza è che, indipendentemente dai modelli e dagli scopi che si prefiggono, essi sono atti d’espressione d’autonomia privata che suscitano un affidamento nei terzi che a diverso titolo entrano in contatto con la società. Essi integrano tutti rapporti interni ed esterni modellandoli e conformandoli non solo a valori e principi, ma anche a direttive e comandi aventi efficacia giuridica, in questa prospettiva devono essere individuate tre funzioni dell’etica d’impresa che incidono profondamente sul modello e contenuto dei documenti etici: la prima riguarda la protezione dell’impresa da forme di responsabilità civile e penale, la seconda è connessa alla promozione della società con la creazione di un o spazio specifico di mercato, la terza, e il migliore esempio è proprio il rating di legalità, ha una valenza premiale” (BENATTI, *L’evoluzione dei codici etici: dalla funzione promozionale alla valenza giuridica*, in *Banca, borsa e tit. di credito*, 2015, 2, 241).

³¹ IRTI, *Due temi di diritto societario (responsabilità amministrativa e codici di autodisciplina*, in *Giur. comm.* 2003, I, 699. A sottolineare l’approccio talora ipocrita da cui muovono le iniziative tese a valorizzare l’importanza dell’etica nell’ambito dei rapporti economici DI RAIMO-MIGNONE, *Strumenti di finanziamento al terzo settore o politiche di intervento locale nella società inclusiva europea (Dalla filantropia alla finanza alternativa)*, in *Giust. civ.*, 2017, 154 e ss.

³² Direttiva n. 13 del 5 aprile 1993, *G.U.C.E.* del 21 aprile 1993.

³³ Tra i contributi più recenti, ma l’elencazione non è certamente esaustiva, si vedano: TIZZANO, *Il ruolo dei consumatori nel diritto antitrust alla luce della giurisprudenza della Corte di Giustizia*, in *Riv. it. Antitrust* 2015; CAPELLI, *La tutela giuridica del consumatore (contraente-debole) in Europa e nel mondo*, Napoli 2013; CIANCIO-MILETTI, *Consumatore e impresa: I contratti e la nuova dimensione delle regole*, Napoli 2012; DI CATALDO, *Pratiche commerciali scorrette e sistemi di enforcement*, in *Giur. comm.*, 2011, I, 803; GUIZZI, *Il divieto di pratiche commerciali scorrette fra tutela del consumatore, tutela del concorrente e tutela del mercato: nuove prospettive (con qualche inquietudine) nella disciplina della concorrenza sleale*, in *Riv. dir. comm.*, 2010, I, 1125.

³⁴ ASTIONE M., *Rimedi e contratti del consumatore nella prospettiva del diritto private europeo*, in *Europa dir. priv.* 2014, 1, 1; GAMBINO, *Pratiche commerciali scorrette (2007 e primo semestre 2008)*, in *Conc. e mercato*, 2008, 1, 193.

³⁵ Numerose sono state le iniziative che, proposte nell’ambito della strategia Europa 2020, hanno fatto riferimento alla responsabilità sociale delle imprese: Una politica industriale integrata per l’era della globalizzazione COM(2010)614, la Piattaforma europea contro la povertà e l’esclusione sociale COM(2010)758, Un’agenda per nuove competenze e per l’occupazione COM(2010)682, Youth on the Move COM(2010)477 e l’Atto per il mercato unico COM(2011)206. Inoltre, l’Unione dell’innovazione (COM(2010)546) mira ad aumentare la capacità delle imprese di affrontare le problematiche che riguardano la società mediante l’innovazione, mentre il contributo delle imprese è essenziale per raggiungere gli obiettivi dell’iniziativa faro “Un’Europa efficiente nell’impiego delle risorse” COM(2011)21 e COM(2011)571.



sabilità sociale delle imprese. Già nella Comunicazione per il periodo 2011-2014³⁶ estesa al quadriennio successivo, la Commissione infatti, affermava che le imprese, facendo fronte alle proprie responsabilità sociali, dovevano creare nel lungo termine fiducia tra i lavoratori, i consumi e i cittadini, quale base per modelli di imprenditoria sostenibile. E ciò sul presupposto che elevati livelli di fiducia contribuiscono a determinare un contesto in cui le imprese possono innovare e crescere. In questa direzione, le imprese devono partecipare “a processi di autoregolamentazione e coregolamentazione, ad esempio mediante codici di condotta a livello settoriale su questioni sociali rilevanti per il settore in questione”. Tali processi, infatti, se concepiti in modo adeguato, possono conquistare il sostegno delle parti interessate e costituire un mezzo efficace per garantire il comportamento responsabile delle imprese³⁷.

Sulla scorta della normativa comunitaria, il nostro legislatore è intervenuto con la legge sullo statuto delle imprese (L. n. 180 dell’11 novembre 2011)³⁸ che ha istituito il Garante per le medie, piccolo e micro imprese³⁹. Quest’ultimo, tra i suoi molteplici compiti⁴⁰, ha anche quello di attivare un

³⁶ Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, Strategia rinnovata DELL’UE per il periodo 2011-14 in materia di responsabilità sociale delle imprese, in *G.U.C.E.* n. 229/77 del 31 luglio 2012.

³⁷ La Comunicazione al punto 4.3 specifica che “i processi di autoregolamentazione e coregolamentazione sono più efficaci quando: sono basati su una prima analisi aperta delle questioni con tutte le parti interessate, in presenza o, se del caso, su loro convocazione, di autorità pubbliche, come la Commissione europea; conducono, in una fase successiva, a impegni chiari da parte di tutte le parti interessate, con indicatori di prestazione; prevedono meccanismi di monitoraggio obiettivi, l’esame delle prestazioni e la possibilità di migliorare gli impegni in base alle esigenze; comprendono inoltre un efficace meccanismo di rendicontabilità per la gestione dei reclami in caso di inottemperanza”.

³⁸ Legge n. 180 dell’11 novembre 2011, in *G.U.* n. 265 del 14 novembre 2011.

³⁹ Il concetto di micro impresa è stato introdotto nel codice del consumo ad opera del Decreto legislativo n. 1 del 24 gennaio 2012 (convertito in legge n. 27 del 24 marzo 2012, in *G.U.* n. 71 del 24 marzo 2012). Secondo l’articolo 18, comma 1, lett. d *bis* del codice del consumo, infatti, statuisce che sono microimprese tutte le entità, società o associazioni che, a prescindere dalla forma giuridica, esercitano un’attività economica, anche a titolo individuale o familiare, occupando meno di dieci persone e realizzando un fatturato annuo oppure un totale di bilancio annuo non superiori a due milioni di euro. Le microimprese non sono equiparate ai consumatori, esse, però sono destinatarie delle norme di tutela stabilite contro le pratiche commerciali scorrette (articolo 19 Codice del consumo).

⁴⁰ L’articolo 17, comma 1, della L. n. 180/2011 statuisce che il Garante svolge le seguenti funzioni: a) monitorare l’attuazione nell’ordinamento della comunicazione della Commissione europea COM(2008)394 definitivo, del 25 giugno 2008, recante «Una corsia preferenziale per la piccola impresa – Alla ricerca di un nuovo quadro fondamentale per la Piccola Impresa (uno “Small Business Act” per l’Europa)» e della sua revisione, di cui alla comunicazione della Commissione europea COM(2011)78 definitivo, del 23 febbraio 2011, recante «Riesame dello “Small Business Act” per l’Europa»; b) analizzare, in via preventiva e successiva, l’impatto della regolamentazione sulle micro, piccole e medie imprese; c) elaborare proposte finalizzate a favorire lo sviluppo del sistema delle micro, piccole e medie imprese; d) segnalare al Parlamento, al Presidente del Consiglio dei Ministri, ai Ministri e agli enti territoriali interessati i casi in cui iniziative legislative o regolamentari o provvedimenti amministrativi di carattere generale possono determinare oneri finanziari o amministrativi rilevanti a carico delle micro, piccole e medie imprese; e) trasmettere al Presidente del Consiglio dei Ministri, entro il 28 febbraio di ogni anno, una relazione sull’attività svolta. La relazione contiene una sezione dedicata all’analisi preventiva e alla valutazione successiva dell’impatto delle politiche pubbliche sulle micro, piccole e medie imprese e individua le misure da attuare per favorirne la competitività. Il Presidente del Consiglio dei Ministri trasmette entro trenta giorni la relazione al Parlamento; f) monitorare le leggi regionali di interesse delle micro, piccole e medie imprese e promuovere la diffusione delle migliori pratiche; g) coordinare i garanti delle micro, piccole e medie imprese istituiti presso le regioni, mediante la promozione di incontri periodici ed il confronto preliminare alla redazione della relazione di cui alla lettera e).

JUS CIVILE



meccanismo di confronto e scambio permanente con le associazioni di categoria maggiormente rappresentative mediante l'istituzione di un tavolo di consultazione permanente con "funzione di organo di partenariato delle politiche di sviluppo delle micro, piccole e medie imprese, in raccordo con le regioni" (articolo 17, comma 5, L.180/2011)⁴¹. In questa logica i più attuali indirizzi normativi riconoscono alle Autorità Garanti il potere di irrogare sanzioni volte a ripristinare l'assetto dei valori tutelati ed a scoraggiare la reiterazione di condotte illecite. L'Autorità Garante, cioè, come può evincersi dal Decreto legislativo n. 1 del 24 gennaio 2012 (Decreto "Cresci Italia")⁴² convertito con modificazioni in Legge n. 27 del 24 marzo 2012, n. 27⁴³, assume il ruolo di "guardiano" del mercato. La legge, integrativa del codice del consumo, introduce, infatti, l'articolo l'art. 37-bis (Tutela amministrativa contro le clausole vessatorie) in cui si statuisce che l'Autorità Garante della concorrenza e del mercato può addirittura essere interpellata preventivamente "in merito alla vessatorietà delle clausole che i professionisti intendono utilizzare nei rapporti commerciali con i consumatori".

In buona sostanza sono gli stessi ordinamenti statali a promuovere l'adozione di codici deontologici improntati a standard etico-sociali offrendo, anzi, di rafforzarli attraverso il ricorso ad apparati sanzionatori. E sotto questo profilo va messo in rilievo che le regole rimediali e soprattutto quelle di tipo afflittivo sono i meccanismi che riaffermano il ruolo dell'ordinamento giuridico e la sua funzione di tutela coniugando le regole dell'etica con l'apparato sanzionatorio predisposto dal diritto. In particolar modo, sia nel campo dell'economia cognitiva che in quella sperimentale, le scelte economiche non possono prescindere da valutazioni assiologiche, I valori della persona e la loro attuazione dipendono anche dalle vicende economiche del sistema.

4. – Il dialogo culturale che ha consentito di rinvenire strumenti giuridici nuovi volti a tutelare l'individuo in un sistema che coglie la sua espressione nella vita economica, mal si concilia con talune scelte politiche ben lontane dai valori di uguaglianza, solidarietà e sussidiarietà. Se, infatti, per un verso, tra gli operatori economici vi è la tendenza a ritrovare una legittimazione ed una copertura etica per accreditare lo svolgimento delle attività di mercato, per altro, l'economia ha conquistato una sorta di meta-potere attraverso forme quali ad esempio la *corporation mobility* in forza della quale le imprese, operando in uno spazio globale di mercato possono trasferire i processi produttivi in aree che offrono manodopera sottocosto e condizioni giuridiche, politiche ed economiche più favorevoli rispetto a quelle dei paesi di appartenenza⁴⁴. Ed

⁴¹ In questa logica il Governo, su proposta del Ministro dello sviluppo economico e sentite le parti interessate, deve presentare ogni anno alle Camere un disegno di legge per la tutela e lo sviluppo delle micro e piccole imprese volto a definire gli interventi in materia per l'anno successivo (articolo 17, comma 2, L. 180/2011).

⁴² Decreto legge n. 1 del 24 gennaio 2012 (Disposizioni urgenti per la concorrenza, lo sviluppo delle infrastrutture e la competitività), in *G.U.* n. 71 del 24 marzo 2012.

⁴³ Legge n. 27 del 24 marzo 2012, in *G.U.* 24 marzo 2012, n. 71.

⁴⁴ SITZIA-SEGA, *Le "dimensioni" della responsabilità sociale dell'impresa e le fonti di regolazione: questioni in materia di impresa, lavoro e sicurezza*, in *Dir. relaz. ind.*, 2011, 3, 673.

JUS CIVILE



in questa prospettiva molti governi nazionali “sembrano avere intrapreso una gara nel rimuovere vincoli ed ostacoli allo svolgimento di attività economiche, pur di invogliare le imprese a operare nei confini dei propri mercati domestici”⁴⁵.

Una politica che ragiona nell’ottica del principio di utilità di pochi, non guardando alla crescente disoccupazione, al problema degli esodati e degli inoccupati; che tende a “padroneggiare il processo attuativo delle leggi, incidendo in vario modo sulle istituzioni per la bramosia di svolgere il proprio ruolo sia nella produzione delle leggi che nella loro attuazione”⁴⁶ ... smarrisce il suo ruolo di interprete delle esigenze e delle aspirazioni della collettività.

La liberazione dalla minaccia della ragione calcolistica richiede, dunque, che la sovranità del mercato ritrovi l’interlocuzione di un’altra politica che assolve all’esigenza di funzionalizzazione sociale dell’attività economica promossa dall’articolo 41 della Costituzione. Il rispetto dell’utilità sociale non è, infatti, da intendersi come mera utilità economica bensì come valore comprensivo di “sicurezza, libertà e dignità umana” (articolo 41, comma 2, della Costituzione)⁴⁷ da perseguire non solo nei rapporti interni all’impresa ma nei confronti della collettività intera. Ed una politica che operi nell’ottica del rispetto dei suddetti principi non può non essere integrata da “un diritto che si inveri nella inviolabilità di un corpo di principi di portata ed estensione universale”⁴⁸. Se, infatti, le relazioni mercantili costruiscono rapporti squilibrati, le regole giuridiche non possono esimersi dall’indicare limiti e correttivi che storicamente mutano, si ampliano o si restringono, tracciando i mobili confini dell’autonomia privata. Vanno allora ricercati idonei criteri di temperamento e di bilanciamento degli interessi in campo, apprestando rinnovata attenzione ai contenuti e agli obiettivi della legge, nel difficile compito di ritrovare un equilibrio tra libertà e giustizia sociale.

La funzione promozionale tipica delle regole giuridiche va considerata nel lungo periodo e solo prospetticamente può essere orientata a rendere l’economia ed il mercato ispirati a comportamenti eticamente corretti. Tra l’aspirazione e l’attuazione esiste, tuttavia, uno scarto legato alle contingenze della vita economica e dei mercati che, nel bene e nel male, rimangono fattori determinanti. Al giurista residua, allora, il compito di dettare regole coerenti con i valori auspicati sperando che si possano realizzare in futuro le condizioni per una loro piena attuazione.

⁴⁵ CONTE, *La responsabilità sociale dell’impresa*, Roma 2008, 8.

⁴⁶ PIRAINO, *Politica e diritto*, in *Dir. fam e delle persone*, 2016, 2, 581.

⁴⁷ RAMAJOLI, *La regolazione amministrativa dell’economia e la pianificazione economica nell’interpretazione dell’art. 41 della Costituzione*, in *Dir. amm.*, 2008, 1, 121, secondo cui le disposizioni dell’articolo 41 della Costituzione “vanno considerate insieme, coordinate tra loro in modo tale che la libertà dell’iniziativa economica privata, dichiarata nel primo comma, si svolga in armonia con le altre fondamentali esigenze espresse nei commi successivi”. Sulla necessità di considerare unitariamente i tre commi dell’articolo 41 della Costituzione si vedano anche BASSICUCURRA, *Relazione*, in AA.VV., *La Corte Costituzionale tra norma giuridica e realtà sociale* a cura di Occhiocupo, Bologna 1978, 277; ESPOSITO, *I tre commi dell’articolo 41 della Costituzione*, in *Giur. Cost.*, 1962, 37. In giurisprudenza: Corte Costituzionale, sentenza n. 279 del 7 luglio 2006, in *Giur. Cost.* 2006, 4, 2871; Corte Costituzionale, sentenza n. 29 del 26 gennaio 1957, in *Mass. Foro it.*, 1958.

⁴⁸ PIRAINO, *Politica e diritto*, cit., 583.



BARBARA PUGLISI

Dottoranda di ricerca – Università di Messina

LA CESSAZIONE DELLA CONVIVENZA E IL DIRITTO AGLI ALIMENTI

SOMMARIO: 1. Le conseguenze patrimoniali dello scioglimento della convivenza. – 2. Il “nuovo” diritto agli alimenti del convivente. – 2.1. Segue. I requisiti soggettivi e oggettivi per il riconoscimento del diritto. – 3. L’esclusione del diritto al mantenimento del convivente di fonte legale. – 3.1. Segue. Il diritto al mantenimento di fonte convenzionale.

1. – La legge n. 76 del 2016 dopo aver individuato, nel suo unico articolo, al comma 36, quantomeno ai fini dell’applicazione della normativa, gli elementi costitutivi della convivenza non indica le cause di cessazione del rapporto di fatto¹. Tenendo in considerazione la relazione che intercorre tra i conviventi e l’atto che può regolare i profili patrimoniali della loro vita in comune, la legge, piuttosto, enuncia dettagliatamente i casi di invalidità del contratto di convivenza, al comma 57, (*sub specie* di nullità insanabile) e al comma 59 i vari accadimenti sopravvenuti che portano alla risoluzione di tale contratto. E si fa quindi riferimento all’accordo delle parti, al recesso unilaterale, al matrimonio o ad un’unione civile tra i conviventi o tra uno dei conviventi ed un terzo e alla morte di uno dei conviventi. Sebbene il legislatore individui anche l’“accordo delle parti” e il “recesso unilaterale” quali cause di cessazione va rilevato che si riferisce solo ed esclusivamente all’ambito negoziale, non potendosi da ciò dedurre che il venir meno del contratto di convivenza, seppur per cause volontarie, porti automaticamente alla cessazione della convivenza– rapporto. Potrebbe quindi darsi il caso che sebbene le parti manifestino la volontà di risolvere il contratto disciplinante i loro rapporti patrimoniali, allo stesso tempo dimostrino l’intenzione di proseguire la relazione di fatto.

Per indagare quindi sulla concreta cessazione della convivenza intesa quale rapporto e relazione affettiva esistente tra le parti, è necessario fare riferimento sia alla volontà dei conviventi ma che si espliciti nell’intento di far venir meno il legame stabile di coppia e l’assistenza reciproca morale e materiale, di far cessare cioè quel nucleo di *affectio familiaris* che oggi costituisce il minimo comun denominatore di ogni realtà familiare. La rottura del rapporto *more uxorio* per divenire giuridicamente rilevante ed essere la causa di alcuni effetti determinati dalla nuova legge (ad esempio l’obbligo alimentare previsto dal comma 65) deve quindi necessariamente concretizzarsi in atti oggettivi e manifestazioni tangibili dai quali dedurre la cessazione della

¹ I primi commentatori della riforma del 2016 hanno rilevato che il risultato della definitiva approvazione della legge n. 76 del 2016 sia, per quanto riguarda le convivenze di fatto, insoddisfacente. In questo senso, si v. M. Trimarchi, *Unioni civili e convivenze*, in *Fam dir.* 2016, 10, pp. 859 e ss. il quale definisce la nuova disciplina “sproporzionata”: ampia ed organica per le unioni civili e scarna e improvvisata per le convivenze.

JUS CIVILE



convivenza. E così potrà dirsi che la cessazione della convivenza può avvenire per volontà di entrambi i conviventi, qualora ad esempio smettano di coabitare con il preciso intento di non ricostituire più la comunità di affetti², per volontà di uno solo dei due, che magari nel tempo ponga in essere una successiva e diversa convivenza o un matrimonio o un'unione civile, o ancora per morte di uno dei conviventi. Deve sostanzialmente venire a mancare il “fatto” della convivenza, il rapporto *more uxorio* in cui si sostanzia e di cui l'ordinamento ha solo preso atto³.

Va dunque escluso ogni riferimento ai procedimenti di separazione e divorzio in quanto essendo la convivenza un fenomeno in cui mancano sia un atto fondativo sia qualsiasi impegno giuridicamente vincolante fonte di obblighi coercibili è da ritenersi sussistente una recedibilità *ad nutum* dal rapporto⁴, con conseguenze ben lontane dai vincolanti effetti che discendono dallo scioglimento del rapporto di coniugio e che invece tendono a riequilibrare per quanto possibile le posizioni patrimoniali dei *partners* una volta concluso il rapporto affettivo.

Al riguardo da tempo si è posto il problema di prevedere una qualche attribuzione patrimoniale, al termine della relazione, al convivente debole a fronte dell'attività domestica prestata durante la convivenza per la crescita e lo sviluppo della comunità familiare. Una nota pronuncia di legittimità aveva ad esempio riconosciuto la legittimità di un contratto di comodato, stipulato in favore del *partner* debole ed avente ad oggetto un bene di proprietà dell'altro convivente, sottoposto alla condizione risolutiva dello scioglimento della convivenza⁵.

Più in generale le prestazioni patrimoniali effettuate da un convivente all'altro in costanza di rapporto o successivamente allo scioglimento di questo si riteneva fossero disciplinate dalle disposizioni di cui agli artt. 2034 e 2041 c.c. in base alla natura e all'entità dell'apporto patrimoniale effettuato. L'attribuzione patrimoniale fatta durante il rapporto di convivenza veniva ricondotta nell'ambito dell'obbligazione naturale, quale adempimento dei doveri morali e sociali alla base di un rapporto di fatto e quindi da considerare irripetibile nel rispetto del limite della proporzionalità. Qualora invece la prestazione non risultasse proporzionata o strettamente legata ad esigenze di solidarietà familiare, sarebbe ammessa la possibilità di esperire la residuale azione di arricchimento ingiustificato *ex art. 2041 c.c.*

² Ritiene dirimente la cessazione della coabitazione, M. Paradiso, *Convivenza di fatto e solidarietà economica: prassi di assistenza reciproca e nascita dell'obbligo alimentare*, in *Famiglia*, 2017, 3, pp. 287 e ss.

³ Si ricordi l'autorevole opinione di A. Falzea, *Problemi attuali della famiglia di fatto*, in AA. VV., *Una legislazione per la famiglia di fatto?*, Napoli, 1988, pp. 51 e ss., il quale ritiene che la convivenza di fatto “nei modi infiniti dei suoi possibili atteggiamenti” si rifiuta di essere ricondotta a schemi certi e precostituiti.

⁴ In questo senso, R. Mazzariol, *Convivenze di fatto e autonomia privata: il contratto di convivenza*, Napoli, 2018, pp. 220 e ss., il quale sottolinea l'impossibilità di invocare specifiche tutele a favore del convivente “abbandonato”. Non si potrebbe dunque riconoscere l'obbligo al risarcimento del danno causato dalla rottura del rapporto a carico del *partner* che abbia posto termine alla relazione in via unilaterale, stante che la libera recedibilità dal vincolo *more uxorio* non permette di qualificare come illecita la decisione di terminare la relazione.

⁵ Cass. civ. sez. III, 8 giugno 1983, n. 6381, in *Corr. giur.*, 1993, 8, pp. 947 e ss., con nota di V. Carbone. In questa storica pronuncia i giudici di legittimità hanno concluso per la validità di un contratto con cui un soggetto abbia attribuito alla propria convivente il diritto di comodato di un suo appartamento a tempo limitato o vita natural durante aprendo la strada alla liceità degli accordi tra i conviventi e sancendo un evidente *favor* per il convivente debole.

JUS CIVILE



Al momento della cessazione del legame affettivo non residuava, però, in linea generale, alcun obbligo di mantenimento in capo al *partner* economicamente più forte se non nei casi espressamente previsti dal legislatore e in virtù di peculiari situazioni che esulano dalla convivenza strettamente intesa e che trovano in essa solo l'occasione⁶.

La legge n. 76 del 2016, in materia di effetti patrimoniali connessi alla cessazione della convivenza, si occupa del caso di morte di una delle parti e di quello di fine condivisa o unilaterale del rapporto.

Per quanto riguarda la prima ipotesi, il legislatore del 2016 prevede al comma 42, senza richiedere alcun particolare requisito in capo al convivente superstite, che in caso di cessazione della convivenza per morte del convivente proprietario della casa comune, l'altro convivente abbia il diritto di continuare ad abitare nella stessa (regolamentando il termine finale di tale diritto in base alla durata della pregressa convivenza e dell'eventuale presenza di figli minori). Allo stesso modo e sempre nella logica di riconoscere tale tutela a tutti i conviventi superstiti, qualora il rapporto di fatto venga meno per morte del convivente conduttore (o per suo recesso dal contratto di locazione che ben potrebbe concretizzare anche la volontà di sciogliersi unilateralmente dal rapporto *more uxorio*), a norma del comma 44, il convivente superstite ha diritto a succedere nel contratto di locazione⁷. Tali disposizioni non fanno quindi altro che riconoscere al convivente superstite che abbia visto cessare il rapporto affettivo per cause estranee alla volontà specifiche tutele che riguardano la permanenza nella casa di comune residenza e il diritto alla successione nel contratto di locazione. Tali diritti sono riconosciuti al convivente per il solo fatto di trovarsi improvvisamente e potenzialmente privo della casa di comune residenza, ma non si riferiscono a caratteristiche prettamente soggettive quali le difficoltà economiche o l'impossibilità di provvedere ai propri bisogni.

Quanto invece alla cessazione volontaria del rapporto, è in riferimento a questa unica ipotesi (indipendentemente dalla circostanza che la volontà sia concorde di entrambi i conviventi o di uno solo) che il legislatore prevede al comma 65 il diritto agli alimenti a favore del convivente che versi in stato di bisogno e che non sia in grado di provvedere al proprio mantenimento, anche per l'ovvia considerazione che nelle ipotesi di morte di uno dei conviventi o verrebbe a

⁶ Si pensi ad esempio all'obbligo di pagamento di una somma periodica a favore del convivente vittima di condotte pregiudizievoli dell'integrità fisica o psichica nell'ambito della disciplina degli ordini di protezione. L'art. 342 *ter* c.c. dispone infatti che il giudice può disporre il pagamento periodico di un assegno a favore delle persone conviventi che, per effetto dei provvedimenti integranti ordini di protezione, rimangono prive di mezzi adeguati, fissando modalità e termini di versamento. Il giudice potrebbe altresì prescrivere che la somma sia versata direttamente all'avente diritto dal datore di lavoro dell'obbligato, detraendola dalla retribuzione allo stesso spettante.

⁷ Sul punto si v. Trib. Salerno, 4.10.2010, ord., in *Corr. mer.*, 2011, 1, pp. 30 e ss., con nota di N. Scripelliti, il quale ripercorre l'evoluzione dei principi in tema di successione nel rapporto di locazione abitativo della casa familiare ai sensi dell'art. 6, legge n. 392/1978, ove si prevede la sorte del rapporto nei casi di cessazione dell'unità della famiglia ed in relazione ai diversi tipi di vincoli, di fatto o di diritto tra i coniugi o tra i conviventi. L'autore ricorda che già la Corte Costituzionale con sentenza n. 404 del 7 aprile 1988 aveva ampliato l'ambito di tutela di coloro che restano nell'appartamento, prevedendo anche i casi di convivenza *more uxorio*, di separazione di fatto tra coniugi, e di separazione di conviventi di fatto quando vi sia prole naturale.

JUS CIVILE



mancare il soggetto creditore a favore del quale riconoscere il diritto agli alimenti oppure mancherebbe il soggetto al quale addebitare la prestazione patrimoniale. Sembrerebbe dunque che la previsione della sola obbligazione alimentare costituisca una forma di bilanciamento tra la realizzazione del dovere di solidarietà familiare che si radica inevitabilmente anche all'interno delle coppie di fatto e la tutela della libertà di autodeterminazione delle parti conviventi che, per libera scelta, hanno rifiutato le conseguenze patrimoniali derivanti dallo scioglimento del vincolo coniugale⁸. La legge ha, in altri termini, ricercato un compromesso tra le contrapposte ma allo stesso tempo complementari istanze di libertà e solidarietà *post* familiare⁹. E l'ha fatto aggiungendo alle forme di tutela ormai consolidate la previsione di cui al comma 65 che rappresenta quindi almeno nelle intenzioni del legislatore un bilanciamento tra due differenti istanze sociali: da un lato la tutela della libera scelta (sia di entrambi i conviventi di sottrarsi al regime matrimoniale sia eventualmente del soggetto economicamente più forte di porre fine alla relazione) e dall'altro l'interesse del soggetto che si trovi in difficoltà economiche ad ottenere una somma finalizzata a garantirgli un'esistenza dignitosa da chi gli è stato vicino per un certo periodo della vita.

