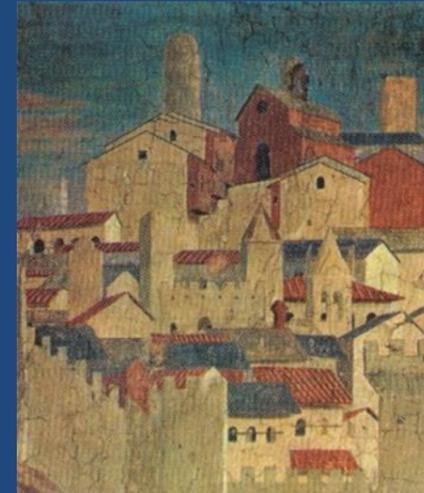


PERSONA E MERCATO



Rivista periodica on-line

www.personaemercato.it

Saggi

- Il diritto all'esatto adempimento ed i suoi limiti nel diritto privato europeo, di Michael Stürner... p. 261
- L'accessione invertita è dura a morire, di Giancarlo Filanti..... p. 274
- Dialogo fra le corti e tecnica rimediale, di Giuseppe Vettori..... p. 280
- La nuova disciplina del cd. *ius variandi* nei contratti bancari: prime note critiche, di Stefano Pagliantini..... p. 289

Materiali e commenti

- Il diritto alla salute e il diritto all'autodeterminazione nella responsabilità medica, di Antonio Gorgoni..... p. 297

Attualità

- Oltre il consumatore, di Giuseppe Vettori..... p. 318

Persona e Mercato è una rivista fondata da Giuseppe Vettori.

Editore: Persona e Mercato
Direttore Scientifico Responsabile: Giuseppe Vettori
Redazione: Fabio Addis; Massimo Franzoni; Marisaria Maugeri; Emanuela Navarretta; Fabio Padovini; Stefano Pagliantini; Giovanni Passagnoli; Pietro Sirena.
Collaboratori: Antonio Gorgoni, Francesca Lucchesi, Mario Mauro, Serena Meucci.
Segreteria: P.zza San Marco 5, 50121 Firenze.
E-mail: info@personaemercato.it
Info: www.personaemercato.it

Persona e Mercato è testata registrata in data 9/10/2000 al n. 4995 dell'elenco della stampa periodica curato dal Tribunale di Firenze.

Tutti i diritti di riproduzione sono riservati, comprese le rappresentazioni grafiche ed iconografiche. Ogni riproduzione, anche parziale e qualunque sia il formato e il supporto, è vietata, tranne per uso privato senza alcuno scopo commerciale. Sono consentite, inoltre, le citazioni a titolo di cronaca, studio, critica o recensione. In ogni caso, l'integrità dei documenti riprodotti dovrà essere rispettata e la riproduzione, anche parziale, dovrà essere accompagnata dall'indicazione della fonte.

Hanno collaborato a questo numero: Giancarlo Filanti; Antonio Gorgoni; Michael Stürner; Giuseppe Vettori.

IL DIRITTO ALL'ESATTO ADEMPIMENTO E I SUOI LIMITI NEL DIRITTO PRIVATO EUROPEO

Di Michael Stürner

Ordinario di Diritto privato internazionale e comparato dell'Europa-Universität Viadrina di Francoforte

SOMMARIO: I. *Introduzione.* – II. *Caratteristiche del sistema continentale a partire dall'esempio del BGB.* – 1. *Il diritto all'esatto adempimento come diritto azionabile.* – 2. *I limiti dell'obbligo di prestazione in natura.* – *Considerazioni provvisorie dal punto di vista del diritto comparato.* – III. *Il concetto di remedy nel Common Law.* – 1. *Non azionabilità del diritto all'esatto adempimento.* – 2. *I presupposti di una specific performance.* – 3. *I limiti all'obbligo della prestazione in natura.* – 4. *Confronto con il tedesco.* – IV. *Il sistema del Draft Common Frame of Reference.* – 1. *Il DCFR come espressione del diritto contrattuale europeo.* – 2. *La relazione tra adempimento in natura ed il concetto di remedy.* – 3. *Limiti all'obbligo di prestazione.* – V. *Conclusioni.*

1. Introduzione.

Il diritto contrattuale europeo prende nuova forma. Poco meno di un anno fa è stata presentata la full edition del cosiddetto “Quadro Comune di Riferimento” (in seguito viene usata la denominazione inglese “Draft Common Frame of Reference”, oppure DCFR), che cerca di ricondurre il cosiddetto *acquis communautaire* e le diverse tradizioni di diritto contrattuale a un insieme coerente, con lo scopo di fornire - nelle intenzioni dei suoi redattori - un modello per il diritto contrattuale europeo¹. Anche

se il futuro politico di questo regolamento è ancora incerto², esso ha comunque grande rilevanza come modello accademico per il successivo sviluppo del diritto contrattuale europeo³.

Nell'ambito di questo modello di standardizzazione del diritto, è di centrale importanza valutare la questione se le diverse tradizioni degli ordinamenti giuridici europei vengono adottate, tenute in consi-

erence (DCFR), Full Edition, München, 2009, Introduction, n. 6.

² Vedi *infra* IV. 1. b).

³ Nello stesso senso T. PFEIFFER, *Von den Principles of European Contract Law zum Draft Common Frame of Reference*, in *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, 2008, p. 679, 706.

¹ Così C. VON BAR/E. CLIVE, *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Ref-*

derazione o sacrificate a vantaggio di nuove, innovative soluzioni. Approfondirò questa questione prendendo in considerazione l'esempio del diritto di adempimento contrattuale e dei suoi limiti.

Chi prenda come oggetto di studio i limiti dell'obbligo di adempiere il contratto deve prima di tutto considerare i diversi punti di partenza del *Civil Law* continentale e del *Common Law* anglo-americano. Il diritto alla prestazione contrattuale e la sua risarcibilità in natura appartengono al patrimonio di base dei principi del diritto contrattuale continentale: dall'esistenza dell'obbligo contrattuale ne segue anche l'azionabilità della prestazione accordata, quindi la realizzazione in natura⁴. Diversamente il *Common Law* non prevede la *specific performance* come parte integrante del diritto, bensì come puro rimedio, un *remedy* la cui azionabilità è legata a particolari condizioni, e la cui realizzazione è, inoltre, a discrezione del giudice⁵.

Da questa situazione di base dipende anche il modo in cui vengono posti dei limiti al diritto di adempimento in natura: un sistema come quello continentale, che insiste con forza sul diritto di adempimento in natura deve chiarire a quali condizioni il debitore venga esonerato dal suo obbligo. Diversamente, nel *Common Law*, si pone il problema di stabilire le situazioni eccezionali in cui l'ordinamento può garantire la *specific performance*. Da questo quadro è chiaro che un modello di diritto contrattuale europeo deve prendere posizione, e cioè valutare se l'obbligazione di adempiere il contratto in linea di massima debba essere attuabile oppure no.

Innanzitutto si devono tenere presenti i modelli di *Civil Law* e di *Common Law*, per poter fare, su questa base, una valutazione del modello contrattuale europeo presente nel DCFR. Si mostrerà come i redattori del DCFR, da un lato, abbiano considerato l'adempimento in natura di un diritto come caso previsto *ex lege* e quindi si siano dichiarati chiaramente a favore del progetto continentale, e, dall'altro, abbiano sviluppato questo diritto di adempimento in natura come puro rimedio, un *remedy*, che addirittura ha origine solo con il mancato

⁴ Nel diritto italiano il diritto all'esatto adempimento si basa sull'art. 1453 (1) c.c. Nell'ambito dei contratti di compravendita questo diritto presuppone che le parti abbiano pattuito espressamente in questo senso; altrimenti il creditore, in caso di inadempimento, ha il diritto di risoluzione del contratto ovvero la riduzione del prezzo secondo l'art. 1492 c.c. Sono eccettuati i casi rientranti nella compravendita dei beni di consumo: la direttiva 1999/44/CE prevede il diritto del consumatore di richiedere la riparazione del bene ovvero la sostituzione e quindi un diritto all'esatto adempimento.

⁵ Sulla nozione di rimedio si vedano i saggi contenuti in *Remedies in Contract. The Common Rules for a European Law*, a cura di G. VETTORI, Padova, 2008. Per approfondimenti, sul punto, E. M. LOMBARDI, *Garanzia e responsabilità nella vendita dei beni di consumo*, Milano, 2010, p. 371 ss.

adempimento degli obblighi contrattuali, integrando, così, anche degli elementi di *Common Law*. I confini del diritto di adempimento in natura sono quindi, in conformità a ciò, concepiti non come semplici eccezioni alla regola dell'adempimento in natura, bensì come caratteristiche negative della fattispecie del rimedio di *specific performance*.

II. Caratteristiche del sistema continentale a partire dell'esempio del BGB

1. Il diritto all'esatto adempimento come diritto azionabile

Dalla stipulazione del contratto derivano per le parti diritti e doveri reciproci. "In forza del rapporto di obbligazione", così si dice nel § 241 (1) BGB, "il creditore è autorizzato a pretendere dal debitore una prestazione". La giustificazione di un rapporto di obbligazione, secondo il BGB, comporta quindi due cose:

da un lato, in questo modo, emerge un diritto attuabile di pretendere dall'altro un'azione o un'omissione. L'azionabilità del diritto le è inerente, ne è parte materiale. Conseguentemente il legislatore ha dovuto creare regole apposite nel § 656 BGB per il contratto di mediazione a scopo matrimoniale oppure nel § 762 BGB per giochi e scommesse, perché a tali atti giuridici non era stato dato un carattere vincolante. Solo in questi casi esplicitamente segnalati, si parla a ragione di vincoli imperfetti o anche di obbligazioni naturali, in quanto al diritto manca l'azionabilità⁶. D'altro canto, oltre alla stipulazione del contratto, non sono necessarie altre condizioni perché possa venir preteso l'adempimento in natura. L'affermazione del diritto all'esatto adempimento non è un rimedio legato a presupposti separati, bensì una regola autonoma. Esso non si origina solamente nel caso del mancato adempimento, bensì a partire dall'obbligazione stessa⁷.

⁶ Si vede diffusamente sul punto G. SCHULZE, *Die Naturalobligation*, Tübingen, 2008, p. 262 ss.

⁷ Ampiamente M.-P. WELLER, *Die Vertragstreue*, Tübingen, 2009, p. 316 ss., 371 ss., 464 ss.; nonché H. UNBERATH, *Die Vertragsverletzung*, Tübingen, 2007, p. 210 ss. Il lavoro classico è di K. ZWIEGERT/H. KÖTZ, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, 3 ed., Tübingen, 1996, § 35.

2. I limiti dell'obbligo di prestazione in natura

Il qui descritto modello dell'obbligazione contrattuale come diritto azionabile senza ulteriori condizioni ha conseguenze per la definizione dei confini dell'obbligo di prestazione del debitore. Questo modello ha una grande importanza. Dalla modernizzazione del diritto delle obbligazioni il BGB prevede una doppia possibilità di esonero per il debitore: l'esclusione dell'obbligo di prestazione secondo il § 275 BGB, da un lato, e l'adeguamento del contratto per alterazione del fondamento negoziale secondo il § 313 BGB, dall'altro.

a) Sviluppo

Secondo lo schema originario del BGB la categoria dell'impossibilità rappresenta il concetto centrale per la regolamentazione dei limiti degli obblighi di prestazione del negozio giuridico. Il diritto dell'adempimento si estingueva solo quando la prestazione per il debitore o per chiunque fosse divenuta impossibile. In particolare, a seguito del forte *shock* seguito ai cambiamenti legati prima alla guerra e poi all'inflazione, la *Reichsgericht* (corte suprema del *Reich*) fece ricorso alla nozione di impossibilità per risolvere vincoli contrattuali ritenuti inadeguati e per questo conìò il concetto dell'impossibilità economica ("*wirtschaftliche Unmöglichkeit*")⁸. L'istituto dell'impossibilità è stato dunque il rimedio normativo cui si è potuto ricorrere non solo nei casi di vera e propria impossibilità fisica, ma anche come condizione che rendeva inesigibile l'erogazione della prestazione⁹.