2. – Indubbio pregio della legge n. 76 è l'aver introdotto, al comma 65 dell'art. 1, una specifica disposizione che tutela il convivente che si trovi in stato di bisogno al momento della cessazione della convivenza. Una previsione di tal genere risulta essere non solo una rilevante novità in tema di convivenze *more uxorio*, ma anche il punto di arrivo di un percorso, soprattutto giurisprudenziale, che da sempre aveva escluso qualsiasi obbligo a contenuto patrimoniale in capo al convivente "economicamente più forte" al momento della cessazione del legame¹⁰. Si negava, peraltro, anche il diritto al risarcimento dei danni a favore del convivente "abbandonato" derivante da responsabilità extracontrattuale del *partner* che pone fine ingiustificatamente alla convivenza¹¹.

⁸ Cfr. F. S. Mattucci, *Gli alimenti in favore del "convivente di fatto"*, in *Fam. dir.*, 2017, 7, pp. 707 e ss., il quale ritiene che la libertà di autodeterminazione dei conviventi delle proprie relazioni personali e patrimoniali ben potrebbe spingersi fino a scegliere la comune irresponsabilità economica nei confronti dell'altro convivente.

⁹ Sul punto si v. l'autorevole opinione di G. Ferrando, *Libertà e solidarietà nella crisi delle convivenze*, in *Fam. dir.*, 2017, 3, pp. 299 e ss., la quale si domanda, ripercorrendo gli *excursus* giurisprudenziali cosa oggi possa comportare, nella convivenza, il venir meno dell'*affectio* e dell'adesione al comune progetto di vita.

¹⁰ Cfr. Trib. Napoli 8 luglio 1999, in *Fam. dir.*, 2000, 5, pp. 501 e ss., con nota di D. Morello di Giovanni, la quale sottolinea che mentre il diritto al mantenimento dei figli nati da una unione di fatto viene tutelato, a prescindere dalla convivenza, per il solo fatto di essere nati, non così avviene per l'*ex* convivente quando l'unione cessa. I giudici avevano infatti ritenuto che non sussisteva alcun diritto agli alimenti (o al mantenimento) nei confronti del convivente *more uxorio* stante la precarietà e la revocabilità dell'unione. Al contrario, la richiesta di contributo per il mantenimento del figlio si fonda sull'obbligo dei genitori di mantenere i figli per il solo fatto di averli generati.

¹¹ Si v. ampiamente, G. Oberto, *I diritti dei conviventi. Realtà e prospettive tra Italia e Europa*, Padova, 2012, pp. 110 e ss., il quale specifica che solo situazioni collegate (ma non fondanti) all'abbandono vero e proprio quali truffe, percosse, lesioni, potrebbero essere idonee a generare una responsabilità extracontrattuale *ex art.* 2043.

JUS CIVILE



L'introduzione dell'obbligo alimentare *ex* comma 65 ha quindi non solo il merito di riconoscere espressamente una forma di tutela alla parte "debole" del rapporto di fatto a seguito della cessazione della convivenza, ma anche quello di oltrepassare i contorni concettuali dell'obbligazione naturale *ex* art. 2034 c.c. Il superamento, in tema di rapporti di fatto, dei concetti di precarietà, instabilità, totale assenza di vincoli e di obblighi in capo alle parti¹², ha portato il legislatore a pensare alla convivenza *more uxorio* quale comunità d'affetti in cui sorgono allo stesso tempo diritti ed obblighi che si fondano ed hanno alla base un principio di solidarietà familiare simile, se non uguale, alla solidarietà *post-*coniugale che caratterizza il rapporto di coniugio.

L'ordinamento giuridico, rimettendo alla piena discrezionalità della persona bisognosa l'esercizio del diritto, configura la prestazione alimentare quale diritto soggettivo che, sebbene abbia natura non patrimoniale, è patrimonialmente valutabile¹³. La scelta di tutelare l'interesse dell'*ex* convivente alimentando "solo" come diritto soggettivo e non a prescindere dal suo interesse e dal concreto esercizio dell'azione costituisce quindi un compromesso con il corrispettivo interesse dell'altro soggetto ad ottenere la piena libertà da una relazione ormai cessata.

Non diversamente che nel matrimonio, il legislatore assume che il dovere di solidarietà economica instauratosi tra i conviventi al momento della costituzione del rapporto affettivo di fatto si fondi sull'assistenza reciproca che rappresenta elemento costitutivo della convivenza nella sua fase fisiologica. Se, a norma del comma 36, possono dirsi conviventi coloro che sono legati da legami di reciproca assistenza morale e materiale, deve ritenersi che ricorrano in fatto doveri di assistenza (quantomeno materiale) tali da estendere l'efficacia e dispiegare effetti anche durante la fase patologica della cessazione del vincolo, assumendo però la forma, la misura e la durata di un obbligo prettamente alimentare. In questo modo viene istituita una forma di protezione della parte economicamente debole successivamente alla rottura della convivenza, non solo rendendo concretamente operanti i doveri di solidarietà economica, ma anche estendendoli temporalmente¹⁴.

2.1. Segue. – La previsione del diritto agli alimenti all'interno della legge n. 76 del 2016 comporta che potranno avvalersi di tale forma di tutela¹⁵ solo i conviventi che rispondono a tutti

¹² Si v. Cass. Civ., sez. I, 11 agosto 2011, n. 17195, in *Fam. dir.*, 2012, 1, pp. 27 e ss., con nota di A. Figone, il quale rileva che i giudici di legittimità, ritenendo che la creazione di una famiglia di fatto recide ogni connessione con il tenore di vita ed il modello economico proprio della pregressa fase matrimoniale (venendo così meno il presupposto per il riconoscimento di un assegno divorzile) valorizzano la realtà della famiglia di fatto e, quindi, della reciproca solidarietà, anche economica, che i *partner* assumono.

¹³ T. Auletta, *Alimenti e solidarietà familiare*, Milano, 1984, pp. 27 e ss. L'A. analizzando la natura giuridica dell'istituto sottolinea che la tempestività e la completezza del soccorso alimentare siano caratteri essenziali del diritto che mal si conciliano con il tollerare l'inerzia di un soggetto abiente che potrebbe intervenire in aiuto di chi si trovi in stato di bisogno.

¹⁴ G. Ferrando, *op.cit.*, p. 307.

¹⁵ In questo senso, E. Al Mureden, *sub* art. 1 comma. 65, in *Codice dell'unione civile e delle convivenze*, a cura di M. Sesta, Milano, 2017, pp. 1426 e ss. L'A. evidenzia che il riconoscimento del diritto agli alimenti tuttavia postula

JUS CIVILE



i requisiti di cui al comma 36 della riforma, restando applicabili alle convivenze che non rispondono a tali requisiti gli altri circoscritti diritti, in tema di attribuzioni patrimoniali, riconosciuti da leggi di settore o pronunce giurisprudenziali¹⁶.

In questa prospettiva, il diritto agli alimenti viene riconosciuto al convivente economicamente più debole solo nei casi in cui la convivenza cessa per volontà unilaterale o comune delle parti. La previsione dunque riguarda, come quella dell'art. 156 c.c. in tema di separazione dei coniugi, la rottura di un rapporto affettivo ed il contestuale riconoscimento in capo alle parti del ruolo di creditore e di debitore.

Il giudice stabilisce il diritto del convivente di ricevere dall'altro gli alimenti qualora versi in caso di bisogno e non sia capace di provvedere da solo al proprio mantenimento. Il legislatore del 2016 enunciando quindi che il giudice “*stabilisce*” il diritto del convivente di ricevere dall'altro gli alimenti sembra prescrivere non solo un obbligo in capo al giudice, il quale, innanzi all'esercizio dell'azione da parte dell'alimentando e qualora accerti lo stato di bisogno e l'incapacità del convivente di provvedere a sé stesso, *deve* riconoscere il diritto agli alimenti, ma allo stesso tempo sembra definire la tutela del convivente debole come un diritto indisponibile e quindi irrinunciabile.

Il ricorso all'incapacità di provvedere al proprio mantenimento ed allo stato di bisogno in cui deve versare il convivente per riconoscergli il diritto agli alimenti rievocano la disposizione di cui all'art. 438 c.c.¹⁷ e fanno quindi presumere che la commisurazione concreta della prestazione alimentare non possa superare quello che è il *minimum* di cui ogni persona dovrebbe poter godere per vivere uno stile di vita dignitoso. Sussisterebbe lo stato di bisogno qualora il richiedente non possa affrontare e soddisfare le proprie esigenze primarie: abitazione, cibo, cure mediche. Peraltro è stato affermato in dottrina che per quanto riguarda l'incapacità di provvedere al proprio mantenimento ci si deve riferire all'impossibilità oggettiva di trovare un'occupazione lavorativa e quindi di non poter provvedere alle proprie esigenze di vita per cause non imputabili¹⁸. Da tempo infatti la giurisprudenza di legittimità afferma che il richiedente debba provare la propria invalidità al lavoro per incapacità fisica o mentale o l'impossibilità di reperire un'occupazione confacente alle proprie attitudini ed alle proprie condizioni sociali¹⁹. Si ritiene inoltre che non rilevino ai fini della determinazione del *quantum* le cause generatrici dello stato di bi-

l'esistenza dei presupposti in presenza dei quali l'ordinamento ritiene sussistente una convivenza di fatto (ossia la fattispecie rientrante nel comma 36 della l. n. 76/2016). Peraltro, al fine di ravvisare una convivenza di fatto, la dichiarazione anagrafica, secondo la lettura prevalente, non dispiega efficacia costitutiva e non preclude l'esistenza di un rapporto di convivenza.

¹⁶ F.S. Mattucci, *op. cit.*, p. 709.

¹⁷ M. Velletti, *sub* art.1 comma 65, 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. 7/2017*, a cura di C. M. Bianca, Torino, 2017, pp. 761 e ss., ove si ritiene che riproducendo il dettato dell'art. 438 c.c., il nuovo comma 65 permette di richiamare la dottrina e la giurisprudenza che nel tempo hanno tentato di circoscrivere le caratteristiche dello “stato di bisogno”.

¹⁸ E. Al Mureden, *op. cit.*, p. 1430.

¹⁹ Cass. Civ., sez. I, 14 febbraio 2007, n. 3334, in *Fam. dir.*, 2007, 11, pp. 1002 e ss., con nota di B. Calapai.

JUS CIVILE



sogno o l'imputabilità ad un comportamento doloso o colposo dell'alimentando, in quanto il principio di solidarietà posto alla base dell'istituto prescinde da giudizi morali o da finalità in un certo senso punitive²⁰.

Il richiamo effettuato dal comma 65 alla disposizione riguardante la misura degli alimenti porta poi all'applicazione anche del c. 2 dell'art. 438 c.c. e quindi alla commisurazione del diritto alimentare anche alle condizioni economiche di chi deve effettuare la prestazione tenendo presente la funzione prettamente assistenziale del diritto agli alimenti²¹ e l'impossibilità di rifarsi in alcun modo, ai fini della quantificazione, al tenore di vita goduto in costanza di convivenza²².

Sebbene la *ratio* che sta alla base dell'introduzione del comma 65 e i requisiti entro cui può riconoscersi un diritto agli alimenti da parte del convivente siano pressoché gli stessi che hanno guidato il legislatore nella previsione del diritto agli alimenti a tutela del coniuge economicamente debole, non possono non notarsi talune fondamentali differenze. A differenza della disciplina generale, la legge n. 76 prevede un limite massimo di durata della prestazione alimentare. Si afferma infatti che qualora, al ricorrere dei suddetti presupposti, il giudice stabilisca il diritto del convivente di ricevere gli alimenti essi saranno tuttavia assegnati per un periodo proporzionato alla durata della convivenza. Mentre la disciplina codicistica non prevede un termine finale obbligando l'onerato a versare gli alimenti fintantoché perduri lo stato di bisogno o l'ex coniuge non possa provvedere da solo al proprio mantenimento, il comma 65 prevede l'obbligo del giudice di fissare un limite massimo di durata. È bene, però, evidenziare che il giudice nel fissare il limite massimo deve rapportarsi alla durata della convivenza e stabilire un termine finale proporzionale ad essa. Non essendoci, ancora, parametri certi e oggettivi che stabiliscano quando un periodo può dirsi "proporzionale" alla durata della convivenza, il legislatore sembra riservare comunque un limitato potere discrezionale in capo al giudice.

Prima facie tale previsione normativa può sembrare una brusca battuta d'arresto all'introduzione del diritto, che così sarebbe stato da un lato introdotto ma dall'altro limitato ad un periodo di tempo. Probabilmente, però, l'intenzione del legislatore, che nonostante tutto assume la convivenza quale relazione più o meno duratura ma sempre passeggera, è stata quella di riconoscere un diritto patrimoniale più forte e durevole al convivente che abbia vissuto una relazione affettiva di fatto per lungo tempo, limitando alle convivenze più brevi solo una tutela economica minima ed essenziale²³. Stabilendo, peraltro, solo un termine "massimo" si deve dedur-

²⁰ R. Pacia, *Gli alimenti*, in *Fam. pers. succ.*, 2010, 10, pp. 688 e ss.

²¹ M. Paradiso, *op. cit.*, p. 294.

²² Anche con riferimento al riconoscimento dell'assegno divorzile, le SS.UU. con la pronuncia n. 18287 del 2018, dopo aver sottolineato che con la L. n. 76 del 2016 si è posto a fondamento anche delle unioni civili e delle convivenze di fatto "la dignità costituzionale che assume la modalità relazionale nello sviluppo della personalità umana", hanno specificato che il criterio di attribuzione dell'assegno diventa oggi un criterio "composito", che non deve più tenere in considerazione unicamente il tenore di vita.

²³ Un discorso diverso potrebbe essere fatto per il diritto di continuare ad abitare la casa di comune residenza

JUS CIVILE



re che anche nell'ambito delle convivenze *more uxorio* il provvedimento giudiziale che riconosce il diritto agli alimenti sia, come ogni provvedimento in tema di diritti di famiglia, *rebus sic stantibus* e quindi modificabile al ricorrere di mutamenti sopravvenuti delle condizioni (in questo caso economiche) delle parti.

Nel riconoscere al convivente il diritto agli alimenti e quindi, come detto, innovando profondamente la disciplina dei diritti patrimoniali al momento della cessazione della convivenza, il legislatore ha tuttavia posto il convivente, ai fini della determinazione dell'ordine degli obbligati ai sensi dell'art. 433 c.c. soltanto al penultimo gradino della scala degli obbligati, con precedenza ai fratelli e alle sorelle. All'obbligo di prestare gli alimenti sono tenuti, infatti nell'ordine: il coniuge, i figli, i genitori e, in loro mancanza, gli ascendenti prossimi, anche naturali; gli adottanti, il suocero e la suocera ed infine i fratelli e le sorelle germani o unilaterali, con precedenza dei germani sugli unilaterali. Ritenendo che l'*ex* convivente sia obbligato solo prima dei fratelli e delle sorelle, il legislatore del 2016 sembra porre un'altra importante limitazione al diritto appena introdotto, probabilmente dovuta anche alla considerazione per cui al momento della cessazione volontaria di una relazione di fatto gli *ex* conviventi rimangono legati da un vincolo affettivo meno intenso e ancor maggiormente precario rispetto a quello per esempio che lega l'*ex* convivente in stato di bisogno agli ascendenti prossimi o agli adottanti.

3. – Il diritto agli alimenti risulta essere a seguito della novella del 2016 l'unico diritto patrimoniale di fonte legale riconosciuto a favore del convivente debole al momento della cessazione del rapporto²⁴. È stato soppresso, in sede di approvazione del testo definitivo, l'obbligo di mantenimento originariamente previsto dal disegno di legge Cirinnà²⁵. Taluni, all'indomani della riforma, hanno ritenuto tale soppressione opportuna in quanto la previsione legale di un obbligo di mantenimento in capo ad un convivente ed in favore dell'altro avrebbe costituito una limita-

previsto dal c. 42 in quanto sebbene si disponga che in caso di morte del proprietario della casa comune il convivente di fatto superstite ha diritto di continuare ad abitare nella stessa per due anni "o per un periodo pari alla convivenza se superiore a due anni", si pone comunque un limite massimo di cinque anni. La ratio è, evidentemente, quella di limitare un diritto patrimoniale che, venendo a mancare il titolare del bene immobile, graverebbe sulla massa ereditaria.

²⁴ F. Viglione, *I diritti successori dei conviventi. Uno studio di diritto comparato*, Torino, 2017, pp. 171 e ss. il quale ritiene, per quanto riguarda i diritti successori del convivente, che la scelta del legislatore di riservare un ruolo del tutto marginale nell'ambito della successione al convivente, non venendo quest'ultimo in alcun modo preso in considerazione né quale successore legittimo né come legittimario, sia quantomeno anacronistica rispetto anche ad un precedente progetto di legge che già nel 2007 intendeva introdurre la disciplina dei "Diritti e doveri delle persone stabilmente conviventi".

²⁵ Si v. L'art. 15 del d.d.l. n. 2081 in cui si prevedeva al c.1. che "in caso di cessazione della convivenza di fatto, ove ricorrano i presupposti di cui all'articolo 156 del codice civile, il giudice stabilisce il diritto del convivente di ricevere dall'altro convivente quanto necessario per il suo mantenimento per un periodo determinato in proporzione alla durata della convivenza." e al c. 2 che "in caso di cessazione della convivenza di fatto, ove ricorrano i presupposti di cui all'articolo 438, primo comma, del codice civile, il giudice stabilisce il diritto del con-vivente di ricevere dall'altro convivente gli alimenti per un periodo determinato in proporzione alla durata della convivenza".



zione eccessiva della libertà posta alla base di un vincolo di fatto²⁶. Cosicché si è ritenuto che, sebbene sia stata meritevole l'operazione legislativa di ampliare gli effetti della solidarietà economica *post-* coniugale anche nell'ambito delle relazioni di fatto, prevedere anche l'obbligo di mantenimento avrebbe ristretto la libertà personale dei conviventi tanto da snaturare la stessa relazione di fatto²⁷.

La libertà di scelta dei soggetti che pongono in essere un vincolo di fatto si esplica quindi non solo al momento costitutivo ma soprattutto al momento della cessazione della relazione. Ne deriva che l'imposizione di uno stringente e gravoso dovere patrimoniale come quello costituito dall'obbligo di mantenere l'*ex* convivente, avrebbe potuto riverberarsi ed influenzare anche la scelta stessa di porre fine alla relazione.

La legge, in altri termini, assume che qualora si tratti di due soggetti che avrebbero potuto scegliere di contrarre matrimonio ma che ai vincoli coniugali si siano sottratti e che pongono fine alla loro relazione affettiva, il giusto compromesso sia riconoscere solo all'*ex* convivente che si trovi in situazioni di necessità economica una tutela minima per provvedere alle esigenze primarie di vita²⁸.

La riforma del 2016 risulta in conclusione essere, probabilmente come tutte quelle del diritto di famiglia, un insieme di compromessi i cui effetti positivi o negativi potranno approfondirsi solo nel lungo termine. Forse perché rappresenta la prima espressa regolamentazione normativa delle unioni di fatto (e delle unioni *same-sex*) o forse perché va a disciplinare situazioni familiari "particolari" che per loro natura sono state e sono oggetto di discussione e di opinioni spesso notevolmente contrapposte, la legge n. 76 preferisce regolare gli elementi primari e strutturali delle relazioni di fatto lasciando, ancora una volta, all'autonomia delle parti l'individuazione degli strumenti di tutela concretamente più idonei.

3.1. Segue. – In virtù dell'oggettiva impossibilità di riconoscere al convivente economicamente debole forme di mantenimento o sostegno economico a carico dell'altro, è da ritenersi che solo l'autonomia negoziale ed in particolare i patti in vista della dissoluzione della convivenza, possono rappresentare lo strumento più efficace per regolare l'eventuale assunzione di obblighi di carattere economico per il tempo successivo al venir meno della relazione di fatto.

²⁶ Si v. L. Lenti, *Convivenze di fatto. Gli effetti: diritti e doveri*, in *Fam. dir.*, 2016, 10, pp. 931 e ss., dove si afferma che la previsione degli alimenti, invece, sarebbe un ragionevole compromesso tra due estremi: da una parte la libertà di autodeterminare le proprie relazioni intime, che potrebbe ammettere anche la scelta comune dell'irresponsabilità economica di principio nei confronti dell'altro convivente; dall'altra parte il dovere di solidarietà umana davanti allo stato di bisogno di una persona con la quale si è percorso un tratto significativo della vita.

²⁷ F.S. Mattucci, *op. cit.*, p. 719.

²⁸ È di contrario avviso F. Macario, *Nuove norme sui contratti di convivenza: una disciplina parziale e deludente*, in *giustiziacivile.com* 23.06.2016, il quale ritiene che se l'idea di fondo del contratto di convivenza fosse quello di lasciare ampio spazio all'autonomia delle parti per regolare i loro rapporti, non può non lasciare perplessi l'introduzione di un regime patrimoniale "minimo", o meglio una tutela minima sul piano economico, a vantaggio del convivente che risulterà maggiormente svantaggiato dalla cessazione della convivenza.

JUS CIVILE



Già prima della legge n. 76 del 2016 era ammessa la possibilità da parte dei conviventi di disciplinare le conseguenze derivanti dalla cessazione della convivenza, sempre che gli atti negoziali (o talune clausole in essi contenute come ad esempio le c.d. clausole penali) non svolgessero unicamente una funzione di “coazione indiretta” e non avessero quale unico scopo quello di sanzionare il recesso di un convivente dalla relazione di fatto. La regolamentazione pattizia dei rapporti economici, dando prova della serietà dell’impegno assunto e prevenendo situazioni conflittuali al momento della cessazione del rapporto, era ritenuta pienamente valida²⁹. Il patto tra conviventi era un contratto atipico ma lo si riteneva diretto a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l’ordinamento e quindi valido *ex art. 1322 c. 2.*

Oggi, con la riforma del 2016 il legislatore ha previsto il contratto di convivenza, senza però occuparsi espressamente della regolamentazione convenzionale delle conseguenze della cessazione della convivenza. Ci si deve allora domandare se le parti con il contratto di convivenza previsto dall’art. 1 c. 50 della l. n. 76 possano disciplinare aspetti anche non espressamente previsti dal contenuto tipico individuato dal c. 53 ed in particolare se possano prevedere per via pattizia una forma di mantenimento del convivente al momento della cessazione del vincolo di fatto.

La circostanza che il legislatore al momento dell’approvazione del testo definitivo abbia eliminato la previsione di un assegno di mantenimento a favore del convivente con minori capacità economiche potrebbe indurre a ritenere che una disposizione di tal genere non possa essere prevista neanche pattiziamente. Il comma 56, secondo cui il contratto di convivenza non possa essere sottoposto né a termine né a condizione, potrebbe costituire, allora, un serio ostacolo alla possibilità di convenire qualsiasi tipo di erogazioni patrimoniali al ricorrere di un evento futuro ed incerto come la cessazione del rapporto affettivo³⁰. Tuttavia, il richiamo ai principi generali in tema di libertà contrattuale e di autodeterminazione dei privati deve indurre a riconoscere la possibilità dei conviventi di pattuire espressamente nel contratto di convivenza e a prescindere dal contenuto previsto dal comma 53 l’obbligo per il convivente economicamente più forte di contribuire al mantenimento dell’*ex* convivente, anche qualora questo non versi in stato di bisogno³¹. I conviventi invero ben potrebbero avere interesse a regolamentare in modo più dettaglia-

²⁹ R. Mazzariol, *op. cit.*, pp. 118 e ss.

³⁰ Cfr. T. Auletta, *Disciplina delle unioni non fondate sul matrimonio: evoluzione o morte della famiglia? (l. 20 maggio 2016, n. 76)*, in *Nuove leg. civ. comm.*, 2016, 3, p. 397, il quale però afferma che “non si comprende la ragione per la quale non dovrebbe essere meritevole di tutela, ad esempio, un contratto con il quale si assicura al convivente, dopo la rottura dell’unione, un diritto al mantenimento per un periodo determinato o subordinatamente al fatto che la crisi non sia riconducibile al suo comportamento”.

³¹ Si v. G. Rizzi, *La convivenza di fatto ed il contratto di convivenza*, in *Not.*, 2017, 1, pp. 11 e ss., il quale ritiene che i *partners* ben potrebbero convenire l’obbligo di corrispondere, all’*ex* convivente che non disponga di un reddito autonomo, un contributo periodico in quanto gli accordi relativi alla fase della cessazione del rapporto non integrano quelle condizioni vietate dal c. 56 il cui scopo è evitare di far dipendere gli effetti del contratto di convivenza da eventi estranei al rapporto. Ritenere applicabile il c. 56 alle pattuizioni volte a disciplinare la fase (naturale) della cessazione della convivenza svuoterebbe tali atti del loro contenuto essenziale.

JUS CIVILE



to e preciso la fase della cessazione della convivenza andando oltre la previsione di cui al comma 65. Potrebbero dunque in astratto prevedere un obbligo di mantenimento in capo al convivente economicamente più forte, anche solo per un periodo determinato in proporzione alla durata della convivenza, o potrebbero disciplinare convenzionalmente le modalità con cui versare gli alimenti dovuti al convivente in stato di bisogno. È bene però precisare che le previsioni di fonte convenzionale che possono regolare il *quantum* o il *quomodo* delle attribuzioni patrimoniali tra i conviventi al momento della cessazione del rapporto non possono mai spingersi fino al punto di negare il diritto agli alimenti. Si deve quindi presumere che le parti possano liberamente e in via convenzionale prevedere le sole modalità con cui versare gli alimenti³² ma non possono derogare ad una tutela che garantisce i diritti fondamentali della persona quale è quella introdotta con il comma 65.

³² Sulle modalità di somministrazione, R. Pacia, *op. cit.*, ritiene che sebbene la maggior parte degli interpreti qualificano l'obbligazione alimentare come un'obbligazione alternativa, l'allontanamento dallo schema dell'art. 1285 c.c. rende preferibile l'opinione secondo cui si tratta di un'obbligazione semplice con modalità alternative. A titolo di esempio si potrebbe adempiere all'obbligazione alimentare con l'attribuzione gratuita del godimento di un alloggio, con la fornitura periodica di beni in natura, con l'esenzione dal pagamento del canone di un immobile locato ma di proprietà dell'obbligato o ancora col pagamento diretto al terzo che presti assistenza al bisognoso.



LO STATO UNICO DI GENITORE

SOMMARIO: 1. I presupposti di sistema. – 2. Lo stato familiare di genitore. – 3. Lo status unico di figlio. – 4. Alla ricerca dello status di genitore. – 5. La responsabilità genitoriale come status di genesi. – 6. Lo stato unico di genitore come speranza di futuro.

1. – Primo onere (oltre il grazie per l'onore di essere oggi presente in questa sede ed in questa occasione) è quello di giustificare il titolo di questo mio intervento, che ho scelto, ma che, nelle intenzioni, finiva con un punto interrogativo... che si è perso.

Ho considerato il fatto come un segno e uno stimolo per orientare in senso stringente il breve percorso di ricerca che vi propongo, non usuale (non si parla comunemente in ambiente giuridico civilistico di “stato unico di genitore”, né si usa la locuzione) eppure, mi sembra, un titolo coerente con le coordinate generali del convegno (*rapporti di coppia e ruolo genitoriale nel sistema del diritto di famiglia dopo la stagione delle riforme*) e possibile sintesi dei piani tra *genitorialità formale e genitorialità sociale* anche nella prospettiva dell'interesse del minore (titolo della sessione dei lavori in cui sono chiamato a parlare).

I concetti di filiazione e di genitorialità sono cambiati, così come è cambiato il concetto di famiglia; e se continua ad esserci come confine di sistema di settore, l'indissolubilità della famiglia vista dalla parte del figlio (Figli si resta per tutta la vita¹), certamente l'ambiente complessivo confinato è cambiato e, probabilmente, – questa è la mia opinione – in gran parte per inquinamento da mancato smaltimento di entropia assiologica proveniente dall'esterno: ma questa è un'altra dimensione, a livello più alto di teoria generale, che richiederebbe una attenta preliminare ricostruzione storica, non possibile in questa sede; eppure tutt'altro che priva di rilevanza anche al fine di definire l'attuale concetto di genitorialità.

Ricordo solo, perché può essere funzionale e può essere assunto prescindendo dalla storia, che l'art. 30 della nostra Cost., rispetto ai genitori parla anche di doveri (non solo di diritti); anzi, menziona prima i doveri dei diritti ... per cui, per sistema, ad es. non dovrebbe dubitarsi della *extrema ratio* dell'istituto dell'adozione, dovrebbero prevedersi reali istituti sanzionatori per i genitori inadempienti ai doveri (o correttivi reali, anche in sussidiarietà verticale, nei confronti della stessa P.A. che non interviene per mettere in condizioni economiche-sociali idonee i genitori) e cui fa da *pendant* quell'art.7 comma 1 della Convenzione dei diritti dell'infanzia del

¹ Di ciò ho parlato proprio qui a Catania in un'altra occasione: *Dall'indissolubilità del matrimonio all'indissolubilità della famiglia: un ritorno all'essenza dei fenomeni*, in T. AULETTA (a cura di), *Bilanci e prospettive del diritto di famiglia a trent'anni dalla Riforma*, Milano 2007, 255 ss.

JUS CIVILE



20.11.1989 che stabilisce il diritto per il minore, se vuole, di conoscere i suoi veri genitori “nella misura del possibile”². E tutto questo spesso viene dimenticato in nome di bilanciamenti di valori che appartengono ad altre orbite del complesso universo giuridico post-moderno, orbite di valori che non dovrebbero interferire con altre orbite, visto il pericolo di implosione in buco nero di intere dimensioni assiologiche³.

2. – In un recentissimo manuale sul diritto di famiglia⁴ si legge: “*Filiazione è il rapporto che si instaura tra due soggetti, uno dei quali dicesi genitore e l’altro figlio*”.

La costituzione del rapporto può dipendere da tanti fattori, come evidenziato in una delle relazioni che mi ha preceduto (quella del prof. Lenti, alla quale rinvio). Di certo, le posizioni di figlio e di genitori costituiscono ancora comunque “altrettanti stati familiari, caratterizzanti la persona”, come si legge ancora nel manuale citato⁵.

Proprio a conferma (e in coerenza), nei documenti normativi vigenti per il figlio è prevista la prova di esso attraverso il “possesso di stato”, con specifici fatti costitutivi (art.327 c.c.) e comunque – come chiusura– l’utilizzo di ogni mezzo di prova, se manca l’atto di nascita e il possesso di stato (art. 241 c.c.).

Non è previsto invece, almeno con declamazione di definizione formale, il “possesso di stato” di genitore; ma forse tra le pieghe del sistema giuridico complessivo si può delineare, visto che, nel c.d. diritto vivente, la giurisprudenza ha ormai considerato molto rilevante assicurare la conservazione di un rapporto del minore con la persona che di fatto ha svolto funzioni genitoriali⁶, con rilevanza del mero affidamento del minore, fatto già rilevante come fattispecie in altri ordinamenti per l’esistenza di documenti formali⁷, con apertura verso la c.d. *open adoption* del modello nord-americano⁸. Del resto, lo stesso sembra asserire in definitiva, la nostra Corte

² L’art. 7 recita: “1. Il fanciullo è registrato immediatamente al momento della sua nascita e da allora ha diritto a un nome, ad acquisire una cittadinanza e, nella misura del possibile, a conoscere i suoi genitori e a essere allevato da essi”. La Convenzione, strumento di *hard law*, è stata ratificata dall’Italia il 27 maggio 1991 con la legge n. 176. Ad oggi aderiscono alla Convenzione 194 Stati ed in essa è anche sancito il principio del superiore interesse del bambino (art. 3), il suo diritto alla vita, sopravvivenza e sviluppo (art. 6), l’ascolto delle sue opinioni (art. 12).

³ Problematica che si manifesta all’evidenza (più o meno consapevole) di parte della dottrina: in luogo di molti cfr. E. GIACOBBE, *Adozione ed affidamento familiare*, in *Dir. fam. pers.*, 2016, 237 ss. ; U. SALANITRO, *I requisiti soggettivi per la procreazione assistita, limiti ai diritti fondamentali e ruolo dell’interprete*, in *NGCC* 2016, 1360 ss. ; C. BENANTI, *L’adozione piena del figlio del partner dello stesso sesso, pronunciata all’estero, è efficace in Italia nel superiore interesse del minore*, in *NGCC* 2016, 731 ss. ; G. SALVI, *Percorsi giurisprudenziali in tema di omogenitorialità*, Napoli 2018; ed *ivi* ulteriore indicazione bibliografica.

⁴ T. AULETTA, *Diritto di famiglia*, Torino 2018, 4^a ed., 317 (corsivo originale).

⁵ T. AULETTA, *op. cit.*, 327.

⁶ Basti ricordare CEDU 16. 7., 2015 n. 39438/13, su cui A. CORDIANO, *Affidamento e adozione alla luce della legge sul diritto alla continuità affettiva*, in *NGCC*, 2017, 255 ss.

⁷ Ad es. in Spagna, con l’art. 173bis del *codigo civil*, modificato nel 2015.

⁸ Su cui E. QUADRI, *Verso una riforma dell’Adozione?*, Editoriale in *Giust. civ. (com)*, 2016, n. 10.

JUS CIVILE



Cost.⁹ con il rinviare ai “provvedimenti convenienti” ex art. 333 c.c. per mantenere in vita i “rapporti significativi” pregressi del minore, anche oltre l’adozione mite e la adozione aperta¹⁰, e prescindendo dalla *step adoption* delle coppie *same sex*, utilizzando le possibilità del comma 20 della L. n. 76/2016, con la sua formula criptica (“Resta fermo quanto previsto e consentito in materia di adozione dalle norme vigenti”) degna di un connubio a distanza inter-temporale tra il Cardinale Richelieu e Ponzio Pilato, cui può anche aggiungersi il principio di diritto desumibile da Corte Cost. n. 272/2017¹¹, sulla relazione tra verità e conservazione di *status* del figlio (ma su cui altri hanno parlato e parleranno).

Attraverso *tunnel* spazio-temporali è così possibile bypassare tutto il problema giuridico sia del genitore che del parente sociale, con rilevanza anche del terzo o quarto compagno/companna, sostituibile dal quinto nelle c.d. famiglie ricomposte con la co-genitorialità di fatto sempre mobile che rende obsoleta, come già da altri osservato, per consunzione i termini di matrigna e patrigno di cui i protagonisti delle favole dei miei anni da bambino volevano disfarsi (*rectius*, liberarsi) ... reciprocamente. Questa visione ampia, è indagata con attenzione dalla giovane dottrina recente¹² ed a essa rinvio.

Di certo, uno stato unico di genitore sembra opportuno per garantire realmente lo stato unico di figlio¹³, ma appare arduo (ri)costruirlo tra i frantumi di famiglia e l’interesse preminente del minore, quale formula del puramente dichiarato come post-valore (su cui non ho cambiato idea, nonostante gli anni trascorsi¹⁴). Ma (lo stato unico di genitore) occorre indagare per teorizzarlo, partendo proprio dal concetto di *status*.

La struttura completa per uno *status* quale situazione giuridica di sintesi dei rapporti giuridici (personali e patrimoniali) riconosciuti come membro di una realtà sociale ma con specifica tutela collegata ad un particolare interesse del soggetto a rilevanza (+/-) pubblica¹⁵, è rappresentata da forma + fatti, ma possono esserci anche solo forma o solo fatti come genesi; poi, però, nella dinamica reale della dimensione giuridica¹⁶, anche tra azioni, presunzioni e decadenze, si deve ricomporre

⁹ Corte Cost. n. 225/2016, in *Guida Dir.*, 2016, n. 45, 67 ss.

¹⁰ L. LENTI, *Introduzione. Vicende storiche e modelli di legislazione in materia adottiva*, in G. Collura, P. Zatti, L. Lenti, M. Mantovani, *Filiazione*, in *Tratt. dir. fam. II* a cura di P. Zatti, Milano 2012, 767 ss.

¹¹ *Guida Dir.*, 2018, 5, 66 ss. con commento di A. Parracciolo.

¹² Cfr. ad es. M. CINQUE, *Quale statuto per il genitore sociale?*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, 1475 ss. e C. FAVILLI, *Libertà e solidarietà nelle vicende della ricostituzione familiare*, in *NLCC* 2017, 1275 ss. che richiama anche i principi europei di diritto di famiglia PEFL.

¹³ V. A. GORASSINI, *Un nuovo fonema giuridico: figlio*, in *Eur. dir. priv* 2018, 385 ss.

¹⁴ A. GORASSINI, *Allontanamento volontario del minore*, Napoli 1994, 95 ss.

¹⁵ Sintesi di definizione di *status* che sembra capace di conciliare le differenti posizioni dogmatiche, su cui v. L. LENTI, *Status*, in *Digesto disc. priv.*, Sez. civile, XIX, Torino 1999, 29-30 ss. ; A. CORASANITI, *Stato delle persone*, in *Enc. dir. XLIII*, Milano 1990, 948 ss., P. RESCIGNO, *Situazione e status nell’esperienza del diritto*, in *Riv. dir. civ.* 1973, I, 209 ss. ; A. CICU, *Azioni di Stato*, in *Enc. dir.*, cit., IV, Milano 1959, 937 ss., A. FALZEA, *La separazione personale*, Milano 1943, 1 ss.

¹⁶ A. FALZEA, *Sistema normativo e analitica della norma*, in *ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica*

JUS CIVILE



il binomio degli elementi strutturali, con quantità +/- grandi di forme e/o fatti; ma sempre entrambi, in uno sfondo di doverosità sociale almeno nel territorio della Famiglia, che parte dall'art. 30 Cost. ma si congiunge con l'assioma di ordine pubblico legato alla conoscenza, conoscibilità ed identificazione dei Soggetti persone fisiche nell'ordinamento, imprescindibile per uno Stato di Diritto.

3. – Alla ricerca dello *status* unico di genitore, controverso, occorre partire dallo *status* unico di figlio, dichiarato.

L'art.315 c.c., rubricato Stato giuridico della filiazione, afferma: “Tutti i figli hanno lo stesso stato giuridico”; e ciò potrebbe portare rispetto al figlio alla consunzione del vecchio concetto di *status*: si posiziona diversamente, quasi come qualità generale del soggetto¹⁷.

Di certo, lo stato unico di figlio, si estende anche ai rapporti significativi con i parenti (art. 315 *bis*, comma 2) e le due direttive di normatività che si intravedono, come confini topologici dell'istituto, sono

a. da un lato, il sintagma *preminente interesse del minore* (qualunque cosa sia o significhi – tra le tante possibili)¹⁸;

b. dall'altro, la formula della *responsabilità genitoriale*, che non riguarda però solo i figli minori e, rispetto a questi, non riguarda solo il genitore in sé ma anche i parenti, gli affidatari e gli adottandi in casi particolari (*ex art. 48 Legge Adozione*¹⁹): ciò, soprattutto, visto che le comunità e i tutori hanno solo la cura del minore (art. 3 Legge Adozione e art. 357 c.c.) e la loro responsabilità ha altra portata (v. ad es. l'art. 382 c.c., il quale peraltro – forza dell'ironia– richiama la diligenza del buon padre di famiglia)²⁰.

Dunque, partendo dalla posizione del figlio, nella dimensione della dissoluzione della potestà genitoriale ma nella perdurante responsabilità senza limiti di tempo²¹, analizziamo i suoi doveri di figlio per cercare di intravedere un possibile profilo di *status* di genitore (con la presenza di un qualche potere oltre il dovere), privilegiando quelli perduranti comunque oltre la minore età (e dunque in qualche modo simmetrici rispetto al rilevato dovere di responsabilità perdurante del genitore).

giuridica, I, *Teoria generale del diritto*, Milano 1999, 5 ss. e ID., *Efficacia giuridica*, ivi, II, *Dogmatica giuridica*, spec. 115 ss.

¹⁷ A. GORASSINI, *Un nuovo*, cit., 386

¹⁸ Anche nella variabilità soggettiva di chi debba o possa decidere in luogo del minore comunque non pienamente capace (*Allontanamento*, loc. cit). V. in generale L. LENTI, *Diritto di famiglia e servizi sociali*, Torino 2016, 307 ss.

¹⁹ Anche se in questo art. si parla solo di coniuge, per cui il senso del suo portato normativo potrebbe essere diverso, ma solo in una diversa sistematica complessiva, dalla quale in questa sede si prescinde totalmente: v. T. AU-LETTA, *op. cit.*, 398 s.

²⁰ Che la posizione del minore sia diversa se si è in presenza di un genitore o di un tutore è reso evidente anche dal fatto che il minore ha rispetto al tutore il dovere di obbedienza (art. 358 c.c.) che non ha più verso il genitore responsabile.

²¹ E. AL MUREDEN, *Dalla potestà alla responsabilità genitoriale*, in *Giur. it.*, 2013, 1267 s.

JUS CIVILE



Quali sono? Rispettare i genitori (sempre); contribuire al mantenimento (della famiglia, ma comunque dei genitori) finché convive; dopo permane l'obbligo del n.2 dell'art.433 c.c. come obbligazione agli alimenti e la chiamata alla successione anche dei genitori naturali (v. artt. 536 e 568 c.c., dunque n.q.).

Non si vuole, in questa sede, prendere posizione sulla reale o meno sostituzione linguistica del termine *potestà* con la formula “*responsabilità genitoriale*”²²: ho espresso altrove la mia opinione²³. In questa sede voglio andare oltre e dire altro.

Maternità e paternità sembrano perdere ogni potenza di qualificazione giuridica propria, rilevando come fatti solo nella dimensione delle prove della filiazione. Così come la qualità di coniuge: secondo l'art. 148 c.c. i coniugi debbono adempiere l'obbligo dell'art.147c.c. rispetto ai figli secondo le modalità dell'art. 316 *bis* c.c. Ma ciò riguarda tutti *i genitori*, anche quelli che non sono coniugi e che non sono, per i fatti procreativi, padre e madre genetici.

Si sono perse le caratteristiche di qualificazione tipizzate nella vecchia struttura familiare (coinvolgendo – tramite la rinnovazione della parentela²⁴– anche i doveri degli ascendenti prossimi a fornire ai genitori i mezzi necessari, che sembrano ampliare la platea e amplificare concetto e durata della topologica della responsabilità genitoriale).

Nella vecchia strutturazione, tutto (anche maternità e paternità) ruotava sui doveri matrimoniali che si estendevano, rispetto al fatto della filiazione coniugale, anche a fattispecie diverse ma aventi *eadem ratio*²⁵; la genitorialità era uno *status* legato ad altri *status* (con doveri e diritti declinati anche nell'art. 30 Cost., e culminanti nella rappresentanza legale *ex lege* e nei doveri del figlio sempre espressi nell'art. 315 c.c. (anche dopo la riforma del 1975)²⁶.

4. – Sparita la potestà, lo *status* di genitore finisce nella nebbia.

Si inverte il *trend*: prima la famiglia matrimoniale condizionava la filiazione. Poi: si frantuma la famiglia, il figlio assume uno *status* unico e frantuma lo *status* di genitore, travolgendo

²² Con qualche problema (ma non insuperabile) comunque da risolvere, nella coerenza sistemica per la differenziazione rispetto agli artt. 463 3-bis) e 448bis (decadenza per fatti che non integrano indegnità).

²³ A. GORASSINI, sub art. 186, I. 2 *La responsabilità genitoriale come contenuto della potestà*, in M. Bianca (a cura di), *Commento al decreto attuativo*, Milano 2014, 91 ss.

²⁴ Su cui per il senso originario e la sua evoluzione prima dell'ultima riforma non posso non rinviare a S. CICCARELLO, *Parentela (dir. civ.)*, in *Enc. dir.* XXXI, Milano 1981, 654 ss. e M.L. CHIARELLA, *La parentela naturale: dal crinale sociale alla (ir)rilevanza costituzionale*, in Sesta Cuffaro (a cura di), *Persona, famiglia e successioni nella giurisprudenza costituzionale*, in *Cinquanta anni della Corte costituzionale della Repubblica italiana*, Napoli 2006, 907 ss.

²⁵ E valeva dalla presunzione di paternità e maternità, al riconoscimento, alla dichiarazione giudiziale, ecc. con il punto di contenimento alla deriva analogica nell'art. 279 c.c.: quando non era possibile la dichiarazione giudiziale (per incesto) rimaneva però la responsabilità (eccola apparire sulla scena) per mantenimento ed educazione (art. 279 c.c.).

²⁶ L'originario art. 315 c.c.recitava: “Il figlio, di qualunque età sia, deve onorare e rispettare i genitori”.

JUS CIVILE



paternità e maternità. Svanisce la nettezza della struttura dell'ufficio privato e si rende evanescente la percezione anche dell'onere legato al diritto²⁷.

La responsabilità giuridica quale conseguenza della violazione degli obblighi *ex lege* collegati allo *status* perde il suo fondamento: diventa “*responsabilità genitoriale*”, che sembra tutt'altra cosa dalla vera responsabilità e può dipendere da una molteplicità di fatti.

La responsabilità genitoriale non sembra più trovare il suo fondamento tipico nel territorio della responsabilità civile, sia essa contrattuale che da illecito (che per entrambe sorge sempre dalla radice della libertà condizionata dalla autoresponsabilità e dall'ordine strutturante delle sfere giuridiche soggettive²⁸), anche se un recente studio – attraverso una interessante ricerca storica sulla realtà delle autorità private²⁹ – ha cercato di costruire la posizione anche attuale del genitore come soggetto debitore tenuto all'adempimento delle prestazioni nei confronti del figlio, creditore *ex lege*³⁰.

Non mi sembra che la “*responsabilità genitoriale*” possa posizionarsi con facilità nel territorio della responsabilità civile (anche se *ex lege*): è difficile pensare ad una vera responsabilità, contrattuale o extracontrattuale, “esercitata in comune accordo”(così art. 316 c.c.).

Il fondamento della responsabilità genitoriale (anche se non distante dall'inadempimento degli obblighi *ex lege*) mi sembra altro: si fonda sul *re-spondere* alle richieste ed esigenze del figlio che chiede di un qualcuno chiamato, e/o divenuto attraverso il diritto, genitore.

“*Cogitatum, ergo sum filius*” e il *cogitans* non sempre è tale per obbligo di legge, ma per un obbligo scaturente dalla solidarietà attivatasi per uno *status* sociale. Il *re-spondere*, come ho cercato di evidenziare altrove³¹, rende forte l'effetto Figlio come e più che nella non ripetibilità delle obbligazioni naturali (da cui in genesi sembra si origini), ma anche con portata d'effetto più forte (della natura) delle liberalità che si assumono nei fatti accettate: il figlio è dono, con o senza accettazione espressa ma per fatti concludenti, si risponde “per dono” e la responsabilità deriva dalla solidarietà e la sussidiarietà diventa obbligazione sociale ineludibile, forse prima ancora che giuridica³².

Cosa sta succedendo? Cosa voglio dire?

Credo nella presenza di invarianti nel Diritto, come strutture necessitate in cui si manifesta il

²⁷ T. AULETTA, *op. cit.*, 365 s.

²⁸ Tornando a S. PUGLIATTI, *Autoresponsabilità*, in *Enc. dir.* IV, Milano 1959, 452 ss.

²⁹ Ove il riferimento non può che essere a C. M. BIANCA, *Le autorità private*, Napoli 1977 e che nei presupposti non è estraneo al discorso che si cercherà di sviluppare.

³⁰ M. RIZZUTI, *Che cosa rimane delle potestà familiari*, in *I poteri privati e il diritto alla regolazione*, Flore 2018, 191 ss.

³¹ V. *La famiglia all'imperfetto?*, *cit.*

³² La complessa realtà che ho cercato di descrivere semplificando attraverso un grafico in A. GORASSINI, *Alla ricerca di una allocazione delle c. d. liberalità non donative*, in E. del Prato (a cura di), *Studi in onore di A. Cataudella*, vol. II, Napoli 2013, 1121 ss. grafico nt. 21.

JUS CIVILE



fenomeno giuridico³³; e queste componenti nel tempo possono avere un andamento *fuzzy* (+/-), ma non possono mai azzerarsi. L'impressione è che in questo settore si stia tornando verso il punto di genesi, per un nuovo cominciamento, per una nuova evoluzione stocastica dei fenomeni, visibile ma non prevedibile negli esiti finali (piccole variazioni iniziali possono portare a grandi deviazioni finali), anche se ormai, ritengo, inevitabile.

In genesi, il primo assoluto fondamento della genitorialità che il diritto non ha potuto mai ignorare è rappresentato dalle solidarietà biologica, sulla quale si è costruita quella sociale e quella giuridica: e l'etologia e l'antropologia individuano con sufficiente nettezza il percorso maturato, tra genetica ed epigenetica³⁴.

Stiamo tornando per decostruzione giuridico/sociale in genesi, posizionandoci di poco distante da quel primo punto, ma, per l'evoluzione culturale maturata e non cancellata dalla storia, ad una minima distanza da quel confine ultimo, quanto basta per ipotizzare l'effetto di Lorenz (il famoso effetto delle ali della farfalla che porta all'andamento stocastico)³⁵.

Anche perché in questo terreno di genesi si evidenzia un cambio di rilevanza del sostrato di evoluzione assiologica giuridico/sociale, che possiamo percepire come presenza, anche se in modo solo approssimativo; e che possiamo semplificativamente indicare come segue.

a. Da un lato, con l'emergere come possibile valore del c.d. diritto a non nascere se non sanno³⁶ e l'apparire della rilevanza giuridica del legame genetico/sociale di due o più madri o padri³⁷;

b. Dall'altro, con la deriva della possibilità di creare, con la tecnica, spermatozoi e ovuli da semplici cellule cutanee riprogrammate³⁸ che, aprendo scenari sociali di prevalenza per intervento culturale della mitosi sulla meiosi rispetto ai principi della evoluzione darwiniana, non si sa dove possano portare³⁹ (e che è meglio non pensare, almeno in questa sede).

³³ A. GORASSINI, *Lezioni di biodiritto*, Torino 2007.

³⁴ *Relazione Introduttiva*, in *I modelli familiari tra diritti e servizi*, a cura di M. Gorgoni, Napoli 2005, 1 ss.

³⁵ E. N. LORENZ, *Deterministic Nonperiod Flow*, in *Journal of the atmospheric sciences*, vol., 20, 1963, 130 ss. e I. PRIGOGINE, *La fine delle certezze*, Torino 1996, 31 ss.

³⁶ Ancora formalmente negato (Cass., S.U., n. 25767/2015), ma sempre più in bilico d'emersione e proiettato verso una responsabilità civile della madre a far nascere un bimbo malato (alla *Perruche*)— con la ricerca assunta come obiettivo sociale in molti Stati di portare a zero la nascita di bimbi down (considerata socialmente un vanto) o la stessa ultima decisione della Corte di rinviare la decisione sul caso del dj Fabo, che sembra preludere ad un diritto a morire se non si può vivere sani.

³⁷ Ma anche di uno o più padri/madri con legame dovuto al consenso nel progetto (pseudo)familiare con o senza partecipazione genetica sua o del partner. V. M. RIZZUTI, *Pater semper certus, mater numquam? Dalla crisi delle certezze naturali allo scenario della agenitorialità*, in *Maternità, Filiazione, Genitorialità* a cura di S. Niccolai, E. Olivito, Napoli 2017, 161 ss.

³⁸ V. K. WEINTRAUB, *Gli strumenti della procreazione*, in *Le scienze* maggio 2018, 48 ss. Tecniche sperimentate sui topi (*Figli di papà: i primi topi con genitori unisex*, in <http://www.lescienze.it/news/2018/10/15/>), ma vi è notizia (*Cellule riproduttive umane ottenute in provetta*, in <http://www.lescienze.it/news/2018/09/21/>) anche di cellule staminali umane pluripotenti indotte ottenute in provetta.

³⁹ E se, con onestà, molti scienziati del settore ancora oggi dicono che il mistero dell'ovocita fecondato e la sua

JUS CIVILE



La nostra domanda è: rispetto al genitore, la decostruzione ha distrutto tutto o, fermatasi prima del confine ultimo di genesi, si tratta ancora oggi di *status* destinato a permanere come struttura ed evolversi?

5. – La responsabilità genitoriale, posizionata come *re-spondere* ad una richiesta del figlio, comprende in genesi come suo contenuto proprio, la scelta da parte del genitore chiamato, di quale sia l'educazione e/o l'istruzione da dare al figlio; scelta dovuta alla sua autorità innata per posizione nei fatti di vita. Il genitore, chiunque sia in fatto, non potendo il nato sopravvivere da solo⁴⁰, deve avere una qualche forma di autorità, anche se minimale (basti pensare financo a quella inevitabile di scegliere il cibo).

Si trova, tornando vicino al punto di genesi, proprio il meccanismo strutturale primordiale della autorità collegata ai rapporti familiari, rapporti nei quali, per necessità, almeno 1 dei genitori deve essere x un altro, il figlio, e che rende il fenomeno d'insieme familiare, un fenomeno unico.

Ogni tanto, in sede didattica, gioco con gli studenti, osservando che per far emergere il concetto originario di famiglia come comunità differente da tutte le altre si deve essere 1x1 (non 1+1), ed è per questo che la famiglia rappresenta sempre e solo una unità (fintanto che è famiglia, allargata o nucleare che sia): $1 \times 1 = 1$; ma anche $1 \times 1 \times 1 \times 1 \dots \times 1 = 1$ e sempre 1; ma se nei fatti diventa 0 anche un solo 1, o questo fuoriesce dalla famiglia o tutto diventa 0 ($1 \times 0 = 0$). Meccanismo rappresentativo semplice e banale⁴¹, ma efficace anche per giustificare il possibile valore assoluto della c.d. unità familiare, di cui fortunatamente ancora la nostra Costituzione ci ricorda all'art. 29 la sua esistenza e la sua portata capace di bloccare i diritti dei singoli.

Nella vera famiglia di genesi, vista dalla prospettiva del figlio, il genitore è x il figlio e nell'unità funzionale, alla fine il genitore e il figlio si identificano, rendendo autorità e debolezza un insieme unico; il *re-spondere* del genitore è tra libertà e necessità, ma sempre "X" ed è per questo che la responsabilità può coesistere con la potestà, ancora oggi pur non dichiarata⁴², se il potere è un potere funzionale, se è sempre x il figlio, anche oltre la mera potestà di fatto nelle vicende giuridiche⁴³.

E questa osservazione potrebbe anche valere per identificare, a questa distanza dalla famiglia

maturazione ad organismo completo è vero mistero, si è iniziata l'osservazione specifica dei tempi di maturazione dello zigote almeno per il pesce zebra o la rana *xenopus tropicalis* (M. SEMIGLIA, *Ovocita, cellula dopo cellula*, in *Le Scienze* 2018, 24), per cui ...

⁴⁰ Almeno l'appartenente alla specie umana: per necessità compatibile con la struttura ossea della donna il tempo della gestazione in utero è incompleto per l'autosufficienza del nuovo soggetto.

⁴¹ Per chi volesse rintracciare percorsi più profondi e filosoficamente più corretti dell'essere per come differente dall'essere con, cfr. E. SEQUERI, *La cruna dell'ego. Uscire dal monoteismo del sé*, Milano 2017.

⁴² Come sostenuto in altra sede: sub art. 186, *op. cit.*, 94 s.

⁴³ Di cui altri hanno recentemente parlato: M. RIZZUTI, *Che cosa*, cit., 208 ss.

JUS CIVILE



antropomorfa di genesi⁴⁴, la evoluzione che c'è stata come famiglia nella dimensione socio/giuridica sino alla frantumazione di oggi, ove il per si è trasformato, nel sovrapporsi di realtà assiologiche considerate più rilevanti, in più. Ma il + è carattere qualificante tendenzialmente le formazioni sociali meno solidali della famiglia e spostate verso la realizzazione egoitaria dei suoi membri componenti, ciascuno dei quali pensa ed opera tendenzialmente per realizzare se stesso e non per l'altro⁴⁵; ma è un discorso altro, che non si può fare in questa sede⁴⁶.