Tuttavia, la *Reichsgericht* si servì immediatamente del fondamento negoziale sviluppato sulla base del § 242 BGB da *Oertmann*, che si fondava sulla dottrina della presupposizione di *Windscheid*¹⁰. *Windscheid* aveva avuto ragione quando aveva sostenuto di essere fermamente convinto che la dichiarata premessa sottintesa si sarebbe fatta sempre valere, di modo che se, buttata fuori dalla porta, sarebbe sempre rientrata dalla finestra¹¹.

8 Si veda *Reichsgericht* in *RGZ* 41, p. 114; *RGZ* 57, p. 116; *RGZ* 94, p. 45, 47; *RGZ* 102, p. 272, 273; cfr. G. KEGEL/H. RUPP/K. ZWIEGERT, *Die Einwirkung des Krieges auf Verträge*, Berlin, 1941, p. 51 s., 71 ss.; nonché G. KEGEL, *Gutachten für den 40. Deutschen Juristentag*, Tübingen, 1953, p. 150 ss.

9 Criticamente H. H. JAKOBS, *Unmöglichkeit und Nichterfüllung*, München, 1969, p. 67 ss.

10 P. OERTMANN, *Die Geschäftsgrundlage. Ein neuer Rechtsbegriff*, Leipzig, 1921. Cfr. K. LARENZ, *Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung*, 3 ed., München, Berlin, 1963, p. 5 ss.

11 „Es ist meine feste Überzeugung, daß die stillschweigend erklärte Voraussetzung [...] sich immer wieder geltend machen wird. Zur Thüre hinausgeworfen, kommt sie zum Fenster wieder herein.“ B. WINDSCHEID, *Die Voraussetzung*, in *Archiv für civilistische Praxis*, 78 (1892), p. 161, 197.

Con la modernizzazione del diritto delle obbligazioni, nel § 275 BGB venne poi uniformata una triplice ipotesi che evidenziava possibili aggravati della prestazione: impossibilità, prestazione onerosa e inesigibilità della personale erogazione della prestazione. Lo stato di fatto di alterazione del fondamento negoziale ("*Wegfall der Geschäftsgrundlage*") fu codificato nel § 313 BGB.

b) Impossibilità e aggravio della prestazione secondo il § 275 BGB

Mentre l'impossibilità, uniformata nel § 275 (1) BGB, deve d'ora in poi propriamente includere l'impossibilità fisica¹², il legislatore, con l'eccessivo aggravio della prestazione del § 275 (2) BGB è entrato in una terra dogmaticamente inesplorata: la norma descrive non solo un caso di applicazione dell'impossibilità, ma apre anche un autonomo diritto di rifiuto della prestazione, che in ultima analisi si fonda sul divieto di abuso del diritto e quindi rappresenta una coniazione del § 242 BGB¹³.

A definizione dei confini degli obblighi di prestazione del debitore il § 275 (2) BGB non prevede la sussunzione in un concetto di diritto indefinito, ma un processo di bilanciamento che mette in relazione, da un lato, la spesa che il debitore deve fare per l'esecuzione della prestazione, e, dall'altro, l'interesse del creditore a ottenere la prestazione. Sono qui da tenere in considerazione il contenuto concreto del rapporto obbligatorio, i principi di buona fede e anche la possibilità da parte del debitore di dover essere sostituito per un ostacolo che venga a frapporsi alla ordinaria esecuzione della prestazione. Nel caso in cui, in questo bilanciamento, si presenti una grave disparità tra le misure di riferimento, allora al debitore spetta il diritto di rifiuto della prestazione.

Mentre intanto la giurisprudenza sembra del tutto aprirsi all'applicazione del § 275 (2) BGB¹⁴, questa norma è stata fortemente criticata da una parte della dottrina. Il punto centrale della critica risiede nel fatto che la costituzione di limiti agli obblighi legali di prestazione venga accollata al debitore,

12 *Bundestags-Drucksache* n. 14/6040, p. 128.

13 Cfr. M. STÜRNER, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Schuldvertragsrecht*, Tübingen, 2010, p. 185 ss.

14 *Bundesgerichtshof*, in *BGHZ* 163, p. 234; cfr. C. HIRSCH, *Schadenersatz wegen eines Mangels der Kaufsache*, in *Juristische Ausbildung*, 2006, p. 120; A. KEILMANN, *Kleiner Fall ganz oben – Das Dackelurteil des BGH*, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 2006, p. 2526; M. GUTZEIT, *Gibt es einen kaufrechtlichen Ausbesserungsanspruch?*, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 2007, p. 956; *Bundesgerichtshof*, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 2005, p. 3284; *Bundesarbeitsgericht*, in *BAGE* 111, p. 191; *Bundesgerichtshof*, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 2008, p. 3122, 3123; *Bundesgerichtshof*, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 2008, p. 3123, 3125.

mentre riguardo alla entità della sua prestazione contrattuale (debito), gli si impone un maggiore obbligo di esecuzione¹⁵.

I critici vedono nel procedimento di bilanciamento richiesto dal § 275 (2) BGB il mancato rispetto delle valutazioni stabilite dalle parti come espressione di autonomia privata¹⁶. In effetti, la norma prevede di tenere in considerazione l'accordo contrattuale solo nell'ambito del bilanciamento dell'interesse del creditore e dell'onere del debitore. Ma si dovrebbe già capire da sé la necessità di una interpretazione del contratto, per definire quale sia il contenuto della prestazione accordato fra le parti¹⁷. Solo su questa base si può spiegare quanto l'insistenza del creditore sul proprio diritto all'adempimento possa risultare lesiva del diritto.

Il § 275 (2) BGB deve porre un limite all'interno del diritto di prestazione preesistente, poiché la norma *riduce* l'obbligo di prestazione del debitore e non lo estende. D'altra parte, il principio *pacta sunt servanda* non deve essere sostituito. Il legislatore cerca di evitare questo stabilendo una soglia di intervento solo in caso di *gravi disparità*, e che quindi non agisce nel caso in cui il debitore abbia in mente un affare migliore o quando il creditore possa procurarsi altrove l'oggetto del contratto. La rescissione del contratto cosiddetta efficiente (*efficient breach of contract*) non si può giustificare sulla base del § 275 (2) BGB.

Anche se, secondo le direttive del § 275 (2) BGB, non sarebbe sbagliato definire l'esame di proporzionalità da effettuare come un'analisi costi-benefici¹⁸, ciò tuttavia non dovrebbe condurre a porre delle esclusive questioni riguardo all'inefficienza della prestazione, o anche a utilizzarla come direttiva per l'interpretazione. La volontà di adempimento

che contraddice la buona fede è sempre inefficiente, il rapporto contrario invece non vale.

L'attuabilità del diritto all'esatto adempimento può essere considerata efficiente (contro la teoria dell'*efficient breach of contract*) perché dà a chi agisce nel mercato la sicurezza di pianificare i suoi comportamenti, conseguendone una maggiore fiducia nel mercato. In questo modo agisce diminuendo i costi delle transazioni¹⁹. Ne segue che anche dal punto di vista dell'efficienza, il § 275 (2) BGB ha una grande importanza, poiché in esso avviene una definizione che diminuisce i costi delle transazioni della presunta volontà della parte²⁰. Se le parti prima della stipulazione del contratto avessero razionalmente tenuto conto dell'aumento di produzione dei costi, si sarebbero accordate per un obbligo di indennizzo per l'ammontare dell'interesse all'adempimento a un certo limite dell'obbligo di prestazione. Il fatto che il § 275 (2) BGB stabilisca solo nel caso di una *grossolana disparità*, rivaluta giustamente la validità del diritto all'esatto adempimento.

Contrariamente al § 275 (2) BGB, che espressamente pretende una disparità tra l'onere del debitore e l'interesse del creditore, il *terzo comma* di questa norma si ricollega all'inesigibilità dell'erogazione della prestazione. Il diritto di rifiuto riguarda solo quei casi in cui il debitore deve fornire *personalmente* la prestazione e questo gli sarebbe possibile, ma si presenta un motivo di impedimento grave al punto tale che l'adempimento del contratto da parte del debitore non è più esigibile. Questo è il caso ad esempio della cantante d'opera il cui figlio si ammalava gravemente il giorno dello spettacolo²¹.

Quando è data una inesigibilità, come prevede il § 275 (2) BGB, deve essere verificato il bilanciamento – il terzo comma lo statuisce espressamente. Il riferimento è in questo caso, come dispone il secondo comma, l'interesse che il creditore ha all'erogazione della prestazione. A questo tuttavia si contrappongono diverse questioni dal punto di vista del debitore²²: mentre il secondo comma prevede un

*scano i poteri di difesa del soggetto*¹⁴. Tutto ciò richiama un nuovo ordine, ancora da costruire, sulla rilevanza della autodeterminazione delle parti.

Per quanto attiene alle sopravvenienze la norma esistente (1467 c.c.) non è più l'unico possibile regolatore del fenomeno. Si è posto in luce che nei contratti di lunga durata (relazionali) emerge un dato di fatto che acquista rilievo giuridico. L'impossibilità, a differenza dei contratti di semplice scambio, di prevedere il futuro e di fissare con precisione l'oggetto dell'obbligo. Questa circostanza impone una soluzione rimessa alla previsione delle parti o alla clausola generale di buona fede.

Insomma, le norme del codice e della legislazione di settore non danno spesso risposte sufficienti e non sono più gli unici elementi di valutazione e di applicazione della regola¹⁵.

Il vero è che la complessità attribuisce all'interprete poteri e responsabilità nuovi. Si tratta solo di non smarrirsi nel dubbio e di non rifugiarsi nell'astrazione per impegnarsi nella definizione di nuove tecniche di attuazione e concretizzazione dei principi. Con un orientamento.

I problemi non saranno mai risolti dalla stessa cultura che li ha generati ma occorre un nuovo sapere e nuove azioni consapevoli dei limiti del passato e delle potenzialità di strumenti nuovi.

15 Vedi la controversia tra PICKER da un lato e CANARIS dall'altro: E. PICKER, *Schuldrecht und Privatautonomie*, in *Juristenzeitung*, 2003, p. 1035; C.-W. CANARIS, *Die Behandlung nicht zu vertretender Leistungshindernisse nach § 275 Abs. 2 BGB beim Stückkauf*, in *Juristenzeitung*, 2004, p. 214; nonché E. PICKER, *Die Mehrleistungspflicht bei nicht zu vertretender Leistungshindernisse nach Allgemeinem Schuldrecht und Kaufrecht*, in *Festschrift für Horst Konzen*, a cura di B. DAUNER-LIEB/P. HOMMELHOFF/M. JACOBS/D. KAISER/C. WEBER, Tübingen, 2006, p. 687, 696 ss., 700 ss.

16 Cfr. J. WILHELM, *Schuldrechtsreform 2001*, in *Juristenzeitung*, 2001, p. 861, 866 ss.; E. PICKER, *Schuldrecht und Privatautonomie*, cit., p. 1035; ID., *Die Mehrleistungspflicht bei nicht zu vertretender Leistungshindernisse nach § 275 Abs. 2 BGB*, in *Juristische Ausbildung*, 2006, p. 801; ampiamente T. LOBINGER, *Die Grenzen rechtsgeschäftlicher Leistungspflichten*, Tübingen, 2004, p. 238 ss., secondo chi § 275 (2) BGB sarebbe contro la Costituzione.

17 *Bundestags-Drucksache* n. 14/6040, p. 127.

18 Si veda W. ERNST, in *Münchener Kommentar zum BGB*, 5 ed., München, 2007, § 275 n. 69.

19 H.-B. SCHÄFER/C. OTT, *Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts*, 4 ed., Berlin, Heidelberg, New York, 2005, p. 397 ss.; H. UNBERATH, *Die Vertragsverletzung*, cit., p. 232 ss.; M.-P. WELLER, *Die Vertragstreue*, cit., p. 366 ss.

20 H. UNBERATH, *Die Vertragsverletzung*, cit., p. 237 ss., 277 ss.; J. KÖNDGEN, *Die Entlastung des Schuldners wegen Unmöglichkeit der Leistung – Versuch einer Ehrenrettung des § 275 Abs. 2 BGB*, in *Festschrift für Hans-Bernd Schäfer*, a cura di T. EGER/J. BIGUS/C. OTT/G. VON WANGENHEIM, Wiesbaden, 2009, p. 275, 280 ss.

21 Cfr. *Bundestags-Drucksache* n. 14/6040, p. 130.

22 Sul punto C.-W. CANARIS, *Das Leistungsverweigerungsrecht wegen Unzumutbarkeit der Leistung in einer Kollisions- oder Konfliktlage nach deutschem Recht*, in *Studi in Onore di Giorgio Cian*, a cura di G. DE CRISTOFARO/M. V. DE GIORGI/S. DELLE MONACHE, Padova, 2010, p. 383, 385 ss.

¹⁴ Cass., 23 maggio 2006, n. 12126, in *Società*, 2009, 9, p. 1105 ss; Cass., 20 settembre 1979, n. 4824, in *Giust. Civ.*, 1980, 1, p. 943 ss.; Cass., 29 ottobre 1994, n. 8948, in *Corr. Giur.*, 1995, 2, p. 217 ss. con nota di MARICONDA, *Quale invalidità contrattuale nel caso di circonvizione d'incapace?*; Cass. 27 gennaio 2004, n. 1427 in *Contratti*, 2004, 11, p. 997 ss con nota di ALBANESE, *La tutela civile dell'incapace vittima di circonvizione*, tutte citate in G. VETTORI, *Contratto e rimedi*, Padova, 2009. Cfr. anche Cass. pen., 11 febbraio 2010, n. 18158, in *Guida al diritto*, 2010, 29, p. 80.

¹⁵ V. G. OPPO, *I contratti di durata*, in *Riv. dir. comm.*, 1942, pp. 143 ss, ora in *Scritti giuridici*, vol. III, *Obbligazioni e negozio giuridico*, Padova, 1992, p. 200 ss.; F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Napoli, 1996; F. CAFAGGI (a cura di), *Il contratto di rete*, Commentario, Bologna, 2009; A. DI MAJO, *Le tutele contrattuali*, Torino, 2009; P. GALLO, voce "Revisione del contratto" in *Digesto priv./civ.*, VII, Torino, 1998, p. 431 ss. F. GAMBINO, *Problemi del rinegoziare*, Milano, 2004; R. TOMMASINI, voce *Revisione del rapporto*, in *Enc. del diritto*, Milano, 1989, vol. XL; C. GRANIERI C., *Il tempo e il contratto, itinerario storico – comparativo sui contratti di durata*, Milano, 2007; V. ROPPO (a cura di), *Trattato del contratto*, Milano, 2006.

e *non juris*. Non è consentito un passaggio diretto di regole fra diritti speciali senza una “verifica di adeguatezza sulla base del diritto generale”. Il diritto del consumo esige sempre un confronto con la disciplina generale del contratto nei diritti nazionali e nel mercato unico⁸.

Resta da precisare come si debba procedere perché la politica ha i suoi luoghi e i suoi tempi, difficili da prevedere, ma la scienza giuridica ha una responsabilità grande.

Da alcuni decenni Dworkin ha ammonito che il positivismo non è il metodo più adatto per comunità giuridiche complesse⁹. La risposta dopo trenta anni ai suoi critici è del tutto convincente. La derivazione del diritto dalla sola legge è un dogma perduto, mentre il tentativo di collegare ad una norma superiore o al consenso generale la giuridicità di una regola è ancora più improponibile. Ciò perché si tenta di conservare il nome di positivismo ad una concezione del diritto che è estranea a quel metodo¹⁰.

Una conferma si trae dal presente.

La priorità di un’interpretazione e attuazione dei precetti in modo costituzionalmente orientato è ormai indiscusso in Italia e in Europa. Ebbene quelle norme sono spesso prive di fattispecie e indicano principi diversi da quelli contenuti nell’art. 12 delle Disposizioni preliminari al codice civile. La Carta è un *prius* e non un *posterius*. I suoi principi non riassumono o astraggono da dati conosciuti ma indicano un nuovo ordine da realizzare.

Negli anni 60 e 70 del secolo scorso i civilisti italiani divennero i sostenitori del valore solo programmatico delle norme costituzionali, in ossequio al positivismo imperante che esigeva di dare unico rilievo alle norme scritte contenute nel codice civile. Quell’errore non può essere ripetuto.

Occorre abbandonare la sola ricerca di conformità alla regola e la logica della fattispecie prendendo definitivamente coscienza di alcuni dati acquisiti¹¹.

Fondamentale è il ruolo del fatto che non chiede, sempre più spesso, di misurarsi con un determinato precetto ma ha in sé, nella complessità delle fonti, elementi per acquisire rilevanza giuridica¹². Certo il fatto affiora nel diritto tramite l’interpretazione e attraverso tecniche nuove. Spesso sarà utile l’intreccio fra legislazione speciale e norme genera-

⁸ V. G. VETTORI, *Diritto privato e ordinamento comunitario*, cit., p. 152 ss.

⁹ R. DWORKIN, *Il modello delle regole*, ora in *I diritti presi sul serio*, Nuova ed., Bologna, 2010, p. 37 ss.

¹⁰ R. DWORKIN, *Trenta anni dopo*, in *La giustizia in toga*, Roma-Bari, 2010, p. 204 ss.

¹¹ V. G. VETTORI, *Diritto privato e ordinamento comunitario*, cit., p. 173 ss.

¹² P. GROSSI, *Tra fatto e diritto*, in *Quaderni fiorentini*, 2009, p. 38 ss.

li, altre volte si dovranno concretizzare i principi sulla base di altri principi, regole o clausole generali.

Qualche esempio può chiarire questo procedimento.

Il ruolo della buona fede nella formazione, interpretazione ed esecuzione del contratto è profondamente mutato. Basta leggere un repertorio. Comportamenti delle parti e circostanze di fatto assumono un rilievo impensabile solo qualche anno fa. Uno studioso o un avvocato che ignorasse questo elemento di novità farebbe male il suo lavoro¹³.

L’autonomia determinazione delle parti assume un contorno diverso dal passato. Basta pensare alla giurisprudenza di legittimità che esalta un principio generale in tal senso, all’amministrazione di sostegno e al nuovo titolo XII del primo libro del Codice civile sulle misure di protezione delle persone prive in tutto o in parte di autonomia. E’ sufficiente ricordare ancora la giurisprudenza penale in tema di circoscrizione di incapaci. Di recente si considera nullo per violazione della norma penale un contratto concluso con menomazione “*del potere di critica*” o con un “*indebolimento della funzione volitiva o affettiva che agevolino la suggestionabilità e diminui-*

¹³ Per la responsabilità precontrattuale anche in presenza di un contratto concluso e valido: cfr. Cass., sez. un., 19 dicembre 2007, n. 26724, con commento di G. VETTORI, *Regole di validità e di responsabilità di fronte alle Sezioni Unite. La buona fede come rimedio risarcitorio*, in *Obbl. e contr.*, 2008, p. 104 ss.; in *Foro it.*, 2008, I, c. 784 ss. con nota di E. SCODITTI. La pronuncia conferma Cass., 29 settembre 2005, n. 19024 con commento di V. ROPPO, *La tutela del risparmiatore fra nullità, risoluzione e risarcimento (ovvero, l’ambaradan dei rimedi contrattuali)*, in *Contr. e impr.*, 2005, p.892 ss. v. altresì G. Vettori, *Centralità del Giudice e filtro in Cassazione (sull’art.360 bis c.p.c.)*, in *Obb.cont.*, 2010, p. 1ss.; Id., *L’abuso del diritto. Distingue frequenter*, ivi, p. 166ss.

Per la violazione della buona fede durante l’esecuzione del contratto: cfr. Cass., sez. un., novembre 2007, n. 23726, in *Foro it.*, 2008, I, c. 1514. Cass., 7 marzo 2007, n. 5273, in *Banca borsa tit. cred.*, 2007, 6, p. 697, con nota di FESTI.

Sull’interpretazione secondo buona fede cfr.: Cass., sez. III, 21 giugno 2004, in *Assicurazioni* 2005, II, 2, p. 58, *contra*: Cass., 27 maggio 2003, n. 8411, in *Giust. civ.*, 2004, I, p. 3112.

Di recente la Suprema Corte ha affermato che buona fede e correttezza “*consentono al giudice di intervenire anche in senso modificativo o integrativo del contratto, qualora ciò sia necessario per garantire l’equo temperamento degli interessi delle parti e prevenire o reprimere l’abuso del diritto*”. Così Cass., 18 settembre 2009, n. 20106 in *Foro it.*, 2010, I, c. 85, con nota di R. PARDOLESI – A. PALMIERI, *Della serie “a volte ritornano”: l’abuso del diritto alla riscossa*.

dispendio economico necessario al superamento dell’impedimento alla prestazione, il terzo comma include solamente ostacoli ideali riferibili alla persona del debitore. Nel quadro del secondo comma questi non sono da tenere presenti. Anche se risulta vero che entrambe le circostanze alla fin fine concretizzano il divieto di abuso del diritto²³, non c’è per questo motivo rapporto di specialità tra i due comma²⁴; essi regolano piuttosto diversi conflitti di interesse²⁵.

c) Alterazione del fondamento negoziale, § 313 BGB

La legge tuttavia prevede una ulteriore possibilità in base alla quale il debitore possa liberarsi secondo il § 313 BGB dai vincoli originariamente concordati, e cioè quando le condizioni contrattuali si siano radicalmente modificate al punto tale che l’attenersi al contratto appare inesigibile²⁶. L’istituto dell’alterazione del fondamento negoziale (*Wegfall der Geschäftsgrundlage*) protegge le parti dal verificarsi di tali rischi, imprevedibili alla stipulazione del contratto, a condizione che questi non debbano necessariamente gravare su una delle parti secondo la struttura del contratto. In questo modo si crea un compromesso tra i legittimi interessi di una parte sulla stabilità e l’adempimento del contratto e quelli dell’altra parte alla riduzione o sospensione dell’impegno divenuto inesigibile, che rappresenterebbe per questi la successiva esecuzione del contratto.

d) Il campo di applicazione del § 275 (2) e del § 313 BGB

Visto che il BGB riformato tiene presente queste diverse norme che fungono da limite all’obbligo di prestazione, si pone quindi la questione del corrispondente campo di applicazione. Considerando le differenti conseguenze giuridiche (da un lato il dirit-

²³ In tal senso recentemente C.-W. CANARIS, *Das Leistungsverweigerungsrecht wegen Unzumutbarkeit der Leistung*, cit., p. 386 s.