Dalla prospettiva assunta, cosa possiamo dire – in sintesi – della situazione attuale?.

L'educazione tra necessità, diritto e libertà, manifesta gli assiomi invarianti dello *status* di genitore, sempre ancor oggi presenti.

La responsabilità genitoriale (come *re-spondere* ad una richiesta) comprende per il figlio minore certamente il subire l'educazione e l'istruzione scelta dal genitore (almeno all'inizio).

Il genitore ha diritto-dovere di scegliere il modello educativo che conformerà il soggetto in persona, certo per obbligo di legge (art.315 bis), e cioè anche tenendo conto delle aspirazioni del figlio, delle sue inclinazioni e capacità. I soggetti qualificati come genitori sono reputati comunque capaci di orientarsi meglio di chiunque altro nel garantire il libero divenire della identità del figlio: presunzione legale –almeno *iuris tantum* – di *best interest* del figlio, perché pensati come soggetti per il figlio.

Ma esiste sempre (proprio per il x) una libertà del genitore. Basti ricordare in questa dimensione ancora l'art. 30 Cost.(dovere sì, ma anche diritto); e anche quanto si legge nell'art. 26 comma 3 della Dichiarazione universale dei diritti dell'Uomo, e anche nell'art. 2 del protocollo addizionale della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'Uomo e delle libertà fondamentali del '52, sino ad attivare all'art. 14 comma 3 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE.

Del resto, la dimensione del diritto è assiologicamente condizionata nella sua massima estensione da un modello tipizzato di istruzione/educazione predefinito dal sociale e dal giuridico del tempo: ancor oggi per noi indicato dagli artt. 33 e 34 Cost., ove si prefigurano i limiti sulla possibile scelta educativa per l'appartenenza anche dei genitori, che sono x rispetto ai figli, ai + dei membri di questa realtà collettiva chiamata Stato (o Unione Europea o Comunità Internazionale), riproponendosi ad un livello altro e con modalità sempre dinamica e aperta la dialettica tra egoità dei diritti della persona, l'unità della famiglia (1x1) e l'ordine pubblico (nazionale o internazionale) imprescindibile per uno stato di diritto. Ma proprio in questo ri-manifestandosi gli

⁴⁴ E forse la vera genesi è collocata ad una distanza maggiore che non si può in questa sede che ipotizzare e che si collega al racconto della Bibbia, *Gen. 1,27*, ad Adam, uomo e donna Dio lo creò e che dovrebbe riguardare l'uomo e la donna prima ancora della loro genitorialità, uniti in una sola carne a fondamento del concetto di famiglia (1x1), su cui cfr. (San) GIOVANNI PAOLO II, *Uomo e donna Dio lo creò. Catechesi sull'amore umano*, Roma 1985. Per alcuni spunti su questo piano v. oltre.

⁴⁵ Anche qui con andamento fuzzy del +/- a seconda della formazione, con la rotazione possibile del + verso la x e/o della x verso il + sia in senso orario che antiorario.

⁴⁶ Che ho cercato di azzardare in *Convivenze di fatto e c. d. famiglia di fatto*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, 854 ss. e che potrebbe diventare, su un altro piano di rilevanza, vero *discrimen* nella cultura del dono tra le ETS e le realtà c. d. *profit*, come sto cercando di sperimentare come soluzione in un corso di Diritto Civile sull'argomento.

JUS CIVILE



assiomi della cultura e dell'etica sociale trainanti le strutture giuridiche tra libertà e necessità dei comportamenti umani⁴⁷.

6. – Sia pure nella confusione e nella evanescenza del momento storico, coerente con la società liquida che ci circonda e lascia spesso il giurista sgomento, credo si possa affermare con ragionevole certezza che esiste ad oggi uno status unico di genitore, più evidente nel tempo della minore età del figlio (con la possibilità di declinare tutti e tre i profili caratterizzanti del diritto, del dovere e dell'onere), ma presente in radice e persistente in quel *re-spondere*, nocciolo duro della responsabilità antropologico/ sociale indirizzata alla sussidiarietà del **X** che rende genitori tendenzialmente per tutta la vita; e che si può perdere come qualità di *status* solo per sanzione di ordine pubblico, ma solo per eventi del tempo della minore età del figlio (salvo forse il baratro di alcuni fatti penalmente rilevanti anche nel territorio civilistico dell'indegnità).

Certo, aver raggiunto questo risultato, non sembra superi ancora il problema strutturale di fondo: persa la memoria della maternità e paternità primordiali, cosa resta soprattutto della figura del padre che ha sempre incarnato la cultura dell'autorità familiare da emulare e di cui si occupa la scienza psicologico-analistica per le conseguenze delle carenze di paternità nell'epoca ipermoderna sulle generazioni future? Perdita che sembra portare alla incapacità di ereditare il desiderio e che, cercando di salvare il salvabile ed evitare l'irreparabile, porta a sostenere comunque la necessità di una vitalità indebolita, presente (e assolutamente da recuperare), ma priva ormai di ogni aurea teologica e fondata sul valore etico della testimonianza singolare.

Ciò non sembra, però, precludere ad una dimensione di bellezza né di etica dei singoli né di etica sociale (di supporto alla assiologia giuridica), ma solo di singolarità (egoitaria) fattuale senza direzione⁴⁸. E tendenzialmente, orienta alla tristezza il giurista che sperimenta l'impotenza della propria scienza (a concorrere) a cambiare questa realtà di mondo.

Ma come ho cercato di fare rispetto alla consunzione del vecchio concetto di *status* di figlio qualche anno fa⁴⁹, azzardo – per concludere – come suggerimento, la presenza di un aspetto comunque positivo in questo cambio di paradigma che ha riportato in genesi i fenomeni, sia pur con l'alto costo della frantumazione poco recuperabile di famiglia paternità e maternità, proponendo una vitalità assiologica dei fenomeni fondata su valori diversi dalla liquidità imperante e che, forse, può portare stocasticamente ad una realtà giuridica complessiva di settore ancora più bella e vitale del passato.

Sono un cattolico credente (e praticante); ed il percorso che voglio suggerire lo farò da cattolico credente, anche se capisco che molti di coloro che mi stanno ascoltando (o che mi leggeranno) non lo sono. Sono convinto che la Fede sia un dono; ma sono convinto che anche la ra-

⁴⁷ R. DE STEFANO, *Per un'etica sociale della cultura*, II, Milano 1963.

⁴⁸ M. RECALCATI, *Cosa resta del padre? Paternità nell'epoca ipermoderna*, Cortina 2017.

⁴⁹ *La famiglia all'imperfetto?*, cit.



CARMELITA CAMARDI

Professore ordinario di Diritto Privato – Università Ca' Foscari di Venezia

RELAZIONE DI FILIAZIONE E PRIVACY. BREVI NOTE SULL'AUTODETERMINAZIONE DEL MINORE

SOMMARIO: 1. Premessa. Il procedimento interpretativo di definizione dell'interesse del minore in relazione ai suoi diritti. – 2. Privacy, riservatezza e autodeterminazione del minore nel Regolamento UE 2016/679 e nel (nuovo) Codice in materia di protezione dei dati personali "adeguato" al Regolamento. – 3. La privacy del minore nel contesto delle relazioni familiari. – 4. Limiti all'ingerenza dei genitori nella vita personale dei minori. Combinazione di norme applicabili. 5. Segue. Un caso particolare. L'accesso ai dati sanitari e il Fascicolo sanitario elettronico. – 6. Utilizzo e disponibilità dei dati personali del minore da parte degli esercenti la responsabilità genitoriale.

1. – La questione che si vuol trattare, nell'ambito del tema *Relazione di filiazione e privacy*, concerne la combinazione normativa del diritto dei minori alla privacy (intesa al momento in senso lato) e dei poteri che i titolari della responsabilità genitoriale vantano nei loro confronti nell'espletamento dei doveri di cura. Essa si articola perciò lungo il crinale delineato da due situazioni soggettive complesse e potenzialmente conflittuali: l'una (il diritto fondamentale) dotata della forza di escludere le ingerenze altrui; l'altra (la responsabilità che sostituisce la vecchia potestà) dotata della forza di invadere la sfera altrui, nell'adempimento di un potere/dovere. Con l'aggravante perciò generato dalla circostanza per cui la responsabilità genitoriale si presenta a sua volta come una situazione bifronte, o binaria, che si svolge su due componenti, una doverosa, l'altra discrezionale, e sempre in relazione ad un fascio di diritti (quelli del minore), i cui contenuti rivelano accanto ad un nocciolo duro, una serie di variabili incerte. È noto infatti che, da uno a diciotto, l'età crescente del minore, e la sua personalità, possono riverberarsi sulla sua "capacità" di esercitare o meno i suoi diritti in piena autonomia ovvero nella costante interlocuzione con i titolari della responsabilità genitoriale¹.

¹ La quale, come bene dice F. Giardina, *Interesse del minore: gli aspetti identitari*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, p. 159, nella formulazione uscita dalla riforma del 2013 si presenta ormai distaccata dalla funzione di rimedio alla incapacità legale del figlio; della stessa si veda anche *Morte della potestà e capacità del figlio*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, p. 1609 ss., e poi anche A. Thiene, *Riservatezza e autodeterminazione del minore nelle scelte esistenziali*, in *Famiglia e diritto*, 2017, p. 172; M. Sesta, *famiglia e figli a quarant'anni dalla riforma*, in *Famiglia e diritto*, 2015, p. 1009; G. Ferrando, *Stato unico di figlio e varietà dei modelli familiari*, *ibidem*, p. 952; E. Al Mureden, *La responsabilità genitoriale tra condizione unica del figlio e pluralità dei modelli familiari*, *ibidem*, 2014, p. 466; G. De Cristofaro, *Dalla potestà alla responsabilità genitoriale. Profili problematici di una innovazione discutibile*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, in particolare p. 782, e p. 788, con accenti assai critici, anche in chiave comparatistica, sia sulla terminologia adoperata che sul contenuto della "responsabilità". In dimensione monografica, per tutti, A. Gorgoni, *Filiazione e responsabilità genitoriale*, Padova, 2017; C.M. Bianca, *La riforma della filiazione*, Padova, 2015; Id., *Diritto civile, Famiglia*, Milano, 2017, p. 377.



Certamente, lo spessore che il legislatore vuole, caso per caso, assegnare all'autonomia del minore, una volta conclamata la sua piena personalità e respinta l'idea storicamente superata della sua *soggezione* ai genitori (vedi art. 316 c.c.), può cambiare, in relazione ai concreti contesti problematici, ora accentuando l'autonomia, ora accentuando i poteri di intervento dei responsabili; mentre spesso ad orientare l'asticella verso l'una o gli altri è pur sempre posto un principio operativo, per così dire "terzo" e di ordine generale, il *best interest of the child*², il quale conduce il decisore lungo un circolo ermeneutico che valorizza non solo ...l'astratta combinazione dei principi giuridici ma anche le situazioni di fatto consolidate, e la dialettica degli interessi introdotta dal diritto di ascolto del minore (di cui all'art. 315bis, comma 3, c.c.); aprendo così, peraltro, ad iniezioni di principi elaborati da altre scienze (quelle psico-pedagogiche, ad esempio) alle quali nella materia minorile si tende a riconoscere un ruolo non indifferente. Sicché non è infrequente la contaminazione fra ragionamenti giuridici e ragionamenti "altri", dove i secondi supportano la legittimità della decisione o addirittura vi danno contenuto.

Ma il principio del *best interest of the child*, si sa, è criterio controverso e a volte sfuggente³. Esso è vuoto di contenuti specifici, perché è utilizzato come bussola che deve orientare la decisione (del giudice, ma non solo) verso il maggior benessere del minore interessato, obiettivo che – a sua volta – si struttura diversamente in relazione ai tempi, alle culture e ai contesti, nonché all'età del minore e al peso che la decisione da assumere esercita rispetto al futuro del bambino o dell'adolescente. In più, come si accennava, a partire da una certa età del minore, il criterio suddetto incontra un'altra "situazione" che aggiunge taluni elementi di incertezza nel procedimento che porta alla sua definizione nel singolo caso. È la "capacità di discernimento" del minore, che gli conferisce quel diritto di dire la sua opinione sul "suo" benessere che – certamente non a caso – il legislatore ha formalizzato come "diritto di essere ascoltato", piuttosto che come mero diritto di intervenire nel procedimento decisionale. Certamente una conquista sul piano della valorizzazione della personalità del minore, ma anche un problema sul piano della concreta attuazione nei singoli casi, sia perché la capacità di discernimento è una qualità di non semplice definizione⁴, sia perché – una volta definita come capacità di distinguere e valutare le possibili alternative – resta non semplice accertarne la sussistenza in capo al minore coinvolto nel procedimento.

² Che emerge in diverse fonti internazionali e poi nazionali sui diritti e la protezione dei minori.

³ Vedi da ultimo sul punto il bel saggio di V. Scalisi, Il superiore interesse del minore. Ovvero il fatto come diritto, in *Riv. dir. civ.*, 2018, p. 405; nonché L. Lenti, *Note critiche in tema di interesse del minore*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, p. 86; R. Senigaglia, *Status filiationis e dimensione relazionale dei rapporti di famiglia*, Napoli, 2013, pp.85, 145 ss.; U. Salanitro, *Azioni di stato e favor minoris tra interessi pubblici e privati*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, p. 552; E. Lucchini Guastalla, *Maternità surrogata e best interest of the child*, ibidem, 2017, p. 1722; E. Falletti, *Vita familiare e vita privata nel caso Paradiso e Campanelli di fronte alla Grande Camera della Corte di Strasburgo*, in *Famiglia e diritto*, 2017, p. 729; ed infine – su un tragico caso che ha coinvolto l'intero pianeta – Corte Eur. Dir. uomo, 28.6.2017, ric. n. 39793/17, Gard e altri. c. Regno Unito, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, p. 1351, con nota di E. Falletti, *Il best interest of the child tra fine vita e sperimentazione medica*, *ivi*, p. 1354.

⁴ L. Lenti, *Note critiche*, cit., p. 99, definisce la capacità di discernimento come "una sensatezza sufficiente sul piano psicologico, che gli permetta di valutare le circostanze in cui si trova, l'importanza della decisione da prendere, i valori e gli interessi che vi sono in gioco, le conseguenze che potranno derivarne".

JUS CIVILE



All'esito di questa breve premessa, fondamentale allo scopo di mettere correttamente a fuoco il tema che ci interessa, i processi decisionali che coinvolgono la tutela dell'interesse dei minori in relazione ai loro diritti si presentano estremamente complessi. Dalla normativa italiana e da quella internazionale vigente, infatti, emerge un quadro normativo fondamentalmente regolato, piuttosto che da fattispecie, da principi e clausole generali, ma soprattutto connotato da una spiccata dimensione interpretativa che pone il decisore nel contesto proprio di un circolo ermeneutico, estremamente complesso nel suo svolgersi in costante dialettica tra fatti e norme; e complicato dall'oggettivo protagonismo normativo di un soggetto legalmente incapace, e però titolare di diritti fondamentali sui quali la sua autodeterminazione, quando c'è, non cessa di essere continuamente interferita dai poteri/doveri di chi esercita la responsabilità genitoriale.

Circostanza, questa, del tutto peculiare al diritto civile minorile, ma che restituisce al nostro ordinamento un profilo di grande interesse teorico e metodologico, nel quale la centralità della persona umana –qui nella versione del minore soggetto “debole”– è fonte di una significativa torsione dei processi interpretativi del giudice verso tecniche di argomentazione del tutto lontane da quelle formali, ma soprattutto procedimentalizzate in una serie di fasi che lo pongono in condizione di interloquire con una pluralità di parti e di soggetti (a partire dal minore medesimo, quando ritenuto capace di discernere), le cui posizioni dovranno poi confluire in quella decisione definitiva che darà finalmente contenuto concreto al *best interest* del minore. È un procedimento che sancisce in tal modo il primato del “caso” concreto, della giustizia del singolo caso a fronte dell'astratto assetto di interessi formulato dal legislatore nella fattispecie. La dialogicità impressa al procedimento decisionale e l'obiettivo del benessere del minore sono in grado perfino di resistere alla legge o a condotte illegali, come efficacemente detto da chi riconosce al principio del *best interest* una portata financo eversiva, tutte le volte in cui, a seguito di una valutazione *motivata e personalizzata* delle circostanze, la miglior decisione per le condizioni esistenziali del minore non sarebbe raggiungibile semplicemente applicando la legge, che perciò può essere disapplicata; ovvero lo sarebbe consolidando situazioni di fatto generate da condotte illegali di un adulto, nelle quali tuttavia il minore abbia trovato un suo “benessere”⁵.

⁵ Così efficacemente L. Lenti, *Note critiche*, cit., p. 87, 93. Osserva acutamente l'A. che il principio del *best interest* è responsabile di un potenziale paradosso, quello per cui il concreto interesse del minore, in una determinata situazione, può perfino giustificare l'eccezione all'applicazione dei *diritti dei minori*, di quei diritti cioè creati in via generale e astratta a tutela della posizione di questi soggetti e dotati a loro volta, e in ragione di ciò, di una certa necessaria rigidità applicativa. Ciò è quanto si registra nelle materie dell'affidamento post-separazione e dell'adozione, con riferimento a casi concernenti il limite di età degli adottandi o la separazione di due fratelli (*op. cit.*, p. 94 ss.); con il singolare effetto – nota ancora Lenti – di soddisfare in tali casi l'interesse *degli adulti* legati al minore da una particolare relazione affettiva. Su tale controverso rapporto tra diritti e interesse del minore, vedi anche, in punto teorico, R. Senigaglia, *Status filiationis*, cit., p. 145 ss., che costruisce tra le due categorie un rapporto di interdipendenza, in virtù del quale l'interesse sarebbe il criterio mediante il quale attuare il diritto, e quest'ultimo la categoria che definisce l'estensione dell'interesse; del quale infine può predicarsi essere il mezzo attraverso il quale realizzare i diritti (pp.156, 157). Sulla stessa cifra teorica, V. Scalisi, *Il superiore interesse del minore*, cit., p. 418 ss., ove l'A. argomenta come la funzione del principio, ulteriore e più incisiva, sia stata quella “*integrativa o più propriamente adeguatrice e correttiva del principio di legalità, in quanto diretta a temperare la rigidità di talune norme e principi*”.



È poi ovvio che attraverso un tale procedimento argomentativo, legittimato dalle norme che aprono il giudice, o il decisore, verso l'ascolto del minore e la valorizzazione delle circostanze di fatto nelle quali egli vive, la decisione finale potrà accogliere valori e *rationes* che non sono propriamente quelle legali e che sono destinate a riverberarsi su queste ultime e a modificarle. Così dando luogo a processi taciti di modificazione, integrazione, quando non abrogazione di norme di legge ad opera della giurisdizione. Il che pone interrogativi ben più ampi e profondi sul piano delle fonti del diritto e della prevedibilità delle conseguenze delle proprie azioni⁶.

Ebbene, queste caratteristiche del procedimento ermeneutico che presiede alla definizione delle personali circostanze di vita del minore sono presenti anche nelle dinamiche del tema che qui si affronta, accentuate dallo specifico contesto sociale nel quale esso oramai prevalentemente si colloca. Il tema mette a fuoco infatti il modello di organizzazione della relazione di filiazione a fronte dei diritti del minore alla propria riservatezza, o meglio a fronte del diritto del minore al controllo dei dati personali che lo riguardano, sia nei confronti dei genitori, sia nei confronti dei soggetti terzi con i quali i minori, nell'esplicazione libera della propria personalità, vengono in contatto attraverso personali relazioni esterne, per lo più realizzate in un contesto comunicativo dominato dalle comunicazioni elettroniche e dai social network.

In altre parole, il tema include sia i limiti che il diritto alla riservatezza dei minori pone ai genitori che intendessero interferire nella vita personale dei propri figli, attraverso *controlli* realizzati nell'ordinario contesto della loro vita familiare oppure anche a distanza; sia i limiti che i genitori incontrano nel rendere disponibili a terzi i dati personali che riguardano i propri figli minori; sia, trasversalmente, i limiti che i terzi incontrano nel trattamento dei dati personali dei minori che fossero loro resi disponibili.

Per quanto i dati normativi non contemplino compiutamente tutti questi aspetti, da essi è comunque necessario partire.

2. – Il quadro normativo di riferimento per il tema in oggetto si è di recente modificato, in ragione dell'entrata in vigore del Regolamento UE⁷ e del conseguente adeguamento della disci-

propri del diritto minorile o del diritto di famiglia o a determinarne, se necessario, la disapplicazione”.

⁶ Data l'ampiezza del tema, sia sufficiente rinviare al recente volume N. Lipari, *Il diritto civile tra legge e giudizio*, Milano, 2017, segnatamente i primi due capitoli.

⁷ È il Regolamento n. 679 del 2016, in attuazione in tutta l'UE dal 25 maggio 2018, sul quale si vedano i contributi di M.G. Autorino Stanzone, *Il Regolamento europeo sulla privacy: origini e ambito di applicazione*, in *Europa e dir. priv.*, 2016, p. 1249; E. Lucchini Guastalla, *Il nuovo regolamento europeo sul trattamento dei dati personali: i principi ispiratori*, in *Contratto e impresa*, 2018, p. 106; A. Iuliani, *Note minime in tema di trattamento dei dati personali*, in *Europa e dir. priv.*, 2018, p. 293; A. Principato, *Verso nuovi approcci alla tutela della privacy: privacy by design e privacy by default settings*, in *Contratto e impresa/Europa*, 2015, p. 197; A. Barletta, *La tutela effettiva della privacy nello spazio giudiziario europeo e nella “aterritorialità” di Internet*, in *Europa e dir. priv.*, 2017, p. 1179; G. Finocchiaro (a cura di) *Il nuovo Regolamento europeo sulla privacy e sulla protezione dei dati personali*, Bologna, 2016.

JUS CIVILE



plina interna, che ha portato ad un profondo rimaneggiamento del Codice della privacy⁸. Di qui, un esempio di combinazione di norme europee e di norme interne, dalle quali comunque risulta oramai fuori discussione il riconoscimento al minore di un diritto fondamentale pieno alla tutela della sua sfera personale di intimità e dei dati personali che lo riguardano, nei confronti di chiunque intenda interferire, inclusi se non primi fra tutti i componenti della famiglia di appartenenza e i genitori o esercenti la responsabilità patrimoniale.

A parte la declamazione di cui al par.2 dell'art. 1 del Regolamento, a tenore del quale “Il presente regolamento protegge i diritti e le libertà fondamentali delle persone fisiche, in particolare il diritto alla protezione dei dati personali”, senza riferimento alcuno all'età (come già nella Costituzione), una serie di precedenti considerando stigmatizzano la personalità del minore in punto di “specifica protezione”, sia richiamando la loro possibile limitata consapevolezza “dei rischi, delle conseguenze e delle misure di salvaguardia interessate nonché dei loro diritti in relazione al trattamento dei dati personali”, specie in caso di attività di profilazione o marketing; sia rafforzando l'obbligo di trasparenza a carico dei titolari del trattamento, imponendo loro di “utilizzare un linguaggio semplice e chiaro che un minore possa capire facilmente”; sia infine ricollegando esplicitamente al trattamento dei dati dei minori, in quanto persone vulnerabili, la produzione di rischi “per i diritti e le libertà”⁹.

Le norme successive danno attuazione ai principi di cui sopra, includendo i minori nella disciplina della liceità del trattamento dei dati personali di cui all'art. 6, a mente del quale il trattamento dei dati personali è lecito, fra l'altro, se l'interessato ha espresso il consenso per una o più specifiche finalità; regola poi espressamente richiamata per dar ragione del successivo art. 8, in tema di Condizioni applicabili al *consenso dei minori* in relazione ai servizi della società dell'informazione.

La norma individua due diversi regimi in relazione all'età del minore: a partire dai 16 anni, in caso di offerta diretta di servizi della società di informazione¹⁰ il minore presta liberamente il suo consenso informato al trattamento dei dati; al disotto di questa età, o di quella fissata dai singoli Stati membri (ma non oltre i 13 anni), il consenso è prestato dai genitori o dagli esercenti la responsabilità genitoriale. Nella recentissima versione domestica del Codice della privacy adeguato¹¹, l'età minima per l'autodeterminazione del minore è fissata a 14 anni. Mentre in en-

⁸ Ad opera del D.Lgvo 10 agosto 2018, n. 101, recante “Disposizioni per l'adeguamento della normativa nazionale alle disposizioni del regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE (regolamento generale sulla protezione dei dati)” (*in G.U. 4 settembre 2018 n. 205*). Si veda un Testo coordinato che mette in luce abrogazioni e modifiche nel sito del Garante privacy.

⁹ Si tratta dei considerando 28, 58 e 75 del regolamento UE.

¹⁰ Intendendosi con tale espressione “qualsiasi servizio prestato normalmente dietro retribuzione, a distanza, per via elettronica e a richiesta individuale di un destinatario di servizi”, come dalla definizione n. 25 dell'art. 4, che richiama l'art. 1, comma 1, lett. B, della Direttiva (UE) 2015/1535 del 9 settembre 2015.

¹¹ Art. 2-*quinquies* del Codice della privacy, come adeguato dal D.Lgvo 10 agosto 2018, n. 101, sopra citato.

JUS CIVILE



trambe le norme sono rafforzati gli obblighi del titolare del trattamento, già onerato della prova dell'avvenuta manifestazione del consenso, di adoperarsi in ogni modo ragionevole per verificare la prestazione del consenso (art. 8 Regolamento), e di utilizzare per fornire le informazioni un "linguaggio particolarmente chiaro e semplice, conciso ed esaustivo, facilmente accessibile e comprensibile dal minore, al fine di rendere significativo il consenso prestato da quest'ultimo" (art. 12 Regolamento; art. 2-*quiquies*, co. 2, Codice privacy).

Ne vien fuori la figura di un soggetto titolare di diritti particolarmente protetto in ragione della sua "vulnerabilità", ma non per questo aprioristicamente limitato nell'esercizio dei diritti medesimi, vale a dire nel suo potere di autodeterminazione, in ragione della minore età. Non si tratta di un elemento da poco.

La norma, assente nel precedente contesto normativo, aggiunge un tassello definitivo al mosaico di previsioni costruito nel tempo intorno al tema del confinamento dell'incapacità di agire del minore sancita dall'art. 2 del codice civile all'ambito dei rapporti a contenuto patrimoniale, per lasciare ampio spazio invece alla sua libera autodeterminazione nel campo dei rapporti non patrimoniali e dell'esercizio dei diritti fondamentali, sull'unico, imprescindibile presupposto della sua "capacità di discernimento", apprezzata in relazione alle circostanze del caso¹².

Ciò è quanto emerge, in un certo senso *per tabulas*, dalla struttura dell'art. 8 del regolamento, il quale, nel legittimare il minore sedicenne al consenso libero al trattamento dei dati personali, fa espressamente salve le disposizioni generali del diritto dei paesi membri concernenti la validità e l'efficacia dei contratti stipulati dai minori di età, così testualmente separando il problema del consenso negoziale agli atti a contenuto patrimoniale in senso stretto, da quello del consenso al trattamento dei propri dati personali, da includere evidentemente nel campo dell'esercizio dei diritti personali fondamentali¹³.

Ma ciò è quanto emerge –come si diceva– più sistematicamente, da una serie di norme a contenuto specifico¹⁴, ma di notevole significato dal punto di vista dei valori così veicolati e dei

¹² Il processo indicato peraltro non è che l'altra faccia del superamento del dogma della potestà genitoriale e della sua sostituzione con il principio della responsabilità. "Potestà (del o dei genitori) e incapacità (del figlio) hanno vissuto lungamente accanto", scrive F. Giardina, *Morte della potestà e capacità del figlio*, cit., p. 1609, 1611, per sgretolarsi poi a fronte della nuova concezione dell'ordine familiare costruita attorno alla rilevanza delle persone che costituiscono il nucleo familiare, di cui l'art. 315-bis rappresenta certamente un elemento distintivo di rilievo. Sulla separazione di campi fra atti relativi a rapporti patrimoniali e atti di autodeterminazione in ordine alle proprie scelte essenziali si veda il bel contributo di G. Marini, *Il consenso*, nel *Trattato di biodiritto*, diretto da S. Rodotà e P. Zatti, *Ambito e fonti del biodiritto*, Milano, 2010, pp. 361, 363, 381 ss., secondo il quale "il principio del consenso è divenuto la chiave di volta che assicura dunque l'autonomia decisionale e diventa lo strumento per garantire il rispetto della persona ed il dominio sul proprio corpo quando sono in gioco questioni che attengono all'identità personale" (op. cit. p. 385).