²⁴ In tal senso W. ERNST, in *Münchener Kommentar zum BGB*, cit., § 275 n. 110; B. DAUNER-LIEB, in *Anwaltkommentar zum BGB*, Köln, 2005, § 275 n. 57.

²⁵ Così anche S. GREINER, *Ideelle Unzumutbarkeit*, Berlin, 2004, p. 371 ss., 383 nonché C.-W. CANARIS, *Das Leistungsverweigerungsrecht wegen Unzumutbarkeit der Leistung*, cit., p. 386.

²⁶ P. OERTMANN, *Die Geschäftsgrundlage*, Leipzig, 1921, p. 37: „*Die Geschäftsgrundlage ist die beim Geschäftsschluß zutage tretende und vom etwaigen Gegner in ihrer Bedeutsamkeit erkannte und nicht beanstandete Vorstellung eines Beteiligten oder die gemeinsame Vorstellung der mehreren Beteiligten vom Sein oder vom Eintritt gewisser Umstände, auf deren Grundlage der Geschäftswille sich aufbaut*.“ In tal senso ugualmente Bundesgerichtshof, in *Neue Juristische Wochenschrift Rechtsprechungsreport*, 2006, p. 1037, 1038.

to di rifiuto della prestazione, dall’altro l’adeguamento del contratto), la delimitazione è di un’assoluta importanza pratica²⁷.

Se sia il § 275 (2) BGB come anche l’istituto per l’alterazione del fondamento negoziale trovano le loro radici nel § 242 BGB e quindi anche nell’equità²⁸, entrambi si collegano a diverse alterazioni del rapporto di scambio contrattuale. La vicinanza sistematica all’impossibilità del § 275 (1) BGB mostra che il § 275 (2) BGB contiene una norma di “sopportazione” del rischio²⁹, che regola il rischio del verificarsi di alcune sopravvenienze *relative al contratto*.

Da distinguere da questo è l’area di regolamentazione delle alterazioni del fondamento negoziale: dal testo stesso del § 313 BGB appare chiaro che qui ci si riferisce a una regolamentazione della ripartizione di *altri rischi*, e cioè quelli che non sono stati espressamente o sono stati solo implicitamente ripresi nel contratto³⁰. Questo emerge dal concetto di fondamento negoziale: quelle condizioni che vengono chiamate fondamento negoziale non sono diventate parte costitutiva del contratto³¹. Esse non indicano le modalità dello scambio di prestazione accordate in base al contratto, ma solamente le loro condizioni generali esteriori, sulla cui esistenza (§ 313 (2) BGB) o sussistenza (§ 313 (1) BGB) una parte ha fatto affidamento o ha potuto fare affidamento.

²⁷ Vedi M. STÜRNER, „*Faktische Unmöglichkeit*“ (§ 275 II BGB) und Störung der Geschäftsgrundlage (§ 313 BGB) – *unmöglich abzugrenzen?*, in *Juristische Ausbildung*, 2010, p. 761; A. SCHMIDT-RECLA, *Echte, faktische und wirtschaftliche Unmöglichkeit und Wegfall der Geschäftsgrundlage – Abgrenzungsversuche nach der Schuldrechtsreform*, in *Festschrift für Adolf Laufs*, a cura di B.-R. KERN/E. WADLE/K.-P. SCHROEDER/C. KATZENMEIER, Berlin, 2006, p. 641, 659 ss.

²⁸ Per una sintesi dello sviluppo storico M. SCHERMAIER, in *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB*, Tübingen, 2007, § 275 n. 42, 62 ss.

²⁹ Vedi sul punto anche C.-W. CANARIS, *Die Bedeutung des Übergangs der Gegenleistungsgefahr im Rahmen von § 243 II BGB und § 275 II BGB*, in *Juristische Schulung*, 2007, p. 793, 794.

³⁰ Cfr. in tal senso anche W. FIKENTSCHER, *Die Geschäftsgrundlage als Frage des Vertragsrisikos*, München, 1971, p. 31 ss.; D. MEDICUS, *Vertragsauslegung und Geschäftsgrundlage*, in *Festschrift für Werner Flume*, a cura di H. H. JAKOBS/B. KNOBBE-KEUK/E. PICKER/J. WILHELM, Köln, 1978, p. 629, 630 ss.; W. FLUME, *Das Rechtsgeschäft*, 2 ed., Berlin, 1975, § 26, 3; H. KÖHLER, *Die Lehre von der Geschäftsgrundlage als Lehre von der Risikobefreiung*, in *50 Jahre Bundesgerichtshof, Festgabe aus der Wissenschaft*, a cura di K. GEIB/K. NEHM/H. E. BRANDNER, tomo I, München 2000, p. 296, 300 ss. nonché A. STADLER, in *Kommentar zum BGB*, a cura di O. JAUERNIG, 13 ed., München, 2009, § 313 n. 20 ss.

³¹ Cfr. K. LARENZ, *Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung. Die Bedeutung „veränderter Umstände“ im Zivilrecht*, 3 ed., Berlin, München, 1963; H. KÖHLER, *Unmöglichkeit und Geschäftsgrundlage bei Zweckstörungen im Schuldverhältnis*, München, 1971, p. 132 ss.

Coerentemente la legge regola le conseguenze di entrambe le alterazioni in modo differenziato: mentre nell'eccezione dal § 275 (2) BGB viene bloccato solo il diritto all'esatto adempimento, ma è possibile che al debitore, qualora si presenti un impedimento di prestazione, spetti un obbligo di risarcimento dei danni ai sensi dei §§ 275 (4), 280 ss. BGB, nel caso di considerevoli alterazioni del fondamento negoziale, decade del tutto l'obbligo di prestazione originario. Il contratto viene adeguato; nel caso in cui anche l'obbligo di prestazione così modificato fosse inesigibile, ne risulta un diritto di recesso. Nessun obbligo di risarcimento dei danni risulta dalla cessazione del fondamento negoziale.

3. Considerazioni provvisorie dal punto di vista del diritto comparato

Il BGB parte con questo dalla considerazione dell'azionabilità di un diritto. Nei casi in cui non si dia questa ipotesi, come nei vincoli imperfetti, la legge lo dice chiaramente. Un grande significato è quindi assunto dalla standardizzazione dei limiti di questi obblighi di prestazione. Oltre all'impossibilità, il BGB riconosce in particolare l'eccessivo aggravio della prestazione secondo il § 275 (2) BGB e la circostanza di alterazione del fondamento negoziale. Il primo regola la ripartizione dei rischi legati al contratto, non ultimi quelli che sono diventati fondamento negoziale ma non parte costitutiva del contratto. Se l'alterazione è da attribuirsi all'area del contratto o a quella del fondamento negoziale, nel caso concreto deve essere chiarita attraverso l'interpretazione.

Mi sia ora permesso un piccolo confronto con il diritto italiano. In linea di principio esiste una conformità che un obbligo contrattuale possa essere attuabile anche in natura³². Questo sulla base dell'art. 1453 c.c.³³ A seguito della mancata prestazione del debitore, il creditore ha la possibilità di scegliere se pretendere l'adempimento o risolvere il contratto. In linea di massima, manca una richiesta di dilazione del termine come disciplinato dal diritto tedesco nel § 323 (1) BGB³⁴.

I limiti del diritto all'esatto adempimento tuttavia vengono definiti diversamente. Se l'erogazione della prestazione diventa in un secondo tempo im-

possibile, allora il debitore è esonerato (si veda l'art. 1256 c.c.); il creditore non deve nessuna controprestazione, art. 1463 c.c. Qui si intende una impossibilità "naturale"; la semplice difficoltà di effettuare la prestazione non può essere invocata per non adempierla³⁵. Una disposizione corrispondente al § 275 (2) BGB non esiste³⁶.

Tuttavia il codice civile contiene regolamentazioni sull'equa ripartizione dei rischi di circostanze impreviste, che cioè non impossibilitano l'erogazione della prestazione, ma la rendono eccessivamente complicata. Queste portano poi all'esonero del debitore, qualora esse sopraggiungano a conclusione del rapporto obbligatorio (eccessiva onerosità sopravvenuta); secondo l'art. 1467 ss. c.c. esse autorizzano il debitore a risolvere il contratto sotto condizioni molto severe, o meglio danno la possibilità di adeguamento del contratto. Si deve tuttavia trattare di circostanze straordinarie e imprevedibili. Anche se si può parlare in relazione ad esse di una sorta di impossibilità economica³⁷, l'art. 1467 c.c., per via del collegamento al verificarsi dei rischi al di fuori del contratto, dal punto di vista funzionale è più vicino al regolamento per la cessazione del fondamento negoziale nel § 313 BGB che all'aggravio della prestazione nel § 275 (2) BGB³⁸.

III. Il concetto di *remedy* nel Common Law

1. Non azionabilità del diritto all'esatto adempimento

Mentre il BGB parte dal presupposto dell'azionabilità di ogni diritto, secondo il Common Law l'obbligo di un adempimento in natura oltre agli obblighi di pagamento in denaro non è in nessun caso parte costitutiva di un obbligo contrattuale, che sia di per sé azionabile: l'azionabilità di un diritto non viene vista come una questione esclusivamente di merito, ma ha in sé anche elementi di diritto procedurale. Solo la combinazione di presupposti materiali di diritto e il riconoscimento processuale consentono di far valutare se l'adempimento in natura possa essere accordato nel singolo caso.

35 Cass. 79/794; A. ZACCARIA, in *Commentario breve al codice civile*, a cura di G. CIAN e A. TRABUCCHI, 9 ed., Padova, 2009, art. 1256 c.c. n. I.1.

36 Per un punto di vista italiano sul § 275 BGB cfr. E. FERRANTE, in *Contratto impr. / Europa*, 2004, 2, p. 723.

37 Così S. GRUNDMANN, in *Einführung in das italienische Recht*, a cura di S. GRUNDMANN e A. ZACCARIA, 2007, p. 220 ss.

38 Anche S. GRUNDMANN, in *Einführung in das italienische Recht*, cit., p. 220 sottolinea un parallelismo funzionale tra l'art. 1467 c.c. e § 313 BGB.

relazione asimmetrica, dipendente da fattori fisiologici e non dalla patologia dell'accordo (vizi della volontà, rescissione).

La proposta è suggestiva perché individua una linea di evoluzione in atto nella normativa, ma teorizza una categoria (quella del cliente) di difficile delimitazione e si sofferma sullo *status* e le qualità soggettive come unica prospettiva possibile.

D'altra parte⁴ si sottolinea come il consumatore e l'impresa debole siano non tanto figure di contraente debole oggetto di una politica redistributiva, quanto "agenti di razionalità", protetti per finalità inerenti alla stessa configurazione giuridica del mercato europeo. Ne segue che disciplina speciale e disciplina generale assumono peculiari contorni mentre il diritto privato generale è tutto da costruire attraverso una comunicazione continua fra i due ambiti⁵.

Di fronte a queste ipotesi è forse utile riproporre un metodo diverso che non privilegia una qualità del contraente (consumatore, cliente, impresa debole) o la prospettiva rimediaria (priva di un riferimento ad interessi sostanziali protetti) ma assume come elemento decisivo il diverso rilievo giuridico della persona, oggetto di norme e principi nuovi, e del mercato, come istituto giuridico al cui interno si determinano le posizioni di potere dei contraenti e i relativi correttivi⁶. Tutto ciò per precisare nel sistema attuale delle fonti, diritti e doveri contenuti in norme ma anche in principi di cui si dovranno precisare i contorni e le basi di disciplina attraverso la predisposizione di nuove tecniche applicative attente alla definizione di nuovi rimedi di carattere generale.

Ciò che sta accadendo in Europa sembra indicare questa direzione.