¹³ Sul tema e sulle regole del consenso del minore, ampiamente F. Naddeo, *Il consenso al trattamento dei dati personali del minore*, in *Dir. informazione e dell'informatica*, 2018, pp.27, 50 ss., la quale osserva che in tal modo l'eventuale invalidità del contratto concluso dal minore in età di consenso digitale comporta la cessazione del trattamento dei dati nonostante la sua liceità, in ragione dell'annullamento del contratto.

¹⁴ Quelle concernenti ad esempio l'autodeterminazione del minore sedicenne in materia di diritti d'autore (art. 108, legge n.633/1941); la sua "capacità" di contrarre matrimonio nei limiti e con i presupposti di cui all'art. 84 del



presupposti fattuali di riferimento; e poi dall'art. 315-*bis* del codice civile, il quale, con una formula a contenuto certamente più generalista, costruisce i diritti del figlio minore intorno al "rispetto" della sua personalità e al suo conseguente diritto di essere ascoltato in tutti i procedimenti e le questioni che lo riguardano, anche indipendentemente dal raggiungimento dei 12 anni, sol che si dimostri munito della menzionata capacità di discernimento¹⁵. Così peraltro realizzandosi compiutamente l'indirizzo costituzionale concernente i diritti fondamentali, nell'ambito del quale non è dato rinvenire limitazioni collegate all'età delle persone¹⁶.

L'art. 8 del regolamento affida invece ai soggetti responsabili la manifestazione del consenso al trattamento dei dati se il minore ha meno di 16 (e per il nostro Codice 14) anni. Ferme restando le modalità di acquisizione e accertamento della libertà, inequivocabilità e specificità del consenso, si pone il problema del coordinamento tra tale norma e l'art. 315-*bis*, ove il criterio della capacità di discernimento offre perfino al minore infradodicesimo la possibilità di esprimere la sua opinione nelle questioni che lo riguardano. Se si ragiona sul semplice fatto per cui la manifestazione del consenso da parte dei genitori rientra nell'ambito dei poteri a questi ultimi conferiti dalla norma citata, è abbastanza immediata la conclusione per cui –anche in questo caso– è la capacità di discernimento del minore l'elemento risolutivo dell'eventuale contrasto tra genitori e figli¹⁷. Ma se invece ci si muove privilegiando l'ottica del Regolamento, come prima fonte regolatrice della materia, e lo specifico contesto di rischi e problemi nel quale questo si colloca, allora andrebbe in primo luogo conservato il limite dei 13 anni, che il legislatore italiano non ha voluto assumere, quale elemento di confine tra autodeterminazione del minore e manifestazione del consenso genitoriale, ammettendo semmai il minore tredicesimo dotato di capacità di discernimento alla personale manifestazione del consenso solo a seguito di una più approfondita valutazione non solo di quella capacità, ma anche delle caratteristiche del servizio della società dell'informazione di cui trattasi, e far valere il *best interest* quale argomento che, in considerazione del rischio specifico connesso a quel servizio, assegna eventualmente ai genitori il potere di dare o negare il consenso al trattamento dei dati.

Con questi limiti e nell'ambito di queste procedure, si compone in ogni suo aspetto il diritto del minore alla privacy, già ritenuto fuori discussione ancora in presenza del principio della po-

codice civile; il diritto della minore di interrompere la gravidanza, nei primi novanta giorni, nei limiti e alle condizioni di cui all'art. 12 della legge n.194/1978.

¹⁵ Sul diritto di ascolto si veda A. Gorgoni, *Filiazione e responsabilità genitoriale*, cit., p. 93, 115 ss.; R. Senigaglia, *Status filiationis*, cit., p. 201 ss.; A. Nascosi, *Nuove direttive sull'ascolto del minore infradodicesimo*, nota a Cass. 7 marzo 2017, n. 5676, in *Famiglia e diritto* 4/2018, p. 354; V. Di Gregorio, *L'ascolto*, da strumento giudiziale a diritto del minore, nota a Cass., 15 marzo 2013, n. 6645 e a Cass., 15 maggio 2013, n. 11687, in *NGCC*, 2013, p. 1031; R. Pesce, *L'ascolto del minore tra riforme legislative e recenti applicazioni giurisprudenziali*, in *Famiglia e diritto*, n. 3/2015, p. 252; I. Bitonti, *Perenne attualità dell'istituto dell'ascolto del minore*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2017, p. 1069, la quale vede nell'ascolto una caratteristica strutturale del processo minorile, più che un semplice mezzo istruttorio (p.1074).

¹⁶ F. Naddeo, *Il consenso al trattamento dei dati*, cit., p. 51.

¹⁷ In tal senso sembra orientata F. Naddeo, *Il consenso al trattamento dei dati*, cit., p. 53.

JUS CIVILE



testà genitoriale a far data dalla riforma del diritto di famiglia del 1975; rafforzato dalle Carte internazionali sui diritti fondamentali, specie quelle espressamente dedicate ai Diritti del fanciullo; ed infine, da taluni ritenuto fornito anche del potere attivo di autodeterminazione, *già prima* dell'entrata in vigore del Regolamento UE, in applicazione dei principi generali ricavabili dalla Costituzione e dalle Carte menzionate e sulla base di un ragionamento teorico che svincolava l'esercizio dei diritti fondamentali dalla capacità di agire codicistica e dai suoi limiti di età¹⁸.

Chiarite dunque, nei limiti di un contesto normativo interno e transnazionale largamente dominato da clausole generali e concetti indeterminati, le condizioni alle quali il minore di una certa età è "capace" di esprimere in autonomia, attraverso una libera scelta, il consenso alla trattazione dei dati personali che lo riguardano, resta da approfondire un altro non secondario aspetto della relazione genitori/esercenti la responsabilità genitoriale e figli minori, quello del *controllo* che i genitori possono o devono esercitare sulla vita personale dei minori, nel nome del loro interesse, e nell'attuazione dei loro doveri di cura. Un tema che, per il suo estendersi lungo l'arco della quotidianità della vita relazionale del minore, precipita l'interprete nel circolo ermeneutico della combinazione e del bilanciamento di diritti e poteri, in un contesto fortemente condizionato dalla precomprensione –in negativo o in positivo– dei meccanismi attraverso i quali oggi si svolge la comunicazione sociale e, per questo tramite, la circolazione dei propri dati personali.

3. – Non si può negare che il tema, indipendentemente dalla vaghezza *formale* delle norme dalle quali è regolato, fortemente risente dei condizionamenti ideologici legati all'idea che si ha della famiglia e della combinazione che al suo interno si può costruire tra autonomia dei minori e poteri genitoriali, e dunque tra libere scelte dei primi in base ai loro diritti e alla loro opinione, quando dotati di discernimento, e potere di ingerenza dei secondi, gravati dal dovere di cura, nell'ambito dell'art. 315-bis; alle statuizioni del quale è scontato che sopravvivano quei condizionamenti culturali cui si è fatto cenno¹⁹.

¹⁸ Illustra bene questo processo V. Carriero, *Privacy del minore e potestà dei genitori*, in *Rass. dir. civ.*, 2004, p. 998 e ss., osservando come il vecchio Codice della privacy non risolvesse i dubbi sul soggetto tenuto a dare il consenso al trattamento dei dati concernenti un minore, soprattutto quando questi si mostrasse dotato di una capacità di discernimento, con il risultato di favorire l'applicazione dell'art. 2 del codice civile. E come invece tale posizione potesse superarsi a partire dagli artt. 12 e 16 della Convenzione di New York, ma anche dal silenzio dell'art. 23 del vecchio Codice privacy, che non faceva alcun riferimento alla capacità del soggetto che presta il consenso (p. 1011 ss.), e non impediva pertanto di ritenere che, al di fuori di ipotesi eccezionali delineate nello stesso codice, il minore dotato di capacità di discernimento potesse autodeterminarsi nell'esercizio di questo suo diritto fondamentale. In argomento, ancora G. Marini, *Il consenso*, cit., p. 385 ss., secondo il quale "il principio del consenso è divenuto la chiave di volta che assicura dunque l'autonomia decisionale e diventa lo strumento per garantire il rispetto della persona ed il dominio sul proprio corpo quando sono in gioco questioni che attengono all'identità personale"; cenni anche in A. Nicolussi, *Autonomia privata e diritti della persona*, in *Enc. dit.*, Annali, IV, Milano, 2011, p. 133, 149 ss.

¹⁹ Questa è l'impressione che si riporta, ad esempio, dalla lettura del contributo di F. Ruscello, *Autonomia dei ge-*



Un tema questo che –come si accennava– viene alla ribalta di fronte alla doppia dimensione, all’ambivalenza strutturale di INTERNET, luogo e mezzo potente di manifestazione della personalità, e nel contempo spazio che può esprimere una componente profondamente lesiva dei diritti e della personalità dei soggetti più vulnerabili che ne fanno uso, consumandovi esperienze quotidiane²⁰.

Che pertanto la diffusione dei social network, ma più in generale l’abitudine alla navigazione quotidiana da parte dei minori (con più mezzi), abbiano generato una riemersione del conflitto fra autorità e libertà all’interno della famiglia, non deve stupire; specie in relazione alla consapevolezza del danno spesso irreversibile che la criminalità informatica può determinare, e perciò alla (rinnovata) convinzione della necessità di un controllo familiare autoritario, seppure precauzionalmente finalizzato ad evitare un tal genere di pregiudizio e non ideologicamente legato ad una concezione autoritaria del rapporto parentale. Rischi e pericoli questi, che per un verso

*notori, responsabilità genitoriale e intervento “pubblico”, in Nuova giur. civ. comm., 2015, p. 717, secondo il quale il mutamento della potestà genitoriale in responsabilità è puramente “formale”, non potendosi attribuire all’ascolto la funzione di rendere vincolanti tutte le aspettative del figlio anche quelle capricciose); e non potendosi nemmeno rinunciare a considerare un indisponibile e indiscutibile “diritto” l’offerta di progetto educativo ed esistenziale che i genitori fanno ai figli, senza “minare ... il carattere originario e autonomo della famiglia come costituzionalizzato con l’art. 29 Cost.” (pp. 718-719). In tutt’altra prospettiva si muove invece F. Giardina, *Morte della potestà e capacità del figlio*, cit., p. 1618 ss., la quale sorvola sulla non ineccepibilità del linguaggio normativo che introduce la “responsabilità” genitoriale, ed afferma convintamente che con le innovazioni degli artt. 315-bis, 316, “l’identità del figlio entra a pieno titolo nella disciplina della responsabilità genitoriale, affranca la relazione tra genitori e figli dalla minore età e riconduce l’incapacità legale, ormai non più dogma di generale portata, alla sua dimensione originaria di strumento idoneo a consentire la miglior cura del patrimonio dell’incapace”. Essa “è criterio-guida imprescindibile dell’azione educativa e delle decisioni dei genitori e la capacità di discernimento del figlio – lungi dal somigliare alla capacità legale di agire come supporto della volontà da esprimere in atti – è lo strumento indispensabile per garantire il rispetto di una personalità in divenire” (op. cit., p. 1620). Per un recente affresco del “cammino” normativo della famiglia, vedi ampiamente G. Alpa, *Giuristi e interpretazioni. Il ruolo del diritto nella società postmoderna*, Genova, 2017, p. 169.*

²⁰ Un’indagine svolta dall’Autorità garante italiana, insieme con altre Autorità internazionali di settore, ha messo in luce pesanti criticità a carico di siti e app particolarmente popolari tra i bambini, e talvolta addirittura un approccio irresponsabile che chiama in causa la vigilanza dei genitori, con riferimento alla fase di identificazione del minore, alla condivisione dei dati raccolti anche presso terzi, all’inclusione di banner pubblicitari, e alla predisposizione di strumenti che aiutano a non diffondere i dati personali dei bambini. Vedi risultati dell’inchiesta e considerazioni del garante nella pagina <https://www.garanteprivacy.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/4231738>.

Ciò sul piano della protezione dei dati personali del minore da una circolazione inappropriata e comunque non consentita. Problema ben più grave è poi quello della diffusione di comportamenti altamente pregiudizievoli riassunti nel termine del “cyberbullismo”, oramai oggetto di una legge *ad hoc*, la n. 71 del 2017, che lo definisce all’art. 1, comma 2, come “qualunque forma di pressione, aggressione, molestia, ricatto, ingiuria, denigrazione, diffamazione, furto d’identità, alterazione, acquisizione illecita, manipolazione, trattamento illecito di dati personali in danno di minorenni, realizzata per via telematica, nonché la diffusione di contenuti on line aventi ad oggetto anche uno o più componenti della famiglia del minore il cui scopo intenzionale e predominante sia quello di isolare un minore o un gruppo di minori ponendo in atto un serio abuso, un attacco dannoso, o la loro messa in ridicolo”. A tutela della “dignità” del minore, la legge introduce una serie di strategie integrate di contrasto, sia di immediata reazione anche da parte del minore ultraquattordicenne e dei genitori, e soprattutto di prevenzione, fondate sull’azione combinata del Ministero dell’istruzione e delle istituzioni scolastiche di ogni ordine e grado, nonché dello stesso Garante, e in un quadro di azione definito anche dall’Unione Europea. Su questa normativa si vedano R. Bocchini, M. Montanari, *Le nuove disposizioni a tutela dei minori ed il contrasto del fenomeno del cyberbullismo*, in *Nuove leggi civili commentate*, 2018, p. 340; P. Pittaro, *La legge sul cyberbullismo*, in *Famiglia e diritto*, 2017, p. 819.

JUS CIVILE



esuberano rispetto al tema del consenso all'utilizzo dei dati personali; e che per altro verso possono indurre a far vacillare talune certezze già maturate in ordine alla nuova dimensione identitaria e solidale della famiglia progressivamente formatasi sul terreno delle tradizionali problematiche dei rapporti personali (nel campo dell'educazione dei minori, dell'indirizzo religioso, ecc.), e di non semplice esportazione quando si tratta di permettere che il minore trascorra parte del suo tempo navigando *liberamente* in rete, senza controlli specifici.

Ora, se questo è il contesto generale che facilmente può essere delineato a cornice del problema che ci occupa, non è altrettanto facile definire i termini esatti del problema giuridico entro cui formalizzare la questione del controllo genitoriale sui minori in rete e i dati normativi con i quali regolarlo. Cominciamo perciò ad argomentare da alcuni principi.

Conviene innanzitutto ribadire che il diritto alla riservatezza dei minori, intesa nel suo originario significato di rispetto della propria vita personale, è completo e pieno, non soltanto nei confronti dei terzi, ma anche nei confronti dei genitori²¹. Su di questi certamente grava un obbligo di rispetto, inteso a mettere il minore al riparo sia da loro intrusioni nella sua privacy all'interno della famiglia o fuori da questa nei luoghi che il minore frequenta; sia da esternazioni dei genitori che abbiano ad oggetto dati personali del minore nei confronti di terze persone, che in tal modo ne vengano a conoscenza senza una ragione giustificatrice²².

²¹ Per ogni indicazione in proposito, con riferimento anche alle disposizioni internazionali, di cui alla Convenzione di New York per i diritti del fanciullo vedi ampiamente F. Naddeo, *Il consenso al trattamento*, cit., p. 34 ss.; V. Carriero, *Privacy del minore*, cit., p. 1004, 1011; A. Scalisi, *Famiglia e diritti del minore*, in *Famiglia, Persone e Successioni*, 2006, p. 815, 821 ss.; A. Thiene, *Riservatezza e autodeterminazione del minore nelle scelte esistenziali*, cit., p. 173 ss.

²² Secondo un'interpretazione condivisa, i genitori che violino la riservatezza dei minori possono essere condannati al risarcimento del danno nei confronti dei figli o subire anche provvedimenti limitativi della loro responsabilità genitoriale, quando non di decadenza nei casi più gravi, ai sensi degli artt. 330 e 333 del codice civile. In tal senso ancora F. Naddeo, *Il consenso al trattamento*, cit., p. 39 ss.; V. Carriero, *Privacy del minore*, cit., p. 999 ss., che osserva acutamente come simili conclusioni rappresentino anche il superamento, ad un più elevato livello culturale, della vecchia *immunità* della famiglia da "intrusioni" esterne, incluse quelle del giudice intese a reprimere le violazioni dei diritti che al suo interno si consumassero ad opera dei familiari. Il tema è molto più ampio, come evidente, ed involge anche la posizione della donna madre e moglie, oltre che dei figli e delle figlie minori, rappresentando il lato oscuro della tradizionale ideologia per la quale il "mare" del diritto non potrebbe che lambire l'isola della famiglia, quale gruppo chiuso, autonomo e per l'appunto immune da interferenze esterne. Una ideologia a doppia faccia, che vorrebbe preservare il nucleo familiare da ingerenze autoritarie dello Stato (così garantendone l'autonomia in chiave liberale), ma che rischia nel contempo di occultare la perpetuazione di forme autoritarie di governo delle relazioni coniugali e con i figli e impedire la tutela dei relativi diritti. Sia sufficiente in questa sede, per questa prospettiva, il rinvio al volume di M.R. Marella e G. Marini, *Di cosa parliamo quando parliamo di famiglia*, Bari, 2014, che lucidamente mettono a nudo il ruolo della famiglia riconosciuta e fondata sul matrimonio come dispositivo essenziale per ordinare gerarchicamente la società (*op. cit.*, p. 59), anche quando il principio della dignità della persona rivendica la sua supremazia sul presunto interesse della famiglia come istituzione; e S. Rodotà, *Diritto d'amore*, Bari, 2017, tutto inteso a mostrare il cammino che il primato della persona deve ancora compiere sull'astrazione della norma. Certamente le tematiche della privacy si inseriscono a pieno titolo in queste dinamiche, aggiungendo un tassello in più al difficile e ambiguo cammino del diritto di famiglia tra autonomia e autorità (per il quale si veda G. Alpa, *Famiglia*, in *Giuristi e interpretazioni. Il ruolo del diritto nella società postmoderna*, Genova, 2017, p. 169 ss.; G. Palmieri, *Diritti fondamentali, famiglia e multiculturalismo*, in *Persona e diritto*, a cura di R. Alessi, S. Mazzarese, S. Mazzamuto, Milano, 2013, p. 133;): quello del controllo segreto e a distanza, occultato talvolta nel contesto protettivo di una *paura* del pericolo incapace di discernere il confine tra dovere di tutela e rispetto della sfera privata dei minori.

JUS CIVILE



In linea teorica, dunque, si possono ipotizzare due categorie di fattispecie lesive della riservatezza dei figli minori ad opera dei genitori o esercenti la responsabilità patrimoniale.

a) La prima include tutti i comportamenti intesi a “frugare” nella vita personale del figlio, che vanno dalla lettura non autorizzata della corrispondenza, degli appunti personali, e di tutte le raccolte materiali di informazioni che il minore manifesti di voler tenere riservate; nonché le cosiddette intrusioni informatiche, realizzate con qualunque mezzo, nei *devices* usati dal minore per comunicare con terzi o semplicemente per navigare. Essa include anche i sistemi di controllo a distanza mediante webcam o programmi utilizzati dai genitori per “spiare” i figli, in casa o fuori. Ma include anche i comportamenti intesi a conoscere dati cosiddetti sensibili che si trovino presso terzi, con particolarissimo riguardo ai dati sanitari raccolti presso le relative strutture alle quali il minore si sia rivolto in autonomia e senza coinvolgere i genitori.

b) La seconda categoria invece include i comportamenti mediante i quali i genitori diffondono immagini o informazioni riguardanti i figli minori sui social network o altrove, senza il loro consenso o all’insaputa o nonostante l’opposizione dell’altro genitore.

Con riferimento alla prima categoria di problemi, a fronte del diritto alla riservatezza dei minori si pone il dovere di vigilanza dei genitori, a sua volta funzionale sia alla protezione del minore nell’esercizio del dovere di educazione, istruzione ecc.; sia ad evitare la produzione di danni nei confronti di terzi, alla stregua degli artt. 2047 e 2048 codice civile. Non v’è dubbio pertanto che tali doveri dei genitori includano nel potere di vigilanza anche un potere di ingerenza nella vita privata, inteso ad evitare la produzione di pregiudizi in capo ai figli o in capo ai terzi. Così come non v’è alcun dubbio che tale ingerenza incontri il limite del descritto diritto del minore alla sua riservatezza e che perciò sia compito dell’interprete elaborare un appropriato criterio di bilanciamento e tracciare il confine oltre il quale l’ingerenza dei genitori deve arrestarsi per non diventare “illecita”.

Sarebbe abbastanza semplice rispondere che l’*interesse del minore* è il criterio che dovrebbe guidare il genitore nel legittimare l’ingerenza prima e nell’arrestarsi dopo al punto giusto. Ma è altrettanto semplice replicare, alla luce del percorso normativo prima descritto che governa oggi i rapporti tra genitori e figli adolescenti, in quella fascia di età che prende avvio intorno ai 12 anni, come la definizione di questa linea resti incerta e affidata ad una dialettica circolare che impone il confronto di più voci e dunque –in teoria– la definizione condivisa della linea all’esito di questo percorso interpretativo dialogico.

Con riguardo alla seconda categoria, invece, il dovere di vigilanza dei genitori assume il contenuto della protezione del minore e dei suoi dati dalla ingerenza di terzi soggetti, generata da comportamenti dei genitori medesimi (e non dei terzi) rivolti a diffondere dati concernenti i figli.

4. – Esempio di questa tematica è il caso verificatosi in Arkansas di un minore di 16 anni, autore di una denuncia per molestie nei confronti della madre, la quale si era insinuata nel suo profilo Facebook con l’intento di bloccarne l’accesso e reagire così a presunti comportamenti



intemperanti del figlio, e nella convinzione che farlo fosse nel suo pieno diritto²³.

Altri casi possono riguardare il controllo del telefono cellulare o la registrazione delle telefonate dei figli, come nell'ipotesi di cui alla sentenza della Cassazione che condanna penalmente il genitore che aveva intercettato le conversazioni telefoniche intercorse tra i figli minori a lui affidati e la madre²⁴. Ovvero ancora, l'uso di un sistema di videosorveglianza tramite webcam in grado di consentire ai genitori il controllo a distanza dei propri figli minori durante il periodo di permanenza in strutture educative (asilo nido), sistema ritenuto impraticabile dal Garante in assenza di determinati presupposti di necessità, proporzionalità, finalità e correttezza del trattamento dei dati personali così raccolti²⁵.

Come dicevamo, le disposizioni e i principi del diritto di famiglia che vengono in gioco nella decisione di queste casistiche sono essenzialmente quelli contenuti nell'art. 315-bis del codice civile e nelle le previsioni internazionali. Essi delineano lo statuto della privacy del minore, ma non danno indicazioni concrete definitive in ordine ai limiti di ingerenza dei genitori, quantomeno nella gran parte dei casi –per così dire “normali”– nei quali *non* ricorrono elementi o circostanze che fanno emergere come doverosa l'ingerenza a tutela non solo dell'integrità dei dati personali del minore, ma della sua stessa integrità come persona o della sua dignità.

In altre parole, può essere utile distinguere in tal senso casi “gravi” e casi “normali” e ipotizzare una diversa rilevanza del dovere di vigilanza e del conseguente potere di ingerenza in ciascuna serie, quale espressione del concreto bilanciamento tra le due situazioni: il diritto alla riservatezza e il dovere di ingerenza nell'interesse dello stesso minore. Tenendo evidentemente conto anche dell'età del minore e della sua maturità.

Fin qui tuttavia, rimaniamo nell'ambito dell'applicazione della ordinaria disciplina delle relazioni familiari, inidonea a orientare l'interprete laddove il problema della vigilanza del minore tocchi nello specifico la questione controllo dei suoi dati personali, cioè la conoscenza, la raccolta, la selezione e l'elaborazione dei dati che lo riguardano. Tema che –ad esempio– può venire in rilievo allorché il genitore, nell'entrare nella pagina Facebook del figlio (o più semplice-

²³ Il caso è riportato in rete, vedi la pagina https://www.corriere.it/scienze/10_aprile_09/figlio-madre-tribunale-facebook_73a5da38-43be-11df-9c20-00144f02aabe.shtml.

²⁴ Il caso è quello deciso da Cass., 3 ottobre 2014, n. 41192, per la quale si veda la pagina <http://www.altalex.com/documents/news/2014/11/28/padre-registra-le-telefonate-tra-la-madre-e-i-figli-minori-a-lui-affidati-e-reato>, secondo la quale “*Il diritto/dovere di vigilare sulle comunicazioni del minore da parte del genitore non giustifica indiscriminatamente qualsiasi illecita intrusione nella sfera di riservatezza del primo (espressamente riconosciutagli dall'art. 16 della Convenzione sui diritti del fanciullo approvata a New York il 20 novembre 1989 e ratificata dallo Stato italiano con legge 27 maggio 1991, n. 176), ma solo quelle interferenze che siano determinate da una effettiva necessità, da valutare secondo le concrete circostanze del caso e comunque nell'ottica della tutela dell'interesse preminente del minore e non già di quello del genitore*”. Discutendo intorno alla ricorrenza dei requisiti di cui all'art. 617 c.p., la Corte ha modo ribadire una serie di principi civilistici concernenti l'alterità dei figli rispetto ai genitori nelle circostanze delle conversazioni telefoniche, nonché la legittimità di eventuali ingerenze nei casi in cui possa riscontrarsi il “legittimo” esercizio di un diritto, o il “legittimo” adempimento di un dovere.

²⁵ È questo il caso deciso dal Garante, con provvedimento dell'8 maggio 2013, doc. web n. 2433401 reperibile nel sito *Garante privacy*.

JUS CIVILE



mente nel consultare la sua corrispondenza) per verificare taluni contatti ritenuti responsabili di (presunti) comportamenti allarmanti, venga a conoscenza di altri dati, concernenti altre attività o esperienze del minore che nulla hanno a che fare con le ragioni che hanno motivato l'ingerenza e che –si suppone– siano state tali da poterla giustificare.

La questione cioè è duplice.

Per un verso l'ingerenza del genitore deve essere giustificata (legittima, si direbbe), il che riguarda l'*an* del potere/dovere del genitore di interferire con il diritto alla riservatezza di cui il figlio è titolare *anche* nei suoi confronti.

Per altro verso, una volta effettuato l'accesso ai dati con questa motivazione, si pone il problema del *quantum* e/o del *quomodo* il genitore possa spingersi nella conoscenza o nella ricerca di altri dati riguardanti la vita personale del figlio, e dell'ambito all'interno del quale possa farne uso, condividendoli con terzi soggetti o elaborandoli. Problema che –ovviamente– assume dimensioni diverse a seconda del mezzo utilizzato per accedere e dell'oggetto sul quale l'accesso si realizza (la cartella o un cassetto, piuttosto che il cellulare o un social network cui il figlio è iscritto), in relazione al quale peraltro il genitore potrebbe pure venire a conoscenza di dati personali che riguardano altri soggetti (ad esempio, gli "amici" del figlio), con possibili effetti di responsabilità anche nei confronti di costoro.

a) *L'an*

La prima questione può non senza difficoltà risolversi attraverso il consueto strumento del *best interest*, criterio adeguato in teoria a bilanciare diritto alla riservatezza e potere di vigilanza. E qui l'interprete poco ha da dire in assenza di circostanze concrete che possono far sorgere nel genitore il dubbio che il *best interest* richieda di violare la *privacy* del figlio, perché poco significano *in astratto* quelle regole cui certamente è possibile dar credito e condivisione secondo le quali il genitore deve tenere conto della personalità *in fieri* del figlio, delle sue attitudini e delle sue performance, fino a quando le concrete circostanze non evidenziano una deviazione significativa da una costanza/continuità di comportamenti che i genitori hanno fino a quel momento osservato e valutato come fisiologica in relazione all'età e alla personalità. E questa deviazione sia a sua volta apprezzabile come indice non fisiologico della crescita o della formazione della personalità, sulla base di criteri non meramente soggettivi o comunque riconducibili esclusivamente all'interesse o al mero convincimento dei genitori. Fermo restando comunque che il minore deve essere sentito per acquisire nel modo più appropriato la sua opinione ed anche il suo consenso, in relazione a quanto dispone la norma codicistica sul diritto d'ascolto e la capacità di discernimento del minore infradodicenne²⁶.