Dopo l'*Action Plan* del 2003 la Commissione si era proposta un duplice obiettivo. Migliorare

⁴ V. S. MAZZAMUTO, *Il contratto europeo nel tempo della crisi*, in *Eur. dir. priv.*, 3, 2010, p. 601 ss.

⁵ V. S. MAZZAMUTO, *op. cit.* La comunicazione fra diritto primo e diritti secondi può porre le basi per affermare l'esistenza di nuovi istituti come il diritto alla rinegoziazione nei contratti a lungo termine, una nuova estensione dell'adempimento specifico, una più chiara emersione dell'*exceptio doli generalis*. D'altra parte la gravità e novità della crisi economica mondiale giustifica, secondo tale linea di pensiero, un mutamento netto. L'attenuazione di una regolazione basata solo sulla trasparenza e su rimedi *ex post* di natura risarcitoria e la ripresa di rimedi di carattere preventivo con il ritorno di divieti normativi sanzionabili con la nullità radicale dell'atto contro degenerazioni dell'autonomia che non possono essere altrimenti sanzionate.

⁶ V. G. VETTORI, *Persona e mercato, lezioni*, Padova, 1996. Id., *Diritto dei contratti e costituzione europea*, Milano, 2005.

l'*acquis* in tema di consumo e definire un Quadro comune di riferimento contenente principi e modelli di regole comuni. Le due proposte di Direttiva del 2008 hanno avuto un'accoglienza molto tiepida. Da qui la pubblicazione del libro verde del 2010 che rilancia il tema di una disciplina generale del contratto per una serie di motivi chiari.

b) Il documento della Commissione sul diritto europeo dei contratti per i consumatori e le imprese.

Dopo molte incertezze la Commissione ha chiamato a raccolta giuristi e studiosi⁷ su di un obiettivo chiaro. Potenziare il mercato interno e utilizzare il diritto dei contratti come strumento di attuazione e potenziamento di questa finalità fondamentale per la vita dell'Unione.

Le ragioni tecniche sono del resto evidenti.

La diversità dei diritti nazionali crea dei costi di transazione supplementari e insicurezza giuridica per le imprese, indebolisce la confidenza dei consumatori per il mercato interno, ostacola l'adattamento delle condizioni contrattuali. D'altra parte la diversità delle lingue e la difficoltà di reperire facilmente traduzioni delle legislazioni nazionali impone di consultare esperti con rilevanti costi e ciò scoraggia consumatori e imprese, in particolare dei paesi più piccoli, a sviluppare relazioni transfrontaliere, con danni elevatissimi per l'economia europea e per il benessere sociale nell'Unione.

Da qui la necessità di consolidare il mercato interno tramite anche il potenziamento del diritto europeo dei contratti e l'idea di lanciare una consultazione pubblica capace di indicare le azioni da intraprendere.

Il testo dovrebbe riprendere le regole imperative del diritto dei consumatori, basarsi sull'*acquis* dell'Unione, formulare regole per la parte generale del contratto e per alcuni tipi più rilevanti come la vendita, i contratti di servizi, il contratto di assicurazione di cui esistono alcuni principi generali a livello europeo.

c) Oltre la figura del consumatore

Certo è insomma che nel diritto interno e comunitario emerge l'insufficienza della sola attenzione al consumatore e la necessità di affiancare alla disciplina di settore nuovi strumenti e nuovi rimedi di carattere generale.

L'obiettivo è condivisibile per molte ragioni.

La disciplina di settore non esprime principi generali ed è estensibile solo in base all'analogia *legis*

⁷ Livre vert de la Commission relatif aux actions envisageables en vue de la création d'un droit européen des contrats pour les consommateurs et les entreprises, Bruxelles, le COM (2010) 348/3.

Di Giuseppe Vettori**Ordinario di Diritto civile della Università di Firenze**

Se la dialettica fra diritto comune e diritto speciale attraversa, con significati diversi, tutta la modernità, il diritto del consumo domina il presente ed è facile capire il perché.

Dalla metà del secolo passato in Europa quelle regole sono state al centro della riflessione sul contratto, prima negli Stati nazionali e poi nel processo di uniformazione. Oggi sia in Italia che nel diritto comunitario quel diritto speciale è oggetto di un ripensamento radicale. E non si può che muovere da qui per fissare le linee di evoluzione di questa vicenda, individuare i tratti del presente, riflettere sui segni che indicano una stagione diversa e ulteriore che già si intravede.

a) La linea di evoluzione. Persona e Mercato

La dottrina italiana segue linee diverse nella ricerca di una disciplina del contratto in Italia e in Europa.

Da un lato si analizzano le regole a seconda delle figure soggettive rilevanti e dei relativi regimi giuridici di protezione ed emergono così gli statuti del

consumatore e dell'impresa debole¹, con spunti diversi in ordine alla possibile estensione della disciplina all'interno della relativa classe ed anche oltre².

Altri delimitano, per recuperare linearità e coerenza del sistema, una categoria di contratto asimmetrico riferibile ad ogni cliente protetto per una diversità di potere dovuta non al rapporto di consumo, ma ad una "prestazione caratteristica" o alla posizione di mercato occupata.³ Ciò ponendo in luce la perdita di centralità della figura del commentatore a favore di una disciplina dai confini più ampi rivolta ad un soggetto di mercato impegnato in una

¹ v. in particolare C. CAMARDI, *Contratti di consumo e contratti tra imprese. Riflessioni sull'asimmetria contrattuale nei rapporti di scambio e nei rapporti "reticolari"*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2005, p. 555 ss.; *Il terzo contratto*, a cura di G. Gitti e M. Villa, Bologna, 2008 ed ivi il contributo di G. AMADIO, *Il terzo contratto. Il problema*, p. 16 e C. CASTRONOVO, *Diritto privato generale e diritti secondi. La ripresa di un tema*, in *Eur. dir. priv.*, 2006, p. 406.

² Per una sintesi G. VETTORI, *Diritto privato ordinamento comunitario*, Milano, 2009, p. 133 ss.

³ V. ROPPO, *Prospettive del diritto contrattuale europeo. Dal contratto del consumatore al contratto asimmetrico?*, in *Corriere giur.*, 2009, p. 267 ss.

L'obbligo all'adempimento in natura non risulta nemmeno direttamente dal vincolo contrattuale, bensì viene visto come rimedio, come *remedy*, che si verifica solo nell'adempimento in presenza di precisi presupposti, a cui appartiene il non rispetto della promessa contrattuale. Ma soprattutto i presupposti di questo *remedy* non sono disciplinati astrattamente, bensì la loro concessione risiede nell'apprezzamento del giudice che deve essere nuovamente esercitato in ogni singolo caso. Secondo il concetto del Common Law, la *specific performance* è quindi l'eccezione, non la regola³⁹.

2. I presupposti di una specific performance**a) Specific performance come istituto di diritto dell'equity**

Dal punto di vista storico c'è una giustificazione per la necessità di fondazione dell'adempimento specifico nella tradizionale bipartizione della competenza giudiziaria in *Courts of Common Law* e *Courts of Equity*. Il metodo d'azione formato dalle *Courts of Common Law* (le azioni devono essere iniziate unicamente utilizzando una *form of action*) in origine non conosceva nessun tipo di azione giuridica per i rimedi in natura diversi dal pagamento di una somma di denaro. Solo con l'arrivo dell'*equity* come ordinamento sussidiario e le corrispondenti istituzioni processuali si è presentata la possibilità di imporre coercitivamente anche altri diritti.

La forma originaria come *remedy in equity* influenza l'azione legale ancora oggi, ben oltre un secolo dopo all'abolizione formale delle *forms of action* e dalla fusione di *Common Law* e *equity* per mezzo dei *Judicature Acts 1873/75*⁴⁰. Il concetto di *equity* (equità) come ordine giuridico ha certo perso largamente valore giuridico: si chiarisce nel diritto odierno secondo l'apprezzamento del giudice⁴¹. Condizionato dall'origine come strumento dell'*equity*, la discrezione del tribunale quanto alla condanna per l'adempimento in natura, è ancora oggi spinta soprattutto dall'aspirazione a trovare una soluzione leale⁴².

³⁹ Vedi *Sky Petroleum Ltd. v. V.I.P. Petroleum Ltd.* [1974] 1 WLR 576, 578 (ChD); K. ZWIEGERT/H. KÖTZ, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, cit., § 35; S. A. SMITH, *Contract Theory*, Oxford, 2004, p. 398 ss.

⁴⁰ Cfr. M. STÜRNER, „...What so exhausts finances, patience, courage, hope...“ – *Zur Reform des englischen Zivilprozessrechts*, in *Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft*, 99 (2000), p. 310, 313 ss.

⁴¹ Sull'ambito della discrezione del giudice inglese ed il controllo delle Corti di appello M. STÜRNER, *Die Anfechtung von Zivilurteilen*, München, 2002, p. 199 ss.

⁴² *Shell U.K. Ltd. v. Lostock Garages Ltd.* [1976] 1 WLR 1187.

I motivi della moderazione dei tribunali inglesi nella condanna per la *specific performance* risiedono tuttavia anche nel diritto di esecuzione: se il debitore non dà seguito alla condanna di adempimento sanzionata per via legale, allora si tratta di un *Contempt of Court* che può essere punito con la sua carcerazione fino a due anni⁴³. Sotto questa spada di Damocle⁴⁴ un adempimento del contratto da parte del debitore sembra essere inesigibile. Invece, in relazione a tali obblighi legati al buon esito, come per esempio la costruzione di un'opera, tali incertezze sono presenti in misura minore per via della durata solitamente più breve del rapporto del vincolo contrattuale⁴⁵.

b) Punti di vista discrezionali

Il tribunale che si occupa dell'azione legale del creditore dell'adempimento naturale orienta la sua valutazione in base a una serie di punti di vista. Il diritto inglese contiene solo in parte espliciti regolamenti legislativi sulla *specific performance*. Quindi il sec. 52 (1) *Sale of Goods Act* per il settore del diritto di compravendita prevede l'adempimento naturale come un rimedio nel caso della violazione del contratto⁴⁶. Il tribunale accorda questo diritto tuttavia solo „if it thinks fit“, cioè nel caso in cui esso venga considerato adeguato. È qui decisivo riferirsi fino a che punto sia possibile trovare sul mercato un rimpiazzo per la cosa acquistata. Nel caso di beni disponibili senza difficoltà il diritto alla *specific performance* viene da subito escluso⁴⁷. Se invece si tratta di beni difficili da procurare o beni particolari, come per esempio beni immobili, allora il debitore è condannato a un regolare adempimento in natura⁴⁸.

⁴³ Regolato negli sec. 14 ss. *Contempt of Court Act 1981*; sul punto H. UNBERATH, *Die Vertragsverletzung*, cit., p. 178.

⁴⁴ Così LORD HOFFMANN in *Co-operative Insurance Society Ltd. v. Argyll Stores (Holdings) Ltd.* [1998] AC 1, 13.

⁴⁵ Vgl. etwa *Jeune v. Queens Cross Properties Ltd.* [1974] Ch. 97, 99 ss., ChD (PENNYCUICK VC).

⁴⁶ „Sec. 52 Specific performance: (1) If any action for breach of contract to deliver specific or ascertained goods the court may, if it thinks fit, on the plaintiff's application, by its judgment or decree direct that the contract shall be performed specifically, without giving the defendant the option of retaining the goods on payment of damages.“ Nello stesso senso sec. 48E (2) *Sale of Goods Act* chi stabilisce che il consumatore abbia un diritto alla *specific performance* nel caso di vendita di beni di consumo. Sul punto J. STREER, *Die Umsetzung der Verbrauchgüterkaufrichtlinie im englischen Recht durch die Sale and Supply of Goods to Consumers Regulations 2002*, Köln, 2007, p. 179 ss.