²⁶ Ci si dovrebbe rendere conto, in altre parole, che l'applicazione di questi criteri non può sempre condurre alla più corretta soluzione del caso, sia perché le circostanze concrete oggetto di apprezzamento attengono a comportamenti umani sfuggenti e non classificabili; sia perché il loro apprezzamento non sfugge a sua volta a margini di relativismo e approssimazione. Non resta allora che affidarsi alla correttezza della procedura che in qualche modo le

JUS CIVILE



Si possono perciò ipotizzare regole di comportamento di questo tenore.

--Casi normali. Di regola, i genitori devono rispettare la riservatezza della vita personale del minore, a partire dall'età nella quale lo stesso comincia a manifestarla in relazione alla sua maturità. Non dovrebbero perciò ritenersi ammissibili accessi sistematici, usuali e gratuiti ai dati del minore contenuti in qualunque luogo od oggetto dallo stesso utilizzati per raccogliervi, materiale o elettronico. Quanto più il minore cresce e passa dalla fase dell'infanzia a quella dell'adolescenza, a quella più prossima alla maggiore età, tanto più il potere di accesso del genitore si restringe.

--Casi non normali o gravi. Se il minore manifesta disagio, squilibrio, disadattamento o qualunque altro comportamento possa essere valutato come sintomo di una deviazione significativa dal percorso di crescita fino a quel momento seguito, e in relazione alla gravità di questi indizi, i genitori possono o devono esercitare l'ingerenza e l'accesso ai dati personali. Ma rispettando sempre, in relazione all'età e alla capacità di discernimento del figlio, il suo diritto all'ascolto e forse anche al consenso²⁷, attivando tutte le procedure di consultazione (delle istituzioni scolastiche o sociali) che si rendessero appropriate nelle circostanze e in relazione al suo benessere.

Sembra da escludere, in altri termini, qualunque invasione immotivata, improvvisa e "clandestina", e necessaria per contro una modalità di accesso che coinvolga lo stesso minore e lo renda partecipe della questione "che lo riguarda". Così come sembrerebbe da escludere che l'opposizione all'accesso manifestata espressamente dal minore quattordicenne possa essere vinta con l'esercizio autoritario o violento della responsabilità genitoriale, richiedendosi piuttosto l'attivazione immediata delle procedure ordinarie di soluzione dei conflitti endofamiliari.

Solo i casi più gravi, che mettono a rischio la dignità e l'integrità mentale o fisica del minore possono giustificare un intervento dei genitori che violi la riservatezza, nell'interesse del minore alla massima protezione della sua persona quando la vulnerabilità si presenta come pericolo²⁸.

norme del diritto di famiglia suggeriscono e operare alla stregua di una attenta e completa considerazione di tutti i riferimenti del caso concreto, rispettando le regole ora indicate nel testo. È molto utile, allo scopo di acquisire un atteggiamento mentale propenso al bilanciamento ragionevole degli interessi, la lettura del Documento *Opinion 2/2009 on the protection of children's personal data (General Guidelines and the special case of schools)*, elaborato l'11 febbraio 2009 dal Gruppo di lavoro "Article 29 Data Protection working party", attivo presso la Commissione Europea (Website: http://ec.europa.eu/justice_home/fsj/privacy/index_en.htm). Nel documento si reperiscono utili specificazioni del *best interest* in relazione al diritto alla privacy e si chiarisce che "always" l'accesso dei genitori è esercitato nell'interesse del minore (p.10).

²⁷ Resta infatti dubbia per la verità l'applicazione della norma contenuta nell'art. 8 del Regolamento UE, relativa al consenso autonomo del minore di anni 16, in Italia 14, al trattamento dei dati personali, trattandosi di norma destinata a governare il rapporto tra minori e professionisti fornitori di servizi della società dell'informazione.

²⁸ In questi casi, come ovvio, i genitori *devono* intervenire, nell'esercizio del dovere di vigilanza e di cura, e la riservatezza cede del tutto al *best interest*. È in casi di questo genere peraltro che può scattare l'insieme dei rimedi e delle azioni congiunte di cui alla disciplina prima citata del cyberbullismo. Su quest'ultimo fenomeno si veda l'intervento del Garante Antonello Soro, Minori in rete, puntare sulla rimozione tempestiva dei contenuti lesivi, pubblicato nel sito Garante privacy in data 6 febbraio 2017. Interessante in tal senso anche la recente Cass. pen., 8 giugno 2018, n.33862, in tema di creazione e utilizzazione di un profilo Facebook utilizzando l'immagine di un minore inconsapevole per ottenere contatti con altri minori a scopi sessuali. La si trova in <https://www.iusexplorer.it/Dejure/>

JUS CIVILE



b) *Il quomodo*

Una volta effettuato l'accesso (con riferimento prevalentemente alla seconda categoria di casi) nell'interesse dello stesso minore specificamente individuato nella concretezza delle circostanze del caso, quale presupposto e ragione giustificatrice della violazione della sua privacy, si pone il secondo problema, del *quomodo* e del *quantum* i genitori possano spingersi nella conoscenza o nella ricerca dei dati personali con i quali, in relazione a ciascun mezzo, essi vengono in contatto.

Qui, come già detto, le norme civilistiche sulle relazioni familiari non danno alcuna indicazione specifica, diversa da quella risultante dalla combinazione bilanciata e ragionevole dei due interessi che si fronteggiano, quello del minore e quello dei genitori.

Una risposta non casuale e non generica può venire allora dalla disciplina specifica della privacy, dal Regolamento UE e dal nostro Codice adeguato. Pur se questi dati normativi sono diretti alla regolazione dell'attività professionale di raccolta dei dati e della relativa elaborazione, ciononostante non si vede alcun ostacolo alla verifica sistematica della possibilità di applicare i relativi *principi* anche alle modalità e ai tempi dell'accesso che i genitori esercitano sui mezzi attraverso i quali i figli minori gestiscono e controllano la loro sfera personale e i relativi dati. Tale cautela è determinata dalla lettera dell'art. 2, lett.c del Regolamento, ai sensi della quale la disciplina del Regolamento non si applica al trattamento dei dati effettuati da una persona fisica per l'esercizio di un'attività a carattere esclusivamente personale o domestico, ambito nel quale rientrerebbe –e per difetto– la consultazione operata dai genitori sui dati personali del minore.

Ora, certamente si comprende come l'apparato di garanzie, procedimenti e regole che governano l'attività professionale delle banche dati non possa e non debba ritenersi applicabile all'accesso personale da parte dei genitori ai dati riservati dei figli.

Ma questa elementare considerazione non può trascurare la necessità che anche il diritto alla riservatezza dei minori debba essere coperto da garanzie all'interno della famiglia e proprio nei confronti dei possibili abusi da parte dei genitori (o di altri soggetti che volessero accedere ai loro dati: gli insegnanti per esempio); né condurre necessariamente alla conclusione di un vuoto di regole –diverse dalle clausole generali– che possano più precisamente porre un limite e imprimere una direzione ai contenuti ai modi e ai tempi dell'accesso operato dai genitori in relazione al motivo specifico che lo ha giustificato e lo rende legittimo nelle circostanze del caso.

Ed allora, operato l'accesso nel rispetto dei procedimenti tipici delle relazioni familiari, non si vede la ragione per la quale il motivo e la ragione dell'accesso non debbano essi stessi costituire anche il limite. Non si vede perché, in altre parole, il motivo non debba essere il punto di riferimento per stabilire i confini della ricerca e dell'uso dei dati, in applicazione –adattata alla dimensione dei rapporti familiari– dei principi della necessità e finalità, della pertinenza, della proporzione, della limitazione o non eccedenza dei dati²⁹.

Sentenze?idDocMaster=7465562&idDataBanks=3&idUnitaDoc=0&nVigUnitaDoc=1&pagina=1&NavId=683929989&pid=19&IsCorr=False. La Cassazione parla di sostituzione di persona nella sua identità digitale.

²⁹ Questi infatti sono i principi ai quali il Regolamento sottopone il trattamento dei dati personali da parte dei tito-



I genitori dunque dovrebbero prendere conoscenza o “prelevare” soltanto quei dati *necessari* alla soluzione del problema esistenziale del minore in ragione del quale l’accesso è stato motivato, e non di altri dati con i quali venissero in contatto casualmente e che non fossero necessari o utili per elaborare quella soluzione funzionale al benessere del minore richiesta dal caso. Un accesso invasivo e generalizzato, che perda il carattere della *proporzionalità* al motivo che lo giustifica dovrebbe considerarsi illegittimo e lesivo della riservatezza del minore, a maggior ragione se i genitori dovessero imbattersi in dati sensibili (quelli di cui all’art. 9 del Regolamento), idonei a rivelare, ad esempio, l’orientamento sessuale, le opinioni politiche o religiose del minore, o le esperienze in tal senso compiute dal minore in questi campi.

Certamente, la pretesa di applicare in modo rigoroso le regole indicate nei confronti di genitori, che consumano attraverso l’accesso al cellulare o al PC del figlio minore una preoccupazione o un’ansia giustificata o giustificabile, è difficile che trovi strumenti rimediali altrettanto rigorosi, quali quelli azionabili nei confronti dei professionisti del trattamento dei dati. Ciononostante, si ribadisce l’importanza di dotare il necessario controllo parentale di dispositivi di sicurezza e garanzia per i minori, specie quelli in età adolescenziale, sì da raggiungere –anche nel più ampio contesto educativo istituzionale– l’obiettivo auspicabile di una consapevolezza utile a selezionare siti e app proposti nel web, evitando una strategia autoritaria e proibizionista, che la scienza pedagogica ritiene comunque inappropriata, specie per i minori “nativi digitali”.

5. – La questione del diritto alla riservatezza del minore in merito ai dati sensibili assume rilievo specifico con riferimento ai dati sanitari, talvolta collegati a scelte esistenziali compiute dall’adolescente senza la partecipazione dei genitori. Qui, infatti, il possibile conflitto tra il diritto del minore ad autodeterminarsi e il potere di interferenza dei genitori assume a sua volta una dimensione peculiare, in relazione alla difficoltà di tracciare il sottile confine che divide il rispetto della volontà del minore e la responsabilità dei genitori per non essere tempestivamente intervenuti nella somministrazione delle cure necessarie al suo benessere. Situazione che, paradossalmente, si aggrava quando il minore munito della capacità di discernimento esprimesse un’opinione contraria a quella elaborata dai genitori, la quale pertanto non dovrebbe poter pre-

lari. Li troviamo agli artt. 5 e 6, e sono quelli di cui lo stesso Garante ha fatto applicazione nel decidere il caso di cui al provvedimento dell’8 maggio 2013, doc. web n. 2433401, già citato. Nel caso in questione, un asilo nido risultava aver installato un sistema di videosorveglianza che consentiva ai genitori di controllare i propri bambini quando si trovavano al nido e affidati alle maestre. Il garante svolge le indagini di routine, pure in relazione al fatto che il sistema rendeva possibile ai genitori controllare anche terze persone (le maestre e gli altri minori), e a terzi soggetti controllare i minori. E ritiene che non sussistano nella fattispecie né la necessità né la proporzionalità del trattamento, per la mancanza di situazioni di reale pericolo per la sicurezza dei bambini, tali da giustificare il sacrificio della loro riservatezza. Il caso evidenzia l’uso di strutture di controllo dei dati non propriamente rudimentali o domestiche, ma in assenza di specifiche attività di elaborazione dei dati raccolti e dell’interesse in ragione del quale il sistema era stato predisposto (soddisfare le esigenze dei genitori), la sua soluzione risulta di più ampia utilità anche per altri casi più semplici. Per la posizione generale del Garante in tema di videosorveglianza, si veda poi il Provvedimento dell’8 aprile 20110, doc. web n. 1712680, reperibile nel sito Garante privacy.

JUS CIVILE



valere su quella del figlio. Ciò è quanto sembrerebbe di evincere da taluni arresti della giurisprudenza³⁰; ed quanto si sostiene anche in dottrina da parte degli autori che valorizzano in tal senso le manifestazioni normative dell'autodeterminazione del minore, sia quelle contenute in talune leggi per taluni casi specifici, sia quella riconducibile alla recente legge sul *Consenso informato e le Disposizioni anticipate di trattamento*³¹.

Ora, e indipendentemente da quanto la nuova legge abbia spostato in avanti il peso specifico del consenso informato del minore, non sembra esservi dubbio che comunque alla valorizzazione di questo corrisponda anche il rafforzamento del suo diritto a tenere riservati i dati e le informazioni collegati alle sue scelte terapeutiche o alle sue scelte esistenziali che comportano il ricorso a trattamenti sanitari, quantomeno in tutti quei settori nei quali la sua autodeterminazione è certa. Il che, sul piano pratico, si traduce non solo nel diritto personale a tenere conservate e riservate le informazioni in oggetto presso di sé, nel suo ambiente abituale di vita, ma anche nel diritto a che le strutture sanitarie che raccolgono questi dati siano *ordinariamente* tenute a non esibirle ai genitori, specie in assenza di motivazioni valide³².

³⁰ Trib. Minori di Milano, 15 febbraio 2010, in *Famiglia e diritto*, 2011, p. 401, con nota di F. Ruscello, *Minore età e capacità di discernimento: quando i concetti assurgono a supernorme*, *ibidem*, p. 404, con la quale il giudicante sancisce la piena autodeterminazione del minore che sia prossimo al raggiungimento della piena capacità di agire. Opinione alla quale Ruscello oppone l'idea per cui l'accertamento della capacità di discernimento andrebbe piuttosto accertata caso per caso e non presupposta in relazione ad una certa età del minore.

³¹ I riferimenti sono innanzitutto alle discipline che autorizzano libere scelte dei minori nei campi della procreazione responsabile, dell'interruzione volontaria della gravidanza, dell'uso non terapeutico di sostanze stupefacenti e della diagnostica dell'HIV. Per questa casistica e per i riflessi concernenti l'autodeterminazione anche nel controllo dei propri dati personali che riguardano queste scelte, si veda R. Ducato, U. Izzo, *Diritto all'autodeterminazione informativa del minore gestione dei dati "supersensibili" nel contesto del fascicolo sanitario elettronico*, in *Dir. Informatica*, 2013, p. 703 ss.; C. Fin, *I requisiti di validità del consenso del paziente al trattamento sanitario*, in *Studium iuris*, 2016, p. 1018. Mentre una previsione più generale sembrerebbe quella introdotta dalla legge n.219 del 2017, che in modo non del tutto coerente per un verso affida il diritto di rifiutare le cure o revocare il consenso previamente prestato alle persone "capaci di agire" (art. 1, co. 5); per altro verso sancisce (art. 3, co. 1-2) il diritto del minore di essere informato per poter "esprimere la sua volontà", della quale gli esercenti la responsabilità genitoriale devono tener conto, nel rispetto della salute del minore e della sua dignità. La prima disposizione citata riporta in auge il tema del perimetro di applicazione della norma sull'incapacità legale del minore, e il contrasto fra chi confina la regola al campo delle attività a contenuto patrimoniale, con esclusione di quello relativo all'esercizio dei diritti personalissimi; e chi invece opta per la tradizionale lettura generalista della incapacità. In argomento vedi da ultimo R. Senigaglia, *"Consenso libero e informato" del minorenne tra capacità e identità*, di prossima pubblicazione in *Rass. dir. civ.*, 2018, letto in anticipo per la cortesia dell'A., il quale risolve la lettura sistematica delle norme in discorso nel senso della piena autodeterminazione del minore correttamente informato e munito di adeguata capacità di discernimento. Sulla legge in discorso, relativamente al punto concernente la posizione del minore, si vedano anche P. Zatti, *Spunti per una lettura della legge sul consenso informato e DAT*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2018, p. 249 D. Carusi, *La legge sul biotestamento: una luce e molte ombre*, in *Corriere giur.*, 2018, p. 295; P. Borsellino, *Biotestamento. I confini della relazione terapeutica e il mandato di cura*, in *Famiglia e diritto*, 2018, p. 799; informazioni utili in *Il Civilista*, *Consenso informato e DAT: tutte le novità*, Milano, 2018, p. 19 (a cura di M. Rodolfi).

³² Ciò è quanto ha ritenuto anche il Garante, nel provvedimento del 17 novembre 2010, doc.web n. 1769451, nel sito Garante privacy, con il quale è stato negato il diritto dei genitori – *che avevano trovato nella camera della figlia sedicenne una confezione di contraccettivi già utilizzata* – di accedere alle prescrizioni conservate dalla ASL relative ad accessi di pronto soccorso, ginecologia, ecc. La base giuridica del diniego è proprio l'art. 2 della legge n.194/1978, che consente ai minori di ricorrere a consultori e strutture sanitarie senza informare i genitori, con la ratio evidente di



Senonché, come è facile osservare, le modalità di protezione di questo diritto possono cambiare notevolmente in presenza della conservazione elettronica di tutti i dati sanitari dei cittadini da parte delle Aziende ospedaliere, attraverso il cosiddetto Fascicolo sanitario elettronico (FSE)³³. IL FSE è lo strumento attraverso il quale il cittadino può costruire, tracciare e consultare tutta la storia della propria vita sanitaria, condividendola con i professionisti sanitari che lo hanno in cura e che lo alimentano via via con tutte le informazioni che riguardano il suo stato di salute, le terapie, gli accertamenti diagnostici, e così via (art. 2, Regolamento n.178/2015). Pertanto, il FSE “consentirà, in particolare, la costruzione di un punto unico di condivisione e aggregazione delle informazioni rilevanti e di tutti i documenti sanitari e socio-sanitari relativi al cittadino, generati dai vari attori del SSN e dai servizi socio-sanitari regionali”³⁴.

Considerata la natura dei dati oggetto del FSE, è fin troppo ovvio che lo stesso possa essere costituito e alimentato solo attraverso la manifestazione del consenso libero e informato dell’assistito, il quale può revocarlo in ogni momento, così disabilitando la consultazione dei dati e dei documenti presenti nel FSE da parte dei professionisti sanitari e socio-sanitari precedentemente autorizzati, senza alcun pregiudizio del suo diritto all’assistenza sanitaria (art. 7 Regolamento n.178/2015). Inoltre, l’assistito ha il diritto di richiedere l’oscuramento dei dati e documenti sanitari e socio-sanitari sia prima dell’alimentazione del FSE che successivamente, garantendone la consultabilità esclusivamente a se stesso e ai titolari che li hanno generati (art. 8); mentre alcuni dati supersensibili sono soggetti ad oscuramento e visibili solo “previo esplicito consenso dell’assistito, fermo restando che, nel caso l’assistito scelga di ricorrere alle prestazioni in anonimato, non è ammessa l’alimentazione del FSE da parte dei soggetti che erogano le prestazioni”³⁵.

In questo contesto, la posizione del minore è contemplata nell’art. 7, commi 3 e 4, alla stregua del quale “Nel caso di minore o di persona sottoposta a tutela, il consenso deve essere espresso dal rappresentante legale, mediante l’esibizione di un proprio documento di identità. Al raggiungimento della maggiore età, il consenso deve essere confermato da un’espressa manifestazione di volontà del neo-maggiorenne, dopo aver preso visione dell’informativa”.

Si ripropone così il problema già esaminato a proposito della legge n.219 del 2017, che attri-

garantire l’anonimato dei minori ed evitare che – in caso contrario – gli stessi si rivolgano clandestinamente a soggetti che non forniscono adeguate garanzie. È interessante notare come il garante suggerisca poi l’esercizio di una potestà educativa inducendo i figli al dialogo, piuttosto che – se ne desume – cercando di raccogliere informazioni riservate.

³³ Sulla normativa che prevede e disciplina il FSE si vedano le informazioni rese dall’Agenzia per l’Italia digitale nella pagina <https://www.fascicolosanitario.gov.it/normativa-di-riferimento>. L’ultimo provvedimento utile è comunque il Regolamento di cui al DPCM n.178 del 29 settembre 2015

³⁴ <https://www.fascicolosanitario.gov.it/il-fascicolo-sanitario-elettronico>.

³⁵ Ai sensi dell’art. 5 del Regolamento, sono soggetti a maggior tutela “I dati e i documenti sanitari e socio-sanitari disciplinati dalle disposizioni normative a tutela delle persone sieropositive, delle donne che si sottopongono a un’interruzione volontaria di gravidanza, delle vittime di atti di violenza sessuale o di pedofilia, delle persone che fanno uso di sostanze stupefacenti, di sostanze psicotrope e di alcool, delle donne che decidono di partorire in anonimato, nonché i dati e i documenti riferiti ai servizi offerti dai consultori familiari”

JUS CIVILE



buisce il potere di prestare il consenso informato alla persona *capace di agire*.

Ragioni di coerenza impongono di riproporre le argomentazioni già evidenziate in quella sede, con riferimento specifico alla ricostruzione della portata dell'art. 2 del codice civile esclusivamente agli atti aventi contenuto patrimoniale, e la valorizzazione invece dell'autonoma determinazione del minore dotato di discernimento per ciò che concerne le scelte relative all'esercizio dei diritti personali, specie laddove sia la legge stessa che autonomizza il minore rispetto alla potestà (rectius responsabilità) decisionale del genitore nella scelta di taluni trattamenti o interventi³⁶.

Ma il Regolamento sul fascicolo elettronico, pur confermando il dato *meramente testuale* del consenso sostitutivo dell'esercente la responsabilità genitoriale "capace di agire", presenta una norma che aiuta nella lettura sistematica di quel dato nel senso della rilevanza della scelta del minore dotato di discernimento. Si tratta del già citato art. 5, alla stregua del quale i dati in esso indicati sono resi visibili solo previo esplicito consenso dell'assistito, sono cioè in quanto tali anonimi *di default*. E si tratta esattamente di quei dati relativi alle scelte sanitarie affidate interamente all'autodeterminazione del minore, senza la partecipazione in rappresentanza dei genitori. Ora, se in tali casi la visibilità del dato è rimessa all'esplicito consenso del soggetto cui si riferiscono, ed anche se questi è minore d'età³⁷; e se la stessa regola si applica a tutti gli altri dati attinenti a quel programma di cura; non si riesce a trovare una ragione valida per ritenere che nei casi ordinari di cui all'art. 7 prima menzionato i titolari della responsabilità genitoriale non debbano dare l'autorizzazione all'alimentazione del FSE *tenendo in considerazione* la volontà del minore dotato di discernimento, opportunamente informato e ascoltato secondo le procedure più conformi alle circostanze e al suo interesse³⁸. Il che si traduce poi nel diritto del minore di avere accesso al suo FSE e di chiedere l'oscuramento preventivo dei dati che voglia tenere riservati³⁹.

6. – Rimane da affrontare infine il secondo aspetto del diritto alla riservatezza del minore, che può venire in evidenza allorché siano i genitori medesimi a dare divulgazione ad immagini o dati del figlio minore, senza il suo consenso e/o con il consenso di uno solo di loro, così autorizzando l'ingerenza di terzi nella sfera di riservatezza del figlio ed esponendolo anche a potenziali rischi, tanto più gravi quanto più pervasivo è il mezzo sul quale i dati sono stati divulgati.

Il quadro delle disposizione utili a regolare il caso si ricava dai principi fin qui esposti, e or-

³⁶ Vedi retro nel testo e nota 29, con i relativi riferimenti bibliografici.

³⁷ Consenso che i sanitari hanno la responsabilità di raccogliere (art. 5, co. 2).

³⁸ In argomento si rinvia di nuovo a R. Ducato, U. Izzo, *Diritto all'autodeterminazione informativa del minore*, cit., *passim*.

³⁹ L'architettura elettronica del FSE dovrebbe essere costruita dunque in materia tale che i dati che il minore, come qualunque altro interessato, intende tenere riservati, non appaiano nemmeno un istante agli occhi di chi è autorizzato all'accesso al fascicolo ma non a quei dati, inclusi i genitori.

JUS CIVILE



mai consolidati nelle Carte dei diritti internazionali intorno al diritto di riservatezza del minore quale espressione della inviolabilità della persona, cui si accompagnano le norme codicistiche in tema di tutela dell'immagine, nonché quelle in tema di diritto d'autore relative alla pubblicazione del ritratto di una persona senza il suo previo consenso, e quelle proprie del codice della privacy adeguato⁴⁰.

Queste ultime puniscono quale condotta penalmente rilevante la “pubblicazione e divulgazione con qualsiasi mezzo di notizie o immagini idonee a consentire l'identificazione di un minore ... anche in caso di coinvolgimento a qualunque titolo del minore in procedimenti giudiziari in materie diverse da quella penale” (art. 50). Mentre “chiunque diffonde sentenze o altri provvedimenti giurisdizionali ... è tenuto ad omettere in ogni caso ... le generalità, altri dati identificativi o altri dati anche relativi a terzi dai quali può desumersi anche indirettamente l'identità di minori, oppure delle parti nei procedimenti in materia di rapporti di famiglia e di stato delle persone” (art. 52, co. 5). Ancora, l'art. 96 tutela il diritto dello studente alla riservatezza, pur rendendo possibile alle istituzioni scolastiche e universitarie la divulgazione di dati relativi agli esiti formativi intermedi e finali degli studenti, ma non dei dati sensibili; e l'art. 132-quater, infine, pone a carico del fornitore di un servizio di comunicazione elettronica l'obbligo di informare gli utenti “mediante linguaggio chiaro, idoneo e adeguato rispetto alla categoria e alla fascia di età dell'interessato” sui rischi di violazione della sicurezza della rete, con particolare attenzione ai minori di età.

Torna dunque in rilievo la condizione del minore quale soggetto vulnerabile, esposto ai rischi specifici della rete, protetto anche dalla norma penale, nonché da quella civile che sanziona –come vedremo a breve– perfino gli esercenti la responsabilità genitoriale, i quali non adottino tutte le regole di prudenza necessarie a preservare i minori dai rischi di un abuso dei loro dati personali in pregiudizio della loro *persona*. Insieme con il terzo operatore della rete che fosse diretto autore del pregiudizio, in altri termini, concorre nella responsabilità il genitore autore della divulgazione illecita del dato; il che permette di cogliere –ancora una volta e ancora di più in questo caso– il senso del passaggio dalla *potestà* alla *responsabilità* genitoriale. Che è anche quello di mettere in evidenza e regolare –senza più occultarlo all'interno delle mura domestiche– il possibile conflitto tra genitori e figli minori, quando i primi non svolgono correttamente il *munus* di cui sono portatori. La cortina invalicabile che i diritti del minore erigono tra la sua persona e i terzi opera innanzitutto nei confronti dei genitori, e i figli stessi –ove muniti della capacità di discernimento– possono direttamente reagire *contro* di loro.

Ciò è quanto emerge da una delle decisioni recenti della magistratura, relativa al caso di un minore sedicenne, sottoposto alla cura di un tutore e di un curatore speciale a seguito della so-

⁴⁰ Il quadro della normativa cui si fa riferimento è ben tracciato nel contributo di M. Nitti, *La pubblicazione di foto di minori sui social network tra tutela della riservatezza e individuazione dei confini della responsabilità genitoriale*, in *Famiglia e diritto*, 2018, p. 380, in nota alle due decisioni pilota che hanno fortemente sanzionato come non corretto esercizio della responsabilità genitoriale la pubblicazione di foto di minori sui social senza il consenso di uno dei due genitori o del figlio sedicenne.

JUS CIVILE



sospensione dei genitori dalla responsabilità genitoriale, il quale esprime ripetutamente durante le procedure di ascolto il suo disagio nei confronti di continui e arbitrari comportamenti della madre consistenti nella divulgazione sui social di foto e post sulla sua vita personale e sul suo disagio psicologico, e nella conseguente creazione di uno stato di pregiudizievole pressione mediatica. In ragione di ciò il ragazzo chiedeva anche che gli fosse consentito di proseguire gli studi all'estero. Nell'assumere tutti i provvedimenti del caso nell'interesse del minore, per come dallo stesso rappresentato e richiesto, il giudice inibisce alla madre la diffusione di immagini o notizie relative al figlio, ordinandole la rimozione di quelle già pubblicate e determina attraverso un'astreinte l'obbligo del pagamento di una somma di denaro in caso di mancata ottemperanza degli obblighi suddetti⁴¹.

Ciò detto, non occorre più di tanto sottolineare l'impegno della magistratura nell'applicare la normativa di protezione della riservatezza del minore in ogni altra circostanza nella quale terzi soggetti operino una divulgazione illecita dei dati personali che lo riguardano⁴².

⁴¹ Si tratta della sentenza del Trib. Roma, 23 dicembre 2017 in *Dirittifondamentali.it*; e *Il familiarista.it*, 12 marzo 2018, con nota di G.O. Cesaro; un commento di S. Peron si trova in *Resp. Civile e previdenza*, 2018, p. 589. Il secondo caso di solito menzionato nella trattazione del tema in esame è quello trattato dal Trib. di Mantova, 19 settembre 2017, annotata da S. Peron, *Sul divieto di diffusione sui social network delle fotografie e di altri dati personali dei figli*, in *Resp. civile e previdenza*, 2018, p. 0589C; e da S. Molfino, in *Ilfamiliarista.it*, 18 gennaio 2018. Altre note su entrambe le decisioni in M. Nitti, *La pubblicazione di foto di minori sui social network*, cit., passim.

⁴² In tal senso, Cass., 26 giugno 2018, in *Diritto e Giustizia*, 2018, p. 9, con nota di A. Ievolella, *Graduatoria a scuola: indicato lo stato di salute dell'allieva*, risarciti i genitori; Cass., 25 novembre 2014, n.24986, in *Giustizia Civile*, Massimario, 2014, entrambe relative a casi di divulgazione di dati sensibili di un minore attraverso la pubblicazione di graduatorie o altri provvedimenti rilevanti ai fini dell'attribuzione di benefici economici o sociali.



INTRODUZIONE GENERALE AL DIRITTO DELLE SUCCESSIONI CINESE*

SOMMARIO: 1. *Lo stato attuale del diritto delle successioni nell'ordinamento giuridico cinese.* – 2. *Il concetto di famiglia in Cina e la sua influenza sul diritto delle successioni.* – 3. *I principi generali del diritto delle successioni cinese.* – 4. *L'incapacità e l'indegnità a succedere.* – 5. *L'oggetto della successione.* – 6. *L'apertura della successione. L'accettazione e la rinuncia all'eredità.* – 7. *Le azioni ereditarie. La prescrizione.* – 8. *La successione legittima.* – 9. (segue) *La rappresentazione.* – 10. *La successione testamentaria.* – 11. (segue) *I legati.* – 12. *Altre norme in tema di eredità.* – 13. *I problemi più discussi nell'attuale fase di codificazione.* – 14. *Conclusioni.*

1. – In Cina, non abbiamo ancora un Codice civile, solo numerose leggi speciali su varie materie del diritto civile, tra le quali: la Legge sui principi generali del diritto civile (1986) ora in larga misura sostituita dalla Parte generale del diritto civile (2017, su cui torneremo nel prosieguo), la Legge sui contratti (1999), la Legge sui diritti reali (2007), la Legge sul matrimonio (1981), la Legge sulle successioni (1985), la Legge sulla responsabilità da fatti illeciti (2009). Secondo l'art. 13 della Costituzione cinese, lo Stato protegge per legge i diritti patrimoniali privati e i diritti ereditari dei cittadini. La Legge sulle successioni, emanata nell'aprile del 1985, si compone di cinque capitoli (norme generali, successione legittima, successione testamentaria e legato, norme in tema di eredità, norme supplementari) e di 37 articoli. Ovviamente, rispetto a quanto previsto in materia di successioni *mortis causa* nel diritto italiano, i contenuti della Legge sulle successioni cinese si rivelano piuttosto semplici. Dopo più di trent'anni di sviluppo dell'economia, peraltro, le condizioni patrimoniali e sociali dei cittadini cinesi sono migliorate, con la conseguenza che da tempo si discute della necessità di modificare la suddetta Legge.

L'opportunità di risistemare le norme sulle successioni è finalmente offerta dal progetto di codificazione, iniziato nell'anno 2014. Secondo il programma legislativo, la codificazione si sta svolgendo in due passi: l'approvazione innanzi tutto di regole sul diritto civile in generale e, successivamente, entro il 2020, di un testo che coordini le attuali leggi concernenti diverse materie del diritto civile (inclusa la Legge sulle successioni), cioè di un vero e proprio Codice civile. Abbiamo appena concluso il primo passo. La Parte generale del diritto civile è stata approvata il 15 marzo 2017 dall'Assemblea Nazionale del Popolo ed è entrata in vigore il 1° ottobre 2017. Pertanto, ci troviamo ora in un momento importante per il riordinamento del nostro diritto delle successioni.

* Scritto destinato all'Opera collettanea *Casi controversi in materia di diritto delle successioni*, II, *Esperienze straniere*, in preparazione per la *Collana del Dipartimento di Scienze giuridiche dell'Università di Verona*.

JUS CIVILE



È interessante notare, inoltre, che la Corte Suprema ha emanato (in data 11 settembre 1985) una “Interpretazione giudiziale” concernente proprio l’applicazione e l’integrazione della Legge sulle successioni (di seguito denominata semplicemente “Interpretazione”). Tale “Interpretazione” non presenta alcuna somiglianza con il massimario della Corte di Cassazione italiana. Essa, al contrario, è normalmente composta di articoli del tipo di quelli che si trovano contenuti in una legge, assolvendo così la funzione di supporto nell’interpretazione della normativa vigente e, in alcuni casi, persino la funzione di colmare vuoti normativi, per mezzo di direttive che si rivelano assai importanti per i giudici nell’applicazione concreta delle norme. Ciò considerato, le “interpretazioni giudiziali”, anche se in teoria non hanno forza di legge, assumono grande rilevanza all’interno del sistema giuridico cinese, fino a trasformarsi, da semplici indicazioni con efficacia meramente persuasiva, in una sorta di *quasi legge* da rispettare.

2. – Perché la Legge sulle successioni contiene così pochi articoli, rispetto alle altre leggi speciali in materia di diritto civile? La Legge sui contratti, per esempio, contiene 428 articoli, la Legge sui diritti reali 247, la Legge sulla responsabilità da fatti illeciti 92. Inoltre, come è potuto accadere che la Legge sulle successioni sia stata applicata dalla giurisprudenza, per tutti questi anni, senza modifiche?

Tralasciando il fatto che negli anni ottanta del secolo scorso, dopo la rivoluzione culturale dell’epoca di Mao, il sistema giuridico cinese non era così sviluppato come oggi, una spiegazione potrebbe essere collegata alle c.d. politiche del figlio unico. Queste politiche sono state avviate dagli anni settanta del secolo scorso ed estese su scala nazionale nel 1982. Solo negli ultimi anni, precisamente a partire dal 2016, con le modifiche apportate alla Legge sulla popolazione e sulla pianificazione familiare, i genitori cinesi possono avere due figli. Si può facilmente immaginare l’influenza di tale scelta sul diritto delle successioni, se si considera che essa ha cambiato profondamente la struttura della famiglia cinese. Una persona nata negli ultimi anni può trovarsi in una situazione familiare in cui non ha fratelli, sorelle, zii e nipoti.

Tuttavia, non possiamo sopravvalutare l’impatto della pianificazione familiare sul diritto delle successioni e, allo stesso tempo, sottovalutare gli altri fattori culturali e morali presenti in Cina. Come in qualsiasi altro ordinamento giuridico, il diritto delle successioni è strettamente collegato alla struttura della famiglia, che è profondamente mutata negli ultimi secoli in Cina. Da un lato, vi è stato un processo di modernizzazione della famiglia: nella tradizione cinese, la famiglia è un istituto piuttosto vasto, una sorta di società con un sistema di governo in cui il padre o il maschio più anziano è il capo, e la discendenza è tracciata attraverso la linea maschile; dopo la fine del sistema feudale, però, in Cina come nel mondo occidentale, la famiglia si è fondata sul matrimonio, inteso come istituto che crea un rapporto soprattutto tra marito e moglie, nonché tra genitori e figli. Dall’altro lato, si vede ancora oggi l’influenza della cultura cinese antica, soprattutto nelle zone meno sviluppate dal punto di vista economico, dove si segue ancora la risalente tradizione secondo cui solo i maschi hanno la capacità di succedere, non le donne anche

JUS CIVILE



se sposate, sebbene l'art. 9 della Legge sulle successioni preveda chiaramente che i maschi e le femmine sono parificati con riferimento ai diritti successori. Sempre dal punto di vista culturale, un'altra consuetudine importante è il c.d. *Fen Jia Xi Chan*. *Fen Jia* vuol dire "separare la famiglia" e *Xi Chan* vuol dire "dividere il patrimonio familiare in comune". Il *Fen Jia Xi Chan* è spesso posto in essere in una grande famiglia con più di tre generazioni. Diversamente dalla successione testamentaria, con il *Fen Jia Xi Chan* i genitori, o i capi della famiglia, tramite una convenzione familiare, decidono prima della loro morte di separare la grande famiglia nelle famiglie più piccole dei loro figli e, allo stesso tempo, dividono i beni comuni alla grande famiglia. Come dicevamo poco sopra, i beni sono lasciati solo ai figli maschi, non alle figlie sia pure sposate, e solo i figli maschi hanno il dovere di mantenere i genitori anziani. Tuttavia, con la crescente disgregazione della famiglia tradizionale, questo antico istituto sta lentamente scomparendo.

3. – La Legge sulle successioni non contempla espressamente i principi generali del diritto delle successioni, ma è possibile desumerli da varie previsioni della suddetta Legge.

Il primo principio è l'eguaglianza tra i maschi e le femmine, previsto dall'art. 9. Come dicevamo, tale principio non è però ancora riuscito a superare del tutto le diverse abitudini tradizionali, anche se la situazione sta gradualmente migliorando.

Il secondo principio è l'autonomia privata. Il defunto può scegliere liberamente a chi destinare il suo patrimonio, tramite una successione testamentaria o un legato (art. 16, co. 2), oppure un c.d. *Yi Zeng Fu Yang Xie Yi*, ossia un accordo di legato con obbligo di mantenimento, stipulato tra il defunto e una persona fisica o una collettività (*Ji Ti*) (art. 31). Secondo l'accordo di *Yi Zeng Fu Yang Xie Yi*, il soggetto che mantiene il defunto prima della sua morte ha il diritto di acquistare il legato. Tuttavia, l'autonomia privata incontra sempre i limiti generali previsti dalla legge. Vi è stato per esempio un caso piuttosto famoso e discusso, denominato *Lu Zhou Yi Zhu An*: un marito aveva vissuto illegalmente con un'amante per molti anni, lasciando un testamento che attribuiva la maggior parte delle sue proprietà all'amante invece che alla moglie, la quale si era presa cura di lui negli ultimi giorni prima della morte. In tale caso, il giudice ha considerato invalido il testamento per violazione del buon costume e dell'ordine pubblico (ai sensi dell'art. 7 della Legge sui principi generali del diritto civile).

Il terzo principio è la tutela delle persone deboli, cioè anziani e bambini. Nel secondo capitolo (sulla successione legittima) della Legge, l'art. 13 prevede che in sede di divisione si debba tener conto della situazione degli eredi che non hanno la capacità di lavorare e di fare fronte alle proprie esigenze di vita. Inoltre, chi ha adempiuto maggiormente rispetto agli altri eredi il dovere di mantenere il defunto, oppure ha vissuto con lui, può ottenere più beni in sede di divisione. Ancora, chi, essendo capace di farlo, non abbia mantenuto il defunto, deve ricevere meno o nulla del suo patrimonio. L'art. 14 prevede poi che la persona la quale, pur non essendo erede, fosse mantenuta dal defunto essendo priva di capacità lavorativa e di qualsivoglia fonte di reddito,

JUS CIVILE



oppure avesse mantenuto lei il defunto, possa ricevere un'adeguata quota dell'eredità. Per quanto riguarda inoltre i figli non ancora nati, la quota di eredità spettante ai nascituri deve essere tenuta da parte in sede di divisione.

È interessante rilevare che, diversamente da quanto può dirsi per la corrispondente soluzione italiana (art. 572 c.c., dove si arriva fino al sesto grado di parentela), esiste nel diritto cinese una norma con connotazione decisamente socialista. Secondo l'art. 32 della Legge sulle successioni, se taluno muore senza lasciare eredi né legatari (concetti questi su cui torneremo nel prosieguo), la successione si apre a favore dello Stato, cioè della collettività.

4. – In Cina il concetto del diritto successorio (*Ji Cheng Quan*) può essere utilizzato in due modi, sia in senso oggettivo sia in senso soggettivo. Nel senso oggettivo, esso designa una sorta di aspettativa giuridica (*Qi Dai Quan*), ovverosia una qualità, la capacità giuridica di divenire erede. Nel senso soggettivo, esso indica invece il diritto dell'erede di acquistare l'eredità dopo l'apertura della successione. Si tratta di un diritto patrimoniale assoluto, fondato su un rapporto familiare.

Secondo l'art. 6 della Legge sulle successioni, il diritto ereditario e di legato di un soggetto privo di capacità di agire (minori con meno di 8 anni o adulti che non riescono a comprendere il senso del loro comportamento secondo le norme dettate ora nella Parte generale del diritto civile) è esercitato per suo conto dal rappresentante legale. Per un soggetto che abbia invece capacità di agire limitata (minori con meno di 18 ma più di 8 anni o adulti che non riescono a comprendere completamente il senso del loro comportamento secondo le già citate norme dettate ora nella Parte generale del diritto civile), il diritto ereditario e di legato è esercitato dal rappresentante legale oppure dallo stesso soggetto interessato, ma con il consenso del rappresentante legale.

L'art. 7 della Legge sulle successioni prevede quattro casi in cui l'erede è escluso dalla successione come indegno: a) chi ha volontariamente ucciso il *de cuius*; b) chi ha ucciso altri eredi al fine di fare propria l'eredità; c) chi ha abbandonato, oppure maltrattato gravemente il *de cuius*; d) chi, in modo grave, ha creato un testamento falso, oppure ha alterato o distrutto il testamento che avrebbe dovuto regolare la successione. Rispetto all'art. 463 del Codice civile italiano, i casi di indegnità sembrano più limitati. Tuttavia, secondo l'"Interpretazione" sopra citata, anche chi ha tentato di uccidere il *de cuius* è escluso dalla successione (art. 11 dell'"Interpretazione").

Per quando riguarda la riabilitazione dell'indegno, qualora si tratti di chi è incorso in indegnità per i casi previsti dalle lettere a) o b) dell'art. 7 della Legge, il testamento in cui il defunto lo indichi come erede è considerato nullo (art. 11 dell'"Interpretazione"). Invece, nel caso (previsto dalla lettera c) della l'art. 7) di abbandono o maltrattamento grave, l'erede che, avendo svolto attività o tenuto atteggiamenti di pentimento, sia stato perdonato dal *de cuius*, potrebbe essere ammesso a succedere (art. 13 dell'"Interpretazione"). Per il caso previsto dalla lettera d) dell'art. 7, si può applicare in via analogica quest'ultima norma.

JUS CIVILE



Secondo l'art. 22 della Legge sulle successioni, il testamento è nullo se è stato fatto in conseguenza di dolo o violenza. Si è rilevata in dottrina la necessità di coordinare tale previsione con la disciplina dell'indegnità, nel senso che, anche nel citato caso di dolo o violenza, l'erede dovrebbe essere escluso dalla successione. Sotto questo profilo, la differenza tra il diritto italiano e quello cinese non sembra così grande come si potrebbe pensare.

5. – Secondo l'art. 124 della Parte generale del diritto civile, i patrimoni privati legittimi delle persone fisiche possono essere ereditati in conformità alla legge. L'art. 3 della Legge sulle successioni prevede che le eredità sono i patrimoni personali legittimi lasciati da un cittadino al momento della sua morte, e che includono: a) redditi dei cittadini; b) alloggi, risparmi e beni di uso quotidiano dei cittadini; c) bosco, bestiame e pollame dei cittadini; d) oggetti culturali e libri dei cittadini; e) qualsiasi bene produttivo che secondo la legge possa essere di proprietà privata dei cittadini; f) diritti patrimoniali quali diritti d'autore e brevetti dei cittadini; g) altri patrimoni legittimi dei cittadini. Si tratta comunque sempre dell'attivo ereditario, poiché i debiti non fanno parte dell'eredità.

Si deve rammentare che la Legge sulle successioni è stata emanata negli anni ottanta del secolo scorso, quando la Cina iniziava le sue politiche di riforma e di apertura (*Gai Ge Kai Fang*). Quali potevano essere i beni privati e quali beni privati potevano essere oggetto di successione era una questione non solo giuridica, ma anche politica. Da questo punto di vista, si può capire come il legislatore cercasse di formulare una lista dei beni ereditabili. Tuttavia, alla lettera g) è dettata una clausola finale aperta, che lascia spazio agli altri beni ereditabili riconosciuti come tali dall'ordinamento. Secondo l'art. 3 dell'"Interpretazione", tali altri patrimoni legittimi dei cittadini includono titoli di credito, vari diritti di credito (con multiformi oggetti di natura patrimoniale), etc. Inoltre, sempre sulla questione di quali siano i beni ereditabili, esistono numerose norme speciali, per esempio l'art. 42 della Legge sulle assicurazioni in tema di premio assicurativo, gli artt. 9 e 10 della Legge sui diritti d'autore in tema di diritti ereditabili e non ereditabili, l'art. 50 della Legge sulle società di persone in tema di patrimoni sociali, l'art. 18 dell'"Interpretazione" sui risarcimenti dei danni personali in tema di danni morali, etc.

In dottrina si discute in questi ultimi anni se le proprietà virtuali, i negozi online, i profili sui social network e gli embrioni artificiali costituiscano o meno patrimoni ereditabili. Si tratta di questioni non facili da risolvere.

6. – Secondo l'art. 2 della Legge sulle successioni, la successione si apre al momento della morte. Gli effetti dell'apertura della successione si verificano anche in caso di dichiarazione di morte presunta, a partire dal giorno della sentenza che dichiara la morte presunta oppure dal giorno in cui è accaduto l'incidente (art. 48 della Parte generale del diritto civile). Si tratta di una nuova norma: secondo la soluzione precedente, cioè l'art. 2 dell'"Interpretazione",

JUS CIVILE



l'apertura della successione avveniva invece nel giorno indicato dalla sentenza dichiarativa della morte presunta. Verificatasi l'apertura della successione, ogni erede a conoscenza di ciò deve informare gli altri eredi e l'esecutore testamentario.

Nel caso in cui più persone che sarebbero reciprocamente eredi muoiano nello stesso incidente, se il tempo della morte di ciascuna non può essere determinato, si presume che sia morta per prima la persona che non avrebbe altri eredi. Nel caso in cui si tratti di defunti appartenenti a diverse generazioni e che avrebbero tutti altri eredi, si presume che siano morti per primi i più anziani. Trattandosi invece di defunti appartenenti alla medesima generazione, si presume che siano deceduti nello stesso momento, restando così esclusa la possibilità che ereditino l'uno dall'altro, e risultando beneficiati i loro rispettivi eredi (art. 2 dell'“Interpretazione”). La *ratio* della norma appena ricordata è garantire (senza soluzioni rigide) che comunque si trovi un erede. Altrimenti, in mancanza di altri successibili, l'eredità è devoluta allo Stato.

Secondo l'art. 25 della Legge sulle successioni, una volta apertasi la successione, se l'erede vuole rinunciare all'eredità, deve farlo prima di aver disposto di essa (altrimenti, si tratterebbe di una rinuncia alla proprietà, non al proprio diritto successorio, secondo l'art. 49 dell'“Interpretazione”). Se viceversa non viene fatta alcuna dichiarazione di rinuncia, l'eredità si considera accettata. Per quanto concerne invece il legato, il legatario deve, entro due mesi dalla conoscenza del legato, dichiarare se intende accettarlo o rinunciarvi. Trascorso questo termine senza che intervenga alcuna dichiarazione, si considera che vi sia stata rinuncia al legato. Evidentemente, si tratta di una soluzione radicalmente diversa da quella del diritto italiano (artt. 649 e 650 c.c.).

La rinuncia ha efficacia retroattiva e deve essere fatta in forma scritta davanti agli altri eredi. Ma la rinuncia in forma orale è considerata valida se è riconosciuta dal suo autore e se può essere dimostrata con sufficienti prove (artt. 47 e 51 dell'“Interpretazione”). Se l'erede ha fatto la rinuncia oralmente davanti al giudice, essa deve essere registrata e firmata dal rinunciante (art. 48 dell'“Interpretazione”). Inoltre, secondo la dottrina, la rinuncia non può essere impugnata per errore vizio, bensì solo per errore ostativo.

È importante rilevare, infine, una limitazione prevista per la rinuncia: secondo l'art. 46 dell'“Interpretazione”, la rinuncia sarebbe nulla se comportasse l'impossibilità per l'erede di adempiere le sue obbligazioni. Inoltre, generalmente il rappresentante legale non può rinunciare all'eredità o al legato in nome e per conto del rappresentato.

7. – Anche se ciò non è previsto espressamente dalla Legge sulle successioni, la dottrina cinese ammette, come nel diritto italiano, l'azione di petizione di eredità e pure l'azione di mero accertamento della qualità di erede. L'azione di petizione di eredità può essere esercitata anche dal curatore dell'eredità. Tuttavia, diversamente dalla legge italiana (art. 533, comma 2, c.c.), tale azione non sembra imprescrittibile, perché nella Legge sulle successioni è contenuta una previsione sulla prescrizione con riguardo a qualsiasi diritto successorio. Secondo l'art. 8 della

JUS CIVILE



citata Legge, la prescrizione delle azioni successorie è di due anni, a partire dalla data in cui l'erede conosce o dovrebbe conoscere la violazione dei suoi diritti. Inoltre, dopo vent'anni dall'apertura della successione non possono essere più proposte azioni legali. La prescrizione di due anni è piuttosto breve, ma ciò è in linea con la Legge sui principi generali del diritto civile del 1986. Invece, secondo l'art. 188 della Parte generale del diritto civile del 2017, la prescrizione ordinaria, cioè valevole per tutti i diritti salvo che altre leggi prevedano diversamente, è di tre anni. Si pone allora un delicato problema di interpretazione del sistema: la nuova legge, cioè la Parte generale del diritto civile, ha inteso modificare le prescrizioni di due anni previste in precedenza, portandole a tre anni, oppure ha voluto mantenere in vigore le diverse prescrizioni già contemplate da numerose previsioni speciali e in particolare, per il tema che qui si affronta, dalla Legge sulle successioni?

Si deve peraltro considerare che, secondo la Parte generale del diritto civile, le azioni di natura reale sono generalmente imprescrittibili e che, dopo l'apertura della successione, in mancanza di una rinuncia all'eredità, gli eredi sono considerati comproprietari dei beni. Pertanto occorre anche stabilire, in relazione a ciascun caso di specie, se la controversia in cui siano presenti eredi sia una controversia successoria oppure relativa a diritti reali.

8. – Secondo l'art. 10, l'eredità è attribuita nel seguente ordine: primo grado: coniuge, figli, genitori; secondo grado: fratelli e sorelle, nonni. Dopo l'apertura della successione, ereditano i successori del primo grado e quelli del secondo grado rimangono esclusi. In mancanza di eredi del primo grado, ereditano invece quelli del secondo grado (comma 1). I figli menzionati in questa legge sono i figli legittimi e naturali, i figli adottivi, nonché i figliastri che abbiano avuto una relazione di mantenimento con il defunto (comma 2). I genitori contemplati in questa legge comprendono i genitori per nascita, i genitori adottivi e i coniugi di questi per successive nozze i quali abbiano avuto una relazione di mantenimento con il defunto (comma 3). I fratelli e le sorelle menzionati in questa legge sono i fratelli e le sorelle germani (con entrambi i genitori comuni), i fratelli e le sorelle unilaterali, i fratelli e le sorelle adottivi e pure i fratellastre e le sorellastre che abbiano avuto una relazione di mantenimento con il defunto (comma 4). Come abbiamo veduto, il novero dei parenti che possono conseguire l'eredità è piuttosto limitato rispetto al diritto italiano (art. 572 c.c.). Ciò significa che, rispetto al diritto italiano, è più probabile, in Cina, che si verifichi la successione dello Stato, cui l'eredità è devoluta in mancanza di altri successibili.

Tuttavia, è interessante rilevare che, secondo la legge cinese, il genero o la nuora vedova che abbiano dato il contributo prevalente al mantenimento dei suoceri possono divenire eredi di primo grado (art. 12 della Legge sulle successioni). Inoltre, i figliastri che abbiano acquistato l'eredità del patrigno o della matrigna conservano la possibilità di ereditare pure dai propri genitori di nascita. E lo stesso vale anche per la situazione inversa (art. 21 dell'“Interpretazione”). Lo scopo di queste norme è favorire i comportamenti diretti al mantenimento degli anziani. È

JUS CIVILE



sempre da questo punto di vista che può spiegarsi il fatto che i genitori sono considerati eredi di primo grado, in quanto l'eredità diviene una modalità per continuare a mantenere i genitori. Peraltro, le norme da ultimo considerate nonché la norma secondo cui il coniuge è sempre erede di primo grado sono piuttosto discusse nella dottrina cinese, perché risultano contrarie all'impostazione tradizionale, secondo cui il patrimonio dovrebbe rimanere il più possibile all'interno della famiglia.

9. – Secondo l'art. 11 della Legge sulle successioni, se un figlio del *de cuius* è morto prima di quest'ultimo, i discendenti del figlio possono acquistare l'eredità al suo posto. Generalmente, i discendenti possono succedere per rappresentazione solo nella quota di eredità che il loro padre o la loro madre avrebbe avuto il diritto di ricevere. La disciplina, intitolata *Dai Wei Ji Cheng*, assomiglia molto a quella delineata nell'art. 467 c.c., prevedendosi che il diritto di rappresentazione faccia subentrare i discendenti (secondo la legge cinese in esame, solo i nipoti, ma, secondo l'art. 25 dell'"Interpretazione", anche gli altri discendenti) nel luogo e nel grado del loro ascendente (secondo la legge cinese, però, solo se figlio del defunto). Tuttavia, i presupposti per la rappresentazione sono piuttosto diversi nel diritto cinese rispetto a quello italiano. Nel diritto cinese, infatti, la rappresentazione trova luogo solo nel caso di premorienza (dei figli rispetto alla persona della cui successione si tratta).

In Cina, si discute se il diritto di rappresentazione sia un diritto proprio, nel senso che chi lo esercita succede direttamente al *de cuius*, oppure un diritto in qualche modo rientrante nello schema della rappresentanza. In ogni caso, secondo l'art. 28 dell'"Interpretazione", diversamente dall'art. 468 del Codice civile italiano, se il primo chiamato è indegno, è escluso che i suoi discendenti possano acquistare l'eredità per rappresentazione.

Chi esercita il diritto di rappresentazione è erede di primo grado. Inoltre, se costui non ha capacità lavorativa, né alcuna fonte di reddito, oppure se ha adempiuto l'obbligo di mantenimento del defunto, può ricevere una quota di eredità maggiore rispetto a quella degli altri eredi (art. 27 dell'"Interpretazione").

La rappresentazione va tenuta distinta dalla "sub-successione" (*Zhuan Ji Cheng*). Secondo l'"Interpretazione", se l'erede che non abbia rinunciato all'eredità muore (dopo l'apertura della successione ma) prima della divisione, il suo diritto successorio si trasmette al di lui erede (art. 52). Prima della divisione, peraltro, anche il "sub-erede" può rinunciare al diritto di succedere.

10. – La successione testamentaria e i legati sono regolati nel capitolo terzo della Legge sulle successioni (artt. 16-22). Secondo l'art. 16, un cittadino può, mediante testamento, designare uno o più eredi legittimi come destinatari del suo patrimonio personale (comma 2). Inoltre, sempre mediante testamento, il testatore può attribuire il suo patrimonio personale allo Stato o a una collettività, oppure a qualsiasi persona diversa dagli eredi legittimi (comma 3). Con

JUS CIVILE



l'espressione eredi legittimi, denominati *Fa Ding Ji Cheng Ren*, ci si riferisce agli eredi di primo o di secondo grado contemplati nell'art. 10 in tema di successione legittima. La fattispecie prevista dal comma 2 è la c.d. *Yi Zhu Ji Cheng*, cioè la successione testamentaria; per la fattispecie prevista dal comma 3, si parla di *Yi Zeng*, cioè di legato. Sembra pertanto che il concetto cinese di legato sia piuttosto diverso da quello italiano: nel diritto cinese, la distinzione fondamentale tra la successione testamentaria intesa come istituzione di erede e il legato concerne il soggetto che può ottenere il patrimonio del testatore, mentre nel diritto italiano concerne – tra gli altri profili – la responsabilità per il pagamento dei debiti ereditari.