⁴⁷ Vedi G. H. TREITEL/E. PEEL, *The Law of Contract*, 12 ed., London, 2007, n. 21-019. Così anche la soluzione nell'art. 9:201 (2) lit. d PECL. Diversamente il DCFR, cfr. *infra* IV. 3. a).

⁴⁸ Cfr. G. H. TREITEL, in *Chitty on Contracts*, 30 ed., London, 2008, n. 27-014. In caso di „commercially unique goods“ le Corti sono in grado di assegnare adempimento specifico, cfr. *Behnke v. Bede Shipping Co. Ltd.* [1927] 1 KB 649, 660 ss.,

Con questo il tribunale fa un esame complessivo, orientato alle conseguenze economiche di una condanna all'adempimento in natura. Si tiene soprattutto presente la possibilità di soddisfare il creditore con la condanna alla prestazione di risarcimento dei danni. Anche la considerazione estranea al diritto privato su quanto la condanna all'adempimento specifico sia uno spreco di risorse pubbliche viene apertamente inserita nella decisione discrezionale. Laddove la condanna a un adempimento in natura condurrebbe a un prolungamento artificiale di un rapporto contrattuale fallito, che provocherebbe nuove controversie processuali, il soddisfacimento dell'interesse alla prestazione si fronteggia con il preponderante interesse pubblico al risparmio di risorse giudiziarie e all'idea di pacificazione mediante il diritto (*Rechtsfrieden*).

3. Limiti all'obbligo della prestazione in natura

In un sistema come il *Common Law*, che vede l'adempimento in natura dell'obbligo contrattuale come un puro *remedy*, bisogna attribuire ai limiti dell'obbligo di prestazione un altro significato secondo natura rispetto al *Civil Law* continentale. Se l'adempimento in natura è impossibile, la condanna è da subito esclusa, si tratta quindi di un caso di applicazione del principio di adempimento pecuniario⁴⁹. Se la prestazione non è impossibile, e fosse per il debitore eccessivamente onerosa, non verrà regolarmente emanato nessun decreto dell'autorità giudiziaria sulla *specific performance*, poiché esso non porterebbe con sé una soluzione corretta del contratto alterato⁵⁰. Anche qui il creditore troverà soddisfacimento secondo le regole del risarcimento dei danni per equivalente.

Anche il *Common Law* conosce un equivalente alla regolamentazione dell'alterazione del fondamento negoziale: la dottrina di *frustration of contract*. Essa interviene solo se un avvenimento non

prevedibile⁵¹, al di fuori della sfera di competenza delle parti ha cambiato così profondamente le circostanze dell'espletamento del contratto che si tratta di una prestazione del tutto diversa da quella concordata per contratto⁵², e quindi il debitore può dire: „*It was not this that I promised to do.*“⁵³

La *frustration of contract* conduce a una rescissione del contratto, e quindi un adeguamento non è a discrezione del giudice. Tutto questo è coerente: se si considera fin da principio la mancanza dell'obbligo di adempimento in natura non sarebbe sensato adeguare l'obbligo di prestazione contrattuale. La *frustration of contract* trova la sua funzione essenziale quindi non nell'ambito dell'obbligo di prestazione contrattuale, poiché funge piuttosto come limitazione dell'obbligo di risarcimento dei danni del debitore.

4. Confronto con il diritto tedesco

Sia il diritto tedesco che quello inglese pongono al diritto di adempimento in natura del debitore un limite là dove questo potrebbe condurre a un onere eccessivo. Una differenza fondamentale consiste tuttavia nella dogmatica di questa limitazione del diritto: il diritto inglese, che concede il diritto all'adempimento in natura solo come *remedy*, effettua già qui un bilanciamento. In questo il tribunale deve includere nella decisione discrezionale non solo gli interessi delle parti, ma anche valutazioni di economia del processo. L'onere che risulta dall'adempimento in natura per il debitore è solo un fattore di bilanciamento, che tuttavia conduce regolarmente a eliminare il *remedy* della *specific performance*.

Nel diritto tedesco invece il bilanciamento nel § 275 (2) BGB viene fatto solo eccezionalmente. Le esigenze sono molte; solo nei casi di una disparità evidente interviene l'obiezione. Questo ordinamento simpatizza quindi con il creditore, mentre il diritto inglese tendenzialmente discolpa il debitore.

rebbe, secondo autorevole dottrina, che la possibilità di conseguire il risultato favorevole sia superiore al 50%; “diversamente verrebbe a mancare la certezza del danno”⁸⁴. E - si può aggiungere - si aggirerebbe altresì l'accertamento del nesso causale, impiegando il risarcimento in funzione sanzionatoria.

Il monito è senz'altro fondato, ma preconstituendo la percentuale di rilevanza della chance vi è il rischio di assorbire quest'ultima nella perdita del risultato, sovrapponendo così il giudizio di verosimiglianza al giudizio di verità. Sotto questo profilo si è già osservato come la giurisprudenza lavoristica abbia ben distinto la probabilità della promozione dal diritto alla promozione. E la Cassazione civile più recente ritiene⁸⁵ sufficiente la possibilità di consecuzione del risultato.

Se il danno da perdita di chance è dunque legato alla violazione di un obbligo, se ne devono trarre le dovute conseguenze sotto il profilo della distribuzione dell'onere della prova. Il creditore che si ritiene danneggiato prova il titolo del proprio credito, allega l'inadempimento e prova altresì il danno e il nesso causale⁸⁶. Dimostrare l'esistenza del danno

penale che richiede la quasi certezza o, comunque, “l'alto grado di credibilità razionale”. Al di sotto si colloca la causalità civile incentrata sulle serie e apprezzabili possibilità o, in altri termini, sulla ragionevole probabilità e, dunque, su una soglia meno elevata di probabilità rispetto a quella penale. Sull'ultimo gradino si trova la causalità da perdita della chance da intendersi come semplice possibilità di conseguire un risultato. Si legge nella sentenza che “quasi certezza (...), probabilità relativa e possibilità sono (...) le tre categorie concettuali che, oggi, presiedono all'indagine sul nesso causale nei vari rami dell'ordinamento”.

⁸⁴ M. FRANZONI, *La chance*, cit., 1188.

⁸⁵ Si legge in Cass., 18 agosto 2008, n. 23846, cit., che, alla luce della ricostruzione della chance come entità patrimoniale autonoma, “sarebbe irragionevole risarcire la perdita di una chance quando è presumibile o probabile che la sua utilizzazione avrebbe determinato un certo evento e non risarcirla quando la presunzione o probabilità non sussistano. Il modo di essere nell'uno o nell'altro senso della chance sarà semmai incidente soltanto sulla liquidazione del danno, nel senso che nel primo caso la perdita sarà maggiore e nel secondo minore o addirittura inesistente”.

⁸⁶ Osserva ancora S. MAZZAMUTO, *op.ult. cit.*, 83-84, che la peculiarità del danno da perdita di chance preclude l'applicazione dell'art. 1227 co. 1 c.c. riguardante, com'è noto, il concorso del fatto colposo del creditore quale elemento che comporta la diminuzione del risarcimento del danno. Nel caso della chance, continua l'A., tale concorso interrompe il nesso di causalità materiale impedendo così il sorgere della stessa. Ciò in quanto la possibilità di conseguire l'evento sperato dipende non solo dall'adempimento del debitore, ma anche da una certa condotta del creditore. Ne consegue che “il concorso col-

significa in concreto oltrepassare quella soglia di probabilità in modo da configurare la chance di un determinato bene (o di un effetto non voluto) come una ragionevole aspettativa.

Applicando questa ricostruzione al caso sotteso alla sentenza in commento, occorrerebbe verificare se la condotta omissiva del medico abbia cagionato la perdita della chance di non vedere insorgere la complicità dell'operazione chirurgica. La risposta positiva è legata all'accertamento della ragionevole probabilità di un esito diverso. A tal fine appaiono appropriati i criteri sopra indicati della necessità o meno dell'intervento chirurgico, della funzionalità dello stesso rispetto alla patologia, dell'esistenza di alternative.

Nel caso di specie, il danneggiato non ha proposto nel giudizio di merito la domanda di risarcimento del danno da perdita della chance. Il che impedisce al giudice del rinvio di pronunciarsi su essa. Non si può infatti ritenere che nella domanda di risarcimento del danno alla salute sia compresa - in quanto sarebbe un *minus* - la domanda di risarcimento del danno da perdita della chance. La ragione di ciò è chiara: si tratta, per le cose dette, di due domande ontologicamente diverse. Con la prima si fa valere la lesione della salute, con la seconda la perdita della possibilità di un esito diverso.

poso ha un effetto *tranchant* sul nesso di causalità materiale”. Deve, invece, ritenersi applicabile il comma 2 dell'art. 1227 c.c.

KBD (WRIGHT J.) (nel caso si trattava di una barca). Le esigenze sono comunque rigide, cfr. *Société des Industries Metallurgiques S.A. v. The Bronx Engineering Co. Ltd.* [1975] 1 *Lloyd's Rep.*, p. 465, 468 s., CA (LORD EDMUND DAVIES).

⁴⁹ Cfr. *Forrer v. Nash*, 35 *Beav.* 167 = 55 *Eng. Rep.* 858 (1865); *Elliott & Elliott (Builders) Ltd. v. Pierson* [1948] *Ch.* 453; *Watts v. Spence* [1976] *Ch.* 165. Sullo sviluppo storico R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Cape Town, 1990, p. 776 ss.

⁵⁰ *Tito v. Waddell (No. 2)* [1977] *Ch.* 106, 326; *Handley Page Ltd. v. Commissioners of Customs and Excise* [1970] 2 *Lloyd's Rep.* 459. Vedi invece *Mountford v. Scott* [1975] *Ch.* 258; *Howard E. Perry & Co. v. British Railways Board* [1980] 1 *WLR* 1375.

⁵¹ Cfr. G. H. TREITEL, *Frustration and Force Majeure*, 2 ed., London, 2004, para. 13-011.

⁵² *Davis Contractors Ltd. v. Fareham Urban District Council* [1956] *A.C.* 696 (HL); *National Carriers Ltd. v. Panalpina (Northern) Ltd.* [1981] *AC* 675 (HL), 700 (LORD SIMON); G. H. TREITEL, *Frustration and Force Majeure*, cit., para. 2-044 ss. In sintesi K. ZWIGERT/H. KÖTZ, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, cit., § 37 IV nonché S. A. SMITH, *Contract Theory*, cit., p. 371 ss.

⁵³ Così LORD RADCLIFFE in *Davis Contractors Ltd. v. Fareham Urban District Council* [1956] *A.C.* 696, 729; in senso analogo *Ocean Tramp Tankers Corp. v. V/O Sovfracht (The Eugenia)* [1964] 2 *QB* 226, 238 (LORD DENNING).

ma perdita economica pura e semplice⁷³. E, d'altra parte, opinando diversamente, si finisce per eludere non soltanto il problema dell'accertamento dell'ingiustizia, ma anche quello della "ricostruzione di un credibile nesso di causalità"⁷⁴. Il risarcimento sarebbe pertanto legato al disvalore della condotta, configurando, così, una discutibile funzione sanzionatoria o punitiva della responsabilità civile. In base alla quale, per definizione, il risarcimento non è rapportato a una perdita del danneggiato.

In verità neppure la ricostruzione giurisprudenziale della chance come situazione giuridica soggettiva autonoma (danno emergente) è impermeabile alle critiche. Intanto perché anche il danno emergente, richiamato dall'art. 2056 c.c., "deve configurarsi come conseguenza diretta e immediata della lesione di una situazione soggettiva"⁷⁵. Inoltre sembra che la Cassazione cada addirittura in contraddizione, per un verso configurando la possibilità del risultato come elemento patrimoniale autonomo rispetto al risultato non conseguito. Per l'altro, con scarsa coerenza, ["assumendo] come base di calcolo della chance proprio il valore dell'interesse finale sperato scontandolo in ragione di un coefficiente di riduzione pari alla probabilità del suo conseguimento effettivo"⁷⁶. In tal modo si finisce col ritenere la perdita di chance sempre risarcibile in misura pari al grado di probabilità quale esso concretamente sia⁷⁷. Ma ciò sarebbe legittimo solo dimostrando che qualsiasi possibilità anche esigua di guadagno è giuridicamente rilevante. Del che si può a ragione dubitare. Occorre allora ricostruire la chance diversamente dalla giurisprudenza.

Secondo una tesi dottrinale, la chance non è un bene giuridico a sé stante, ma assume rilevanza soltanto all'interno della responsabilità per inadempimento

dell'obbligazione; intendendosi con quest'ultima locuzione sia quella nascente dal contratto sia quella originata dal contatto sociale o dalle trattative. La chance rileva pertanto quando costituisce una *ragionevole aspettativa patrimoniale* che, com'è noto si fonda sull'affidamento. Il quale a sua volta presuppone una relazione presieduta almeno dall'imperativo di buona fede⁷⁸, come accade ad esempio nelle trattative precontrattuali.

La tesi in esame ha il pregio di non creare una situazione soggettiva lesa forzando così il requisito dell'ingiustizia. Naturalmente ricostruendo la chance come aspettativa (che postula una relazione tra soggetti determinati) ci si allontana nettamente dall'art. 2043 c.c.

Vi è, tuttavia, un'altra autorevole opinione dottrinale⁷⁹ la quale, pur ritenendo che la perdita della chance non costituisca lesione del diritto all'integrità del patrimonio, aggancia comunque il ragionamento all'art. 2043 c.c. La chance, continua l'opinione in esame, non deve essere collocata nell'ambito del danno ingiusto ma nel "danno patrimoniale risarcibile dalla seconda parte dell'art. 2043 c.c.". Essa, quindi, non è risarcibile di per sé ma deve essere collegata "alla lesione di un interesse protetto come danno ingiusto, ma questo ulteriore dato assume un rilievo affatto diverso dalla perdita economica che causalmente si produce in capo alla vittima"⁸⁰. In questa prospettiva la chance è reputata conseguenza della lesione di una situazione protetta; essa integra un danno emergente da valutarsi con il criterio della causalità giuridica⁸¹.

Certo è innegabile che anche da questa prospettiva, sotto il profilo dell'esistenza del danno, è ineludibile il problema della soglia al di là della quale la probabilità di guadagno assurge ad aspettativa ragionevole. Tale soglia, è stato affermato⁸², è "inevitabilmente mobile" risentendo del caso concreto. Essa, tuttavia, deve essere "sufficientemente elevata" così da palesare la serietà e la ragionevolezza della possibilità di guadagno alla luce anche del sentire sociale⁸³. Affinché ciò si concreti occorre

IV. Il sistema del Draft Common Frame of Reference

1. Il DCFR come espressione del diritto contrattuale europeo

Alla luce dei punti di partenza di *Civil Law* e *Common Law* un'armonizzazione del diritto contrattuale su base europea sembra possibile solo a costo di una delle due soluzioni. Il DCFR, come anche il suo strumento predecessore, i *Principles of European Contract Law* (PECL), tende tra l'altro lo scopo di unificare i sistemi di *Common Law* e *Civil Law*⁵⁴. Nell'ambito del diritto all'esatto adempimento questo sforzo ha condotto alla combinazione di due approcci in sé inconciliabili.

a) Significato accademico

Il DCFR contiene parti di disciplina che vanno molto oltre il diritto contrattuale e comprendono essenzialmente l'intero diritto patrimoniale⁵⁵. Esso si nutre di due fonti principali⁵⁶. Da un lato i PECL nella versione rielaborata e vastamente ampliata dallo *Study Group on a European Civil Code*⁵⁷ servono come base per il DCFR, dall'altro, come dimostrato dal lavoro dell'*Acquis Group*⁵⁸, si prende anche atto del diritto comunitario esistente⁵⁹. Nella sua versione definitiva, la cosiddetta *Full Edition*,

54 Per una prospettiva italiana cfr. p.e. B. PASA, *The DCFR, the ACQP and the Reactions of Italian Legal Scholars*, in *European Review of Private Law*, 2010, p. 227.

55 Cfr. H. EIDENMÜLLER/F. FAUST/H. C. GRIGOLEIT/N. JANSSEN/G. WAGNER/R. ZIMMERMANN, *Der Gemeinsame Referenzrahmen für das Europäische Privatrecht – Wertungsfragen und Kodifikationsprobleme*, in *Juristenzeitung*, 2008, p. 529; T. PFEIFFER, *Methodik der Privatrechtsangleichung in der EU – Der gemeinsame Referenzrahmen zum europäischen Vertragsrecht*, in *Archiv für civilistische Praxis*, 208 (2008), p. 227; W. ERNST, *Der „Common Frame of Reference“ aus juristischer Sicht*, in *Archiv für civilistische Praxis*, 208 (2008), p. 248; F. GOMEZ, *The Harmonization of Contract Law through European Rules: a Law and Economics Perspective*, in *European Review of Contract Law*, 2008, p. 89; R. SCHULZE/T. WILHELMSSON, *From the Draft Common Frame of Reference towards European Contract Law Rules*, in *European Review of Contract Law*, 2008, p. 154; R. ZIMMERMANN, voce „Common Frame of Reference“, in *Handwörterbuch des Europäischen Vertragsrechts*, a cura di J. BASEDOW, K. J. HOPT, R. ZIMMERMANN, tomo I, Tübingen, 2009, p. 276 ss. nonché H. BEALE, *European Review of Contract Law*, 2007, p. 257.

56 Vedi H. EIDENMÜLLER e.a., *Der Gemeinsame Referenzrahmen für das Europäische Privatrecht*, cit., p. 532 s.

57 Il sito web è <http://www.sgecc.net>.

58 Cfr. <http://www.acquis-group.org>.

59 Sul punto cfr. H. SCHULTE-NÖLKE, *Die Acquis Principles (ACQP) und der Gemeinsame Referenzrahmen. Zu den Voraussetzungen einer ertragreichen Diskussion des DCFR*, in *Der akademische Entwurf für einen Gemeinsamen Referenzrahmen*, a cura di R. SCHULZE/C. VON BAR/H. SCHULTE-NÖLKE, Tübingen, 2009, p. 47.

che è uscita nell'ottobre 2009, il DCFR contiene commenti sullo stile dei PECL e notazioni di diritto comparato sulle singole disposizioni. Esso deve costituire secondo l'intenzione dei suoi autori la base per un possibile "CFR politico"⁶⁰, che serva, indipendentemente dalla modalità di trasformazione da parte degli organi della comunità, come autonomo modello di riferimento "accademico" ("CFR accademico")⁶¹.

b) Il DCFR come base per un ordinamento europeo del diritto contrattuale?

Il fatto che la Commissione avesse incentivato i lavori al DCFR nell'ambito del Sesto Programma Quadro, ha significato molto per una rapida utilizzazione della legge modello nella creazione di uno strumento per il diritto contrattuale europeo. Negli anni successivi la Commissione sembrò tuttavia distaccarsi da questo progetto.

Dalla sua ultima relazione intermedia del 23 settembre 2005⁶², l'obiettivo di un futuro Codice di Diritto Contrattuale Europeo non ha comunque più trovato formulazione ufficiale⁶³. Il Libro verde "Revisione dell'acquis relativo ai consumatori"⁶⁴, presentato nel 2007, ha fatto pensare che sarebbe stata data priorità alla rielaborazione del diritto contrattuale già esistente. Conferma a questa tesi si ravvisa anche nel fatto che la Commissione, durante i lavori per una bozza di direttiva sui diritti dei consumatori⁶⁵, non ha palesemente tenuto presente in nessuna parte il DCFR, allora già noto⁶⁶.

60 C. VON BAR/E. CLIVE/H. SCHULTE-NÖLKE, *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR), Interim Outline Edition*, München, 2008, Introduction, n. 6, 60 ss.; C. VON BAR/E. CLIVE, *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR), Full Edition*, cit., Introduction, n. 6.

61 Sul punto C. VON BAR, *Die Funktionen des Gemeinsamen Referenzrahmens aus der Sicht der Verfasser des wissenschaftlichen Entwurfs*, in *Der Gemeinsame Referenzrahmen. Entstehung, Inhalte, Anwendung*, a cura di M. SCHMIDT-KESSEL, München, 2009, p. 23; R. SCHULZE, *Der DCFR – Funktionen, Methoden und Struktur*, in *Der akademische Entwurf für einen Gemeinsamen Referenzrahmen*, cit., p. 1; H. SCHULTE-NÖLKE, *Contract Law or Law of Obligations? – The Draft Common Frame of Reference (DCFR) as a multifunctional tool*, in *Common Frame of Reference and Existing EC Contract Law*, a cura di R. SCHULZE, München, 2008, p. 47.

62 COM(2005) 456 definitivo.

63 Sullo sviluppo cfr. M. SCHMIDT-KESSEL, voce „Europäisches Zivilgesetzbuch“, in *Handwörterbuch des Europäischen Vertragsrechts*, cit., p. 553 s.

64 Libro verde *Revisione dell'acquis relativo ai consumatori* del 8 febbraio 2007, COM(2006) 744 definitivo.

65 COM(2008) 614 definitivo.

66 B. JUD/C. WENDEHORST, *Proposal for a Directive on Consumer Rights – an Academic Position Paper*, in *Zeitschrift für Gemeinschaftsprivatrecht (GPR)*, 2009, p. 68; M. SCHMIDT-KESSEL, *Die neue Richtlinie im Kontext der Rechtsharmonisie-*

73 C. CASTRONOVO, *Del non risarcibile aquiliano*, cit., 316.

74 S. MAZZAMUTO, *op. ult. cit.*, 63.

75 C. CASTRONOVO, *Del non risarcibile aquiliano*, cit., 322.

76 S. MAZZAMUTO, *op. ult. cit.*, 75.

77 Il che rischia di determinare il pericolo di un aumento incontrollato dell'ambito risarcibile. Ma la Cassazione è consapevole di ciò, difatti nella sentenza più volte citata del 18 settembre 2008, n. 23846 cerca di contenere tale pericolo. Nel giudizio di liquidazione il giudice deve applicare due criteri: la *prossimità al conseguimento del risultato* e l'*idoneità a garantire il conseguimento dello stesso*. Sotto il primo profilo vengono in rilievo - si afferma nella sentenza - quelle evenienze che si sarebbero dovute sommare alla chance il cui grado probabilistico inciderà sul valore della stessa che potrà essere anche nullo. In virtù del secondo profilo, invece, potrebbero emergere circostanze tali da rendere la consecuzione del risultato "del tutto remota fino quasi ad escluderla".

78 S. MAZZAMUTO, *op. ult. cit.*, 82 e 77. C. CASTRONOVO, *Vaga culpa in contraendo*, cit., 33, considera la perdita di chance come un danno meramente patrimoniale che "trova luogo proprio nella responsabilità contrattuale".