Per quanto riguarda le forme testamentarie, sono riconosciuti in Cina cinque tipi di testamenti: testamenti per atto di notaio, testamenti olografi, testamenti olografi redatti da un rappresentante alla presenza di due testimoni, testamenti con registrazione delle parole (sempre con la presenza di due testimoni) e, in caso di urgenza, testamenti orali (art. 17 della Legge sulle successioni, dove si richiede anche in questo caso la presenza di due testimoni; peraltro, una volta che l'urgenza sia venuta meno, il testamento orale è nullo, qualora il testatore abbia la possibilità di ripeterlo in forma scritta). Il testamento notarile è prevalente rispetto alle altre forme testamentarie, nel senso che queste ultime non possono revocarlo o modificarlo (art. 20, comma 3, della Legge sulle successioni). Secondo l'“Interpretazione”, qualora il testatore lasci più testamenti fatti con diverse forme, essendovi un testamento per atto di notaio, prevale quest'ultimo; altrimenti, prevale il testamento più recente (art. 42 dell'“Interpretazione”).

In generale il testamento è un atto formale. Tuttavia, l'art. 35 dell'“Interpretazione” tenta di attenuare la rigidità del requisito della forma. Si prevede infatti che un testamento fatto prima dell'entrata in vigore della Legge sulle successioni, pur carente in misura lieve dal punto di vista formale, ma non in contrasto con la legge dal punto di vista contenutistico, possa essere considerato valido, se vi sono prove sufficienti per dimostrare la vera volontà del testatore. Inoltre, nonostante manchi una disciplina espressa al riguardo, in dottrina si discute pure della validità di testamenti scritti a macchina o in stampatello, nonché di testamenti congiuntivi o reciproci, su cui non è tuttavia possibile soffermarsi in questa sede.

Per quanto concerne la validità dei testamenti, secondo l'art. 22 della Legge sulle successioni, il testamento è nullo se il testatore non ha la capacità di agire, o se ha capacità di agire limitata. La volontà testamentaria, infatti, deve essere autentica. Anche nel caso di dolo o violenza il testamento è nullo. Parimenti nullo è il testamento falso. Il testamento solo alterato, invece, è nullo esclusivamente nella parte alterata. Secondo l'art. 41 dell'“Interpretazione”, se il testatore ha la capacità di agire al momento della redazione del testamento e successivamente la perde, l'atto rimane valido.

Circa l'interpretazione del testamento, occorre considerare che, nella Parte generale del diritto civile (2017), è contenuta una disciplina che distingue due tipi di interpretazione della volontà nei negozi giuridici: quella concernente le manifestazioni di volontà ove è presente una controparte e quella concernente le manifestazioni di volontà ove non è presente una controparte. Il primo tipo riguarda soprattutto l'interpretazione del contratto, mentre l'interpretazione del te-

JUS CIVILE



stamento rientra sicuramente nel secondo tipo. Secondo l'art. 142 della Legge da ultimo citata, per l'interpretazione di una manifestazione di volontà ove è presente una controparte, si deve individuare il significato di essa tenendo conto soprattutto delle frasi e delle parole impiegate, nonché di tutte le clausole, della natura e dello scopo del negozio, degli usi e del principio di buona fede; per l'interpretazione di una manifestazione di volontà ove non è presente una controparte, si deve invece individuare la volontà autentica dell'unica parte, tenendo conto di tutte le clausole, della natura e dello scopo del negozio, degli usi e del principio di buona fede, senza limitarsi al senso letterale delle frasi e delle parole impiegate.

Inoltre, è importante notare che in Cina non esiste una disciplina sui diritti dei legittimari, né l'istituto della collazione. Per quanto concerne i limiti all'autonomia testamentaria, peraltro, l'art. 19 della Legge sulle successioni contempla un istituto denominato *Bi Liu Feng* (cioè "quota necessariamente rimasta"): il testamento deve attribuire una quota agli eredi legittimi che non abbiano capacità lavorativa e che non abbiano alcuna fonte di reddito. Secondo l'art. 37 dell'"Interpretazione", se il testamento non dispone in tal senso, è comunque necessario, in sede di divisione, conservare una quota per i citati eredi, potendo quanto residua essere distribuito in conformità al testamento. È necessario conservare una quota per l'erede che non abbia capacità lavorativa e che non abbia alcuna fonte di reddito persino se l'eredità non risulti sufficiente per il pagamento dei debiti ereditari (art. 61 dell'"Interpretazione").

11. – Come si è già accennato, in diritto cinese il legato è un tipo di disposizione testamentaria in cui il testatore attribuisce il suo patrimonio allo Stato, a una collettività, oppure a qualsiasi persona che non sia erede legittimo ai sensi dell'art. 10 della Legge sulle successioni. Il legatario deve dichiarare di accettare oppure di rifiutare il legato entro due mesi dal giorno in cui ha conoscenza di esso. Trascorso questo termine senza che abbia fatto alcuna dichiarazione, si considera che abbia rinunciato al legato. Secondo l'art. 8 dell'"Interpretazione", se un rappresentante legale esercita tale diritto in nome e per conto del rappresentato, non può ledere gli interessi di quest'ultimo; in generale, pertanto, il rappresentante legale non può rinunciare al legato spettante al rappresentato.

In linea di principio, il legato non trasferisce direttamente la proprietà, bensì ha efficacia esclusivamente obbligatoria. Secondo l'art. 53 dell'"Interpretazione", se il legatario che ha dichiarato di accettare il legato muore prima della divisione, il diritto di accettare il legato si trasmette ai suoi eredi.

12. – Le altre disposizioni in tema di eredità sono contenute nel capitolo quinto della Legge sulle successioni.

A parte le norme sull'accettazione e sulla rinuncia all'eredità, già esaminate in precedenza, si tratta soprattutto delle regole sulla divisione dell'eredità. Secondo l'art. 26 della Legge sulle

JUS CIVILE



successioni, salva la possibilità di accordi che dispongano diversamente, se un coniuge muore prima della divisione, la metà dei beni che fanno parte della comunione legale tra coniugi deve essere separata a beneficio del coniuge sopravvissuto, e solo l'altra metà fa parte dell'eredità. Peraltro deve essere separata per prima la parte dei beni che compone l'eredità, se vi è anche una parte di beni comuni della famiglia. La divisione deve comunque essere attuata in modo da non danneggiare l'eredità. In relazione ai beni non facilmente divisibili, si può procedere con rimborsi, compensazioni, oppure con la loro attribuzione in comproprietà.

Interessante è poi l'art. 30 della Legge sulle successioni, secondo cui, se uno dei coniugi muore e l'altro si risposa, quest'ultimo ha il diritto di disporre dei beni familiari senza che nessuno possa interferire sulle sue scelte. Si tratta di una norma molto importante per superare la risalente tradizione secondo la quale la vedova risposata non poteva disporre dei beni della famiglia del coniuge defunto.

Un'altra previsione rilevante concerne poi il pagamento dei debiti. Secondo l'art. 33 della Legge sulle successioni, i beni ereditari devono essere utilizzati innanzi tutto per pagare le tasse e i debiti del defunto, ma senza che gli eredi siano tenuti a rispondere oltre il valore dell'eredità, salvo che non decidano spontaneamente di farlo. Se invece l'erede rinuncia all'eredità, non deve pagare in alcuna misura né le tasse né i debiti del defunto.

Diversamente dal diritto italiano, in cui il legatario non è tenuto a pagare i debiti ereditari, nel diritto cinese, secondo l'art. 62 dell'“Interpretazione”, se l'eredità è già divisa e rimangono da pagare i debiti ereditari, se vi sono sia successori legittimi sia successori testamentari a titolo di erede sia legatari, tocca agli eredi legittimi pagare per primi i debiti. I debiti residui devono essere pagati dagli eredi testamentari e dai legatari in misura proporzionale al valore dei beni acquistati; anche se vi sono solo eredi testamentari e legatari, i debiti ereditari devono essere pagati dagli eredi testamentari e dai legatari in misura proporzionale al valore dei beni acquistati.

13. – Come si è già detto, la Cina sta attualmente vivendo una fase di codificazione e la Legge sulle successioni farà parte del futuro Codice civile. Siamo dunque in un momento piuttosto importante dal punto di vista della risistemazione della materia successoria. Tentiamo di elencare a seguire alcuni dei problemi oggi più discussi nella dottrina cinese.

1) L'oggetto della successione. Come abbiamo veduto, nell'attuale Legge vi è un elenco di beni che possono essere ereditati, ma la disciplina sembra troppo antiquata e rigida, essendo il patrimonio privato considerato sempre più ampiamente nell'ambito del progetto di riforma e più in generale della politica del governo. Peraltro su alcuni tipi di diritti reali, soprattutto quelli concernenti i terreni agricoli, vi è ancora un rigido controllo.

2) Il numero e le categorie degli eredi legittimi. In confronto a quella di molti altri Paesi, la soluzione cinese sembra eccessivamente limitata. Infatti, la Legge prevede solo due gradi di eredi. Conseguentemente, se una persona muore senza alcun familiare rientrante tra gli eredi di primo o di secondo grado, l'eredità è devoluta allo Stato o comunque alla collettività. Non è fa-

JUS CIVILE



cile comprendere la *ratio* di un simile approccio. Per limitarsi a un solo esempio: uno zio (che non è erede legittimo secondo l'art. 10 della Legge sulle successioni) dovrebbe essere considerato più lontano, nella sua relazione personale con il defunto, rispetto allo Stato. Si pone dunque la seguente domanda: sarebbe opportuno considerare eredi anche ulteriori parenti e, qualora si propendesse per la risposta affermativa, fino a quale grado?

3) L'ordine della successione. Come si è veduto, i genitori e i figli, nonché i nonni e i nipoti, sono sostanzialmente parificati. Tale parificazione della posizione giuridica di ascendenti e discendenti è criticata dalla dottrina prevalente. Sembra preferirsi la soluzione italiana, secondo la quale i discendenti vengono prima rispetto agli ascendenti. Un altro problema discusso è quello dell'inserimento del coniuge nel primo grado. Parte della dottrina ritiene che sarebbe ancora una volta meritevole di attenzione la soluzione italiana, secondo la quale il coniuge non acquista una quota sempre fissa, bensì concorre in vario modo con i figli, con gli ascendenti e con i fratelli e le sorelle del defunto.

4) Le forme testamentarie. I cinque tipi di testamento riconosciuti dall'attuale Legge non sembrano soddisfare pienamente le esigenze della prassi in materia successoria. Al momento dell'entrata in vigore della Legge sulle successioni, cioè più di trent'anni fa, per esempio, un testamento in forma di video non era utilizzato di frequente, mentre ora è molto diffuso, come lo è il testamento stampato con il computer. Inoltre, è discutibile l'assoluta prevalenza assegnata attualmente al testamento per atto di notaio.

5) I testamenti congiuntivi o reciproci. Sappiamo che in Italia non sono ammessi i testamenti congiuntivi o reciproci, ma tale posizione è abbastanza discussa in Cina. In giurisprudenza, emerge spesso il problema di simili testamenti. Infatti, nella famiglia tradizionale cinese, è molto frequente che la famiglia non si separi, nemmeno dal punto di vista patrimoniale, fino a quando non sono morti entrambi i genitori. Sembra pertanto che il testamento congiuntivo o reciproco possa essere utile per alcune famiglie. Ma anche se si riconoscesse la validità di tali testamenti, rimarrebbe il problema di come regolarli, specialmente con riferimento all'eventualità che una parte muoia e che l'altra voglia modificare o revocare la sua precedente decisione.

6) I diritti dei legittimari. Secondo parte della dottrina, la mancanza nel diritto cinese di una disciplina dei diritti riservati ai legittimari nonché di una disciplina della collazione sarebbe inaccettabile, in quanto occorrerebbe limitare l'autonomia del testatore e al tempo stesso fare in modo che la successione svolga una funzione di sicurezza sociale. Secondo un orientamento, peraltro, simili istituti dovrebbero essere introdotti dal legislatore avendo cura di prevedere chiaramente i loro presupposti e i loro limiti di applicazione.

7) Le altre norme in tema di eredità. Anche se la Legge sulle successioni ha introdotto varie altre previsioni in tema di eredità, le previsioni in parola sono considerate ancora troppo semplici e generiche, e come tali inadatte a risolvere i complicati problemi che spesso si pongono nella pratica. Una questione senz'altro urgente da affrontare è quella di una migliore e più effettiva tutela dei creditori del *de cuius* nella fase di divisione dell'eredità.

JUS CIVILE



14. – Ovviamente, un breve sguardo, come quello appena compiuto, sul diritto delle successioni cinese non è idoneo a chiarire tutti i dubbi che possono sorgere nel caso in cui si sia interessati ad approfondire la conoscenza della nostra esperienza giuridica. Dal punto di vista del diritto comparato, la Legge sulle successioni, già solo per il fatto che, come si è detto, è composta di soli 37 articoli, può apparire ancora piuttosto immatura e incompleta. Ma, dal nostro punto di vista, non possiamo sottovalutarne l'importanza e la modernità. A tale proposito, devono essere ricordati almeno tre punti. Il primo è il principio di eguaglianza: tanto tra maschi e femmine, quanto tra figli naturali e figli legittimi, non vi è alcuna differenza nell'ambito del diritto delle successioni. Il secondo è l'ampio spazio concesso all'autonomia privata: anche in considerazione della semplicità della legge, la successione testamentaria ha potuto assumere un ruolo centrale per il soddisfacimento delle esigenze emerse nella prassi. Il terzo è lo spirito marcatamente socialista che si trova riflesso in vari articoli: si pensi agli artt. 13, 14 e 19 della Legge sulle successioni, su cui ci siamo soffermati in precedenza.

Peraltro, rispetto al diritto italiano, nella nostra Legge sulle successioni mancano vari istituti importanti e tradizionali. Per esempio, la citata Legge non disciplina il beneficio di inventario, né i diritti dei legittimari, né la collazione, né i testamenti segreti, etc. Non possiamo dimenticare, inoltre, che taluni istituti, per esempio la rappresentazione e il legato, anche se possono essere tradotti in lingua italiana proprio con quei termini, hanno significati normativi assai diversi rispetto al diritto italiano.

Nonostante le differenze evidenziate, possiamo affermare che vi sono comunque molti istituti comuni alla Cina e all'Italia. In realtà, l'esperienza del diritto italiano è attentamente considerata anche dai giuristi cinesi, soprattutto in questo così importante momento di codificazione. Rimane da verificare quali saranno i cambiamenti introdotti in materia di diritto delle successioni nel nostro futuro Codice civile che, secondo il programma legislativo del governo cinese, entrerà in vigore fra due anni...



GIUSEPPE ZAGO

PhD candidate – Northumbria University (Newcastle Upon Tyne)

***LEE V ASHERS BAKING COMPANY LTD AND OTHERS
(NORTHERN IRELAND): LA DISCUSSIONE SUL BILANCIAMENTO
TRA TUTELA DELL'ORIENTAMENTO SESSUALE
E RISPETTO DELLA LIBERTÀ RELIGIOSA E D'OPINIONE PASSA DAI MUPPETS***

Nel Regno Unito, l'Equality Act 2006 ha attribuito all'Ufficio del Primo Ministro e del Vice Primo Ministro dell'Irlanda del Nord il potere di emanare atti di legislazione secondaria che vietino condotte discriminatorie basate sull'orientamento sessuale nel contesto della fornitura di beni e servizi.

Nell'ambito di tali competenze, il governo nordirlandese ha emanato l'Equality Act (Sexual orientation) Regulations (Northern Ireland) 2006, tuttora in vigore, il quale dispone che una persona coinvolta nella messa a disposizione (a titolo oneroso o gratuito) di beni, strutture e servizi al pubblico o a una parte del pubblico, non possa discriminare un'altra persona che cerchi di ottenere questi beni, strutture o servizi rifiutandosi od omettendo deliberatamente di metterli a disposizione di quest'ultima. In particolare, costituisce discriminazione diretta sulla base dell'orientamento sessuale la circostanza in cui una persona A tratta un'altra persona B in modo meno favorevole rispetto a quello in cui tratta o tratterebbe altre persone.

Durante il percorso di approvazione di tale normativa, in Irlanda del Nord si manifestò un'opposizione all'adozione delle Regulations da parte della Northern Ireland Transitional Assembly, per timore che le nuove disposizioni conducessero a un trattamento iniquo e discriminatorio nei confronti dei cristiani.

Il dibattito sui limiti applicativi dei principi non-discriminatori promossi dalle Regulations è riemerso in una sentenza della Corte Suprema dello scorso ottobre 2018, *Lee (Respondent) v Ashers Baking Company Ltd and others (Appellants) (Northern Ireland)*. La vicenda, passata agli onori della cronaca come il caso della "torta gay", affronta il delicato tema del bilanciamento tra principio di non-discriminazione sulla base dell'orientamento sessuale e diritto a manifestare la propria opinione e il proprio credo religioso.

I fatti riguardano una pasticceria di Belfast, la Ashers Baking Company, che si è rifiutata di preparare una torta glassata con un disegno raffigurante i personaggi Bert ed Ernie del programma televisivo *I Muppets*, il logo della ONG *QueerSpace* e la dicitura "Support Gay Marriage". La torta era stata ordinata dal Sig. Lee, un attivista omosessuale della medesima ONG, che avrebbe dovuto portare la torta a un evento privato organizzato in occasione della fine della settimana contro l'omofobia.

JUS CIVILE



In seguito al rifiuto, Lee si rivolge alla Equality Commission per l'Irlanda del Nord, che decide di supportare il ricorso ed esercitare l'azione giudiziale per discriminazione diretta e indiretta sulla base dell'orientamento sessuale, del credo religioso e dell'opinione politica.

Nei primi due gradi di giudizio, sia il District Judge sia la Corte d'Appello hanno ritenuto che l'opposizione della pasticceria costituisca una forma di discriminazione diretta basata sull'orientamento sessuale dell'istante.

La Corte Suprema sarà di diverso avviso. Quest'ultima esclude che vi siano i presupposti fondanti un'ipotesi di discriminazione indiretta, e focalizza pertanto la propria analisi sull'accertamento della sussistenza di una violazione da parte di Ashers Bakery del principio di non discriminazione diretta fondato sull'orientamento sessuale. I giudici esaminano inoltre la fondatezza del ricorso per violazione del diritto alla libertà di Lee di manifestare la propria opinione politica, e verificano se la normativa nordirlandese in materia di beni, servizi e strutture sia compatibile con i principi sanciti dalla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo.

Per quanto riguarda l'analisi attinente all'orientamento sessuale, la Corte Suprema sostiene che il rifiuto della pasticceria a fornire il servizio dipenda dal messaggio di supporto al matrimonio per coppie dello stesso sesso, e non dall'orientamento sessuale del messaggero. Infatti, i gestori dell'attività precisavano che avrebbero negato il servizio a chiunque avesse ordinato una torta con quel messaggio, etero ovvero omosessuale.

Il giudice di prima istanza aveva invece ritenuto esservi una discriminazione diretta nel comportamento tenuto dalla pasticceria, poiché i gestori avrebbero invece acconsentito a preparare una torta con il messaggio: "support hetero-sexual marriage", ordinata da una persona di diverso orientamento sessuale. La Corte Suprema critica quest'impostazione, accogliendo invece l'argomentazione del legale della pasticceria, secondo cui la normativa anti-discriminatoria richiede che la comparazione avvenga tra persone e non tra messaggi, e che le circostanze rilevanti debbano essere uguali ovvero non materialmente differenti.

Il ragionamento della Corte solleva importanti interrogativi su cosa s'intenda per discriminazione "basata sull'orientamento sessuale": l'organo giudiziale ha interpretato il concetto in senso restrittivo, concludendo che la protezione della norma sia applicabile solo in caso di trattamento meno favorevole nei confronti della persona omosessuale. Si è escluso invece che la negazione della fornitura di un bene contenente un messaggio esprime le convinzioni del cliente in tema di matrimonio omosessuale possa ledere la dignità di questo stesso individuo, e conseguentemente rientrare nella protezione accordata dal principio di non discriminazione.

La Corte d'Appello aveva peraltro interpretato la normativa diversamente rispetto alla Corte Suprema, sostenendo che i fatti oggetto della controversia costituissero una forma di discriminazione "per associazione": essa si verifica quando una persona è trattata in maniera meno favorevole rispetto ad altre non a causa del proprio orientamento sessuale, ma in ragione dell'orientamento di un'altra persona. Il giudice dell'impugnazione affermava che il rifiuto di consegnare la torta dipendesse dal fatto che il Sig. Lee facesse parte della comunità gay e bisessuale, pertanto la pasticceria, rifiutandosi di servirlo, avrebbe disapprovato tale affiliazione.

JUS CIVILE



Si tratta tuttavia di un'interpretazione giustamente rigettata dalla Corte Suprema, poiché non vi sono prove a sostegno di questa tesi; per di più, la pasticceria aveva già impiegato e servito persone gay in passato. La fattispecie non sarebbe dunque paragonabile a casi precedenti, ad esempio in materia di molestie sul lavoro a sfondo omofobico commesse nei confronti di impiegati eterosessuali.

Pertanto, il fatto che il trattamento meno favorevole abbia qualcosa a che fare con l'orientamento sessuale di alcune persone non costituisce un collegamento sufficientemente profondo per poter invocare la norma sulla discriminazione per associazione.

Ancora una volta, la Corte Suprema sottolinea che l'obiezione era rivolta al messaggio e non ad una o più persone in particolare.

Sarebbe stata forse più convincente l'applicazione della teoria della discriminazione "per associazione" concentrandosi, come fa Johnson, proprio sul messaggio: la pasticceria non è contraria all'istituto matrimoniale in generale, ma solo al "matrimonio gay", un concetto che è indissolubilmente legato all'orientamento sessuale, considerato anche che tale istituto non è ancora legalmente riconosciuto in Irlanda del Nord, diversamente dal resto del Regno Unito.

Per quanto concerne la seconda questione analizzata dalla Corte, ossia se le azioni della pasticceria costituiscano una discriminazione basata sulla libertà di manifestazione delle opinioni politiche da parte di Lee, i giudici confermano in via preliminare che, similmente all'orientamento sessuale, la scelta compiuta dalla pasticceria non sia riferita alla persona, bensì al messaggio. Tuttavia, in questo caso il collegamento tra le opinioni politiche del Sig. Lee e il messaggio è particolarmente stretto e i giudici hanno pertanto ritenuto ammissibile procedere all'analisi dell'impatto della Convenzione europea dei diritti dell'uomo sui diritti dei coniugi McArthur di professare la propria fede religiosa e manifestare il proprio pensiero nell'esercizio della loro attività commerciale. La Corte ha considerato in particolare gli articoli 9 e 10 della Convenzione, che disciplinano rispettivamente la libertà di manifestazione del pensiero, di religione e di coscienza, e la libertà di espressione.

La sentenza appare in questo caso contraddittoria: da un lato, la Corte conclude che, consegnando la torta, la pasticceria si sarebbe trovata ad esprimere un'opinione con la quale si trovava in profondo disaccordo, e questo avrebbe comportato una violazione dei diritti umani dei coniugi McArthur; al contempo afferma, però, che la pasticceria non avrebbe potuto rifiutare il servizio al Sig. Lee perché supporta il matrimonio omosessuale. Il coinvolgimento politico e le opinioni del Sig. Lee, però, appaiono sufficientemente evidenti alla luce dello stesso messaggio che egli chiedeva fosse scritto sulla torta.

Resta da verificare se la sentenza, interpretando l'orientamento sessuale e la libertà religiosa e di opinione nel senso di richiedere necessariamente un collegamento tra atto discriminatorio e caratteristiche intime della persona, possa condurre ad altre forme di opposizione alla produzione o somministrazione di beni e servizi: ad esempio, potrebbe una tipografia rifiutare di stampare volantini da utilizzarsi in manifestazioni "pro-gay"?

Nel giugno 2018, anche la Corte Suprema americana si è pronunciata su un caso riguardante

JUS CIVILE



il rifiuto del proprietario della pasticceria Masterpiece Cakeshop in Colorado di decorare una torta ordinata per un matrimonio omosessuale, pronunciandosi in favore della pasticceria.

Si tratta tuttavia di una vicenda differente. I clienti, una coppia omosessuale, avevano richiesto una torta per il loro matrimonio, ma il pasticcere si era rifiutato di crearla a causa della sua opposizione al matrimonio same-sex, che nel 2012 non era ancora giuridicamente riconosciuto nello Stato del Colorado. I clienti, dunque, non avevano richiesto di decorare il dolce con messaggi particolari, diversamente dal Sig. Lee nel procedimento contro Ashers Baking Company.

La Corte ha ritenuto che, nonostante la Costituzione americana possa – e in alcuni casi debba – tutelare coppie e persone omosessuali nell’esercizio delle loro libertà civili, incluso l’acquisto di beni e servizi, la legge vada applicata in maniera neutrale rispetto al credo religioso di ciascuno. La Corte ha riconosciuto che l’impiego, da parte del pasticcere, delle proprie capacità artistiche per creare un messaggio così esplicito a supporto del matrimonio same-sex, incide su un aspetto significativo della sua libertà di espressione tutelata dal Primo Emendamento della Costituzione americana. La maggioranza dei giudici ha chiarito che i commercianti non possono, in linea generale, rifiutarsi di fornire beni e servizi utilizzati per i matrimoni omosessuali, ma in questo caso il trattamento ricevuto dal pasticcere è stato ritenuto in violazione della Free Exercise Clause contenuta nel citato Primo Emendamento.

Il ragionamento della maggioranza è stata fortemente condizionato dall’approccio adottato dalla Commissione per la tutela dei diritti civili del Colorado nei confronti di Masterpiece Cakeshop. La Commissione, valutando i fatti come un caso di discriminazione a danno della coppia, non avrebbe agito nel rispetto del principio di tutela della neutralità in materia di fede religiosa e delle convinzioni del pasticcere, diversamente da altri tre casi in cui alcune pasticcerie che si sono rifiutate di produrre torte contenenti messaggi denigratori nei confronti delle persone gay o dei matrimoni omosessuali non sono state sanzionate.

Pur trattandosi di una vicenda con risvolti diversi risulta particolarmente interessante, in relazione alla sentenza contro Ashers Bakery, l’opinione dissenziente delle giudici Ginsburg e Sotomayor, le quali hanno tracciato una precisa distinzione tra l’obiezione al messaggio scritto su una torta, e il rifiuto rivolto al cliente che effettua l’ordinazione, specificando che i ricorrenti avevano semplicemente ordinato una torta nuziale, senza richiedere alcun messaggio o altre caratteristiche che avrebbero potuto differenziare la torta che volevano acquistare da qualsiasi altra torta nuziale venduta dalla pasticceria, come invece accaduto nei tre casi precedentemente accertati dalla Commissione per la tutela dei diritti civili. Il rifiuto della pasticceria non è dipeso dunque dall’offensività del messaggio contenuto nel prodotto, bensì dall’identità del cliente, e costituirebbe, secondo i giudici di minoranza, un trattamento discriminatorio.

Di conseguenza, la Suprema Corte del Regno Unito ha ritenuto che la sentenza americana confermi l’interpretazione sviluppata in *Lee v Ashers Bakery*: si profila una netta distinzione tra il rifiuto di vendere un dolce contenente un messaggio particolare, e il rifiuto di produrre una torta in virtù delle caratteristiche personali del cliente.

Certamente, queste sentenze rappresentano un’utile occasione di riflessione per le associa-

JUS CIVILE



zioni e i professionisti che tutelano i diritti delle c.d. minoranze sessuali in merito alla portata applicativa delle previsioni normative vigenti in materia di discriminazione, e sull'opportunità di considerare diverse formulazioni delle stesse al fine di garantire una maggiore tutela dell'orientamento sessuale e di altre caratteristiche protette.