79 FRANZONI, *Il danno risarcibile*, cit., 83.

80 FRANZONI, *op. loc. ult. cit.*

81 FRANZONI, *op. ult. cit.*, 85.

82 S. MAZZAMUTO, *op. ult. cit.*, 63.

83 Cass., 16 ottobre 2007, n. 21619, cit., ha posto in luce come la causalità penale, civile e, nello specifico di quest'ultima, da perdita di chance, si distinguono sotto il profilo del grado di probabilità. Vi è una sorta di "scala discendente". Sul gradino più alto si trova la causalità

Il progetto di una direttiva per i consumatori e soprattutto l'approccio perseguito di una piena armonizzazione si è però rivelato veramente troppo ambizioso. Consiglio e Parlamento Europeo hanno mostrato nelle loro prese di posizione sulla bozza poca simpatia per l'approccio della Commissione⁶⁷. Nel Libro verde della Commissione „Opzioni strategiche in vista di un diritto europeo dei contratti per i consumatori e le imprese“⁶⁸ pubblicato il primo luglio 2010, si prende atto in tono piuttosto rassegnato che „due anni di intensi negoziati al Parlamento Europeo e al Consiglio hanno evidenziato i limiti di un approccio basato sulla completa armonizzazione“⁶⁹.

Consequentemente, la Commissione si concentra ora con maggiore energia su delle alternative. L'attuale commissaria per la giustizia, diritti fondamentali e cittadinanza Viviane Reding ha annunciato per la prima metà del suo periodo di carica ulteriori passi in direzione di un Diritto Contrattuale Europeo⁷⁰. Il Quadro Comune di Riferimento deve essere completato ed entrare in vigore in forma di atto normativo⁷¹. Questo progetto sarà perseguito per lo meno con la stessa importanza dell'approvazione della direttiva sui consumatori in programma.

Che si tratti di una posizione ufficiale della Commissione, lo mostra la comunicazione „EUROPA 2020. Una strategia per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva“⁷², pubblicata nell'aprile 2010, in cui la Commissione annuncia che parallelamente all'armonizzazione delle regole per i consumatori, aspira anche a fare „progressi verso una legge europea facoltativa in materia di contratti“⁷³.

runge in Europa, in *Neuordnung des Verbraucherprivatrechts in Europa? Zum Vorschlag einer Richtlinie über Rechte der Verbraucher*, a cura di B. JUD/C. WENDEHORST, Wien, 2009, p. 21, 38 s.

67 Sul punto M. STÜRNER, *Das Konzept der Vollharmonisierung – eine Einführung*, in *Vollharmonisierung im Europäischen Verbraucherrecht?*, a cura di M. STÜRNER, München, 2010, p. 3 con ulteriori riferimenti.

68 COM(2010) 348 definitivo.

69 COM(2010) 348 definitivo, p. 6.

70 Cfr. V. REDING, SPEECH/10/91 (15 marzo 2010).

71 V. REDING, CM\800797EN.doc, PE431.139v02-00, p. 7: „I want to make substantial progress in the work towards a European contract law [...]. I therefore intend to complete – with the help of academic expertise from across Europe – the work on the common frame of reference in the course of 2010, and to include it thereafter into a well-publicised legal instrument.“

72 COM(2010) 2020 definitivo.

73 COM(2010) 2020 definitivo, p. 23 s.: „Per eliminare le strozzature esistenti nel mercato unico, la Commissione proporrà misure volte a: [...] agevolare e rendere meno onerosa per imprese e consumatori la conclusione di contratti con partner di altri paesi dell'UE, segnatamente offrendo soluzioni armonizzate per i contratti stipulati con i consumatori, introducendo clau-

Che alla loro conclusione ci sia uno strumento opzionale, fa allusione la designazione di un gruppo competente di esperti attraverso una delibera della Commissione del 26 aprile 2010⁷⁴, il cui compito è quello di sostenere la Commissione nell'elaborazione di un Quadro Comune di Riferimento nell'ambito del diritto contrattuale europeo, e questo significa espressamente sia i rapporti di consumo sia i rapporti tra imprese⁷⁵. Il gruppo di esperti⁷⁶ deve aver concluso i lavori fino al maggio del 2011.

C'è da aspettarsi che il ruolo del DCFR come „toolbox“ (scatola degli arnesi) venga qui preso alla lettera, cioè che da qui parti consistenti vengano trasferite nello Strumento Opzionale. Il suo significato come „ventottesimo regime“ è quindi di massima importanza per il futuro sviluppo del diritto contrattuale europeo.

2. La relazione tra adempimento in natura e il concetto di remedy

a) Il carattere di regola del diritto all'adempimento specifico

Il DCFR, collegandosi ai PECL, si dichiara a favore del principio dell'adempimento specifico, seguendo quindi qui la soluzione del *Civil Law*⁷⁷: l'art. III.-3:302 (1) DCFR⁷⁸ riconosce al creditore un diritto all'imposizione di una obbligazione non indirizzata a una prestazione in denaro. Secondo l'art. III.-1:110 (1) DCFR questo vale espressamente anche nel caso in cui l'adempimento è divenuto più oneroso per il debitore perché i costi di adempimento dalla stipulazione del contratto si sono alzati o il valore della controprestazione è diminuito⁷⁹.

b) Lo sviluppo del diritto all'adempimento specifico come semplice remedy

Tuttavia il DCFR, ancora una volta collegandosi ai PECL, segue in questo il concetto di *remedy*, come il diritto azionabile a un adempimento in natura

sole contrattuali tipo a livello di UE e facendo progressi verso una legge europea facoltativa in materia di contratti.“

74 Decisione della Commissione del 26 aprile 2010 che istituisce il gruppo di esperti per un quadro comune di riferimento nel settore del diritto europeo dei contratti (2010/233/EU).

75 Art. 2 della decisione 2010/233/EU.

76 Per l'Italia viene nominata il prof. ANNA VENEZIANO del Università di Teramo.

77 Cfr. sul punto G. DE VRIES, *Right to Specific Performance: Is There a Divergence between Civil- and Common-Law Systems and, If So, How Has It Been Bridged in the DCFR?*, in *European Review of Private Law*, 2009, p. 581.

78 In tal senso art. 9:102 (1) PECL.

79 Vedi commento A all'art. III.-1:110 DCFR.

vantaggio, non già nella perdita del risultato finale⁶⁶. Il pregiudizio sta, quindi, secondo la giurisprudenza di legittimità, nella “perdita di una possibilità attuale”, la quale integrerebbe non un lucro cessante ma un danno emergente⁶⁷.

Quest'ultima prospettiva (c.d. ontologica) di analisi strutturale della chance è nettamente diversa dalla prima (c.d. eziologica). Essa, considerando la chance una situazione già esistente nel patrimonio, distinta dal risultato finale, palesa come la sua distruzione costituisca un danno nient'affatto ipotetico o eventuale ma concreto e attuale. Invece la concezione della chance come lucro cessante ravvisa un danno nell'eliminazione di un presupposto causale indispensabile al compimento del risultato sperato, riferendo così il danno al risultato finale. Qui la chance è un'entità che non preesiste al patrimonio del danneggiato.

Ma la qualificazione della chance come lucro cessante prodottosi a seguito di un fatto illecito non convince. Intanto perché, come esattamente osservato, il lucro cessante di cui all'art. 1223 c.c. richiamato dall'art. 2056 c.c. fa riferimento a una “conseguenza ulteriore di un pregiudizio ingiusto”⁶⁸ e, in verità, nel caso di perdita della chance non si discute di tale conseguenza bensì di un unico bene leso. Oltretutto il lucro cessante è correlato a un vantaggio patrimoniale sicuro⁶⁹, ovvero, più realisticamente, ciò che è sicuro “sono i presupposti e i requisiti necessari affinché [il vantaggio] si deter-

66 S. MAZZAMUTO, *op. ult. cit.*, 65, scrive che “chi lamenta la perdita di una *chance* non invoca la tutela dell'interesse correlato ad un risultato finale che non gli spetta in termini di certezza e, quindi, di pretesa, ma si duole della perdita definitiva della possibilità di perseguirlo e domanda, pertanto, al giudice l'assegnazione di un valore a tale sfumata possibilità”.

67 Cass., 25 maggio 2007, n. 12243, cit.

68 S. MAZZAMUTO, *op. ult. cit.*, 85.

69 La perdita di chance si differenzia altresì dal danno futuro. Quest'ultimo si sostanzia sì nella privazione di un risultato finale da venire o che non è ancora interamente avvenuta, ma tale privazione è certa. La chance attiene invece alla perdita della possibilità di conseguire un vantaggio. Questo è un danno attuale che si realizzarsi al verificarsi del comportamento illecito. Nel danno futuro vi è, invece, una scissione tra il pregiudizio e il fatto dannoso. Coglie questa diversità M. FRANZONI, *La chance*, cit., 1180 (nt 22). In giurisprudenza ricostruiscono la chance come danno futuro: Cass., 25 settembre 1998, n. 9598, in *Danno e resp.*, 1999, 5, 534, con nota di U. VIOLANTE, *La chance di un giro di valzer (sul danno biologico dell'aspirante ballerino)*; Cass., 7 ottobre 2010, n. 20808, in *Leggi d'Italia on line*, (il caso riguardava la mancata consegna da parte di DHL della documentazione necessaria per partecipare a una gara di appalto).

mini”⁷⁰, laddove nella perdita di chance si ricorre a un giudizio ipotetico.

Ma anche sotto il profilo dell'ingiustizia, la riconduzione della chance alla responsabilità aquiliana palesa alcuni limiti. E' stato rilevato come manchi una situazione soggettiva lesa⁷¹ non essendo questa ravvisabile nel patrimonio come situazione unitaria⁷². La chance diverrebbe un danno meramente patrimoniale, ossia un danno che non è più “conseguenza di una situazione giuridica rilevante,

70 FRANZONI, *Il danno risarcibile*, Milano, 2004, 84, ritiene che “se si osserva la chance dal punto di vista del lucro cessante, essa non può mai essere risarcibile”.

71 C. CASTRONOVO, *Vaga culpa in contraendo: invalidità responsabilità e la ricerca della chance perduta*, in *Eur. e dir. priv.*, 2010, 1, 33; ID., *Del non risarcibile aquiliano: danno meramente patrimoniale, c.c. perdita di chance, danni punitivi, danno c.d. esistenziale*, in *Eur. e dir. priv.*, 2008, 2, 321 ss. (in part. 325-326).

72 S. MAZZAMUTO, *op. ult. cit.*, 75, rileva acutamente come poiché nella prospettiva della responsabilità aquiliana occorre reperire un bene della vita leso, la giurisprudenza ha trasformato la chance “in un elemento del patrimonio del danneggiato preesistente all'evento dannoso (...); ma la chance è per definizione oggetto di una posta di danno che acquista rilevanza giuridica, per lo più, quando è stata vanificata e, quindi, il ragionamento usuale non fa che elevare il contenuto di un pregiudizio al rango di interesse sostanziale sottostante la cui lesione trascolora in danno *in re ipsa*”. Cass., 4 maggio 1982, n. 2765, in *Giust. civ.*, 1982, I, 1745, con nota di A. DI MAJO, *Ingiustizia del danno e diritti nominati*, e ivi, p. 3104, con commento di A. DE CUPIS, *Il diritto di libertà negoziale*. Il fatto è notissimo. Il pittore De Chirico faceva autenticare la propria firma sul retro di un quadro - rivelatosi falso - recante la propria firma anche sulla tela. L'autentica aveva agevolato la circolazione del dipinto, creando affidamento sull'autenticità in tutti gli acquirenti. E' proprio il sub-acquirente a chiedere al pittore il risarcimento del danno a titolo di responsabilità aquiliana. La Suprema Corte, nel solco dell'ampliamento - all'epoca già significativo - dell'ambito applicativo dell'art. 2043 c.c., ha individuato il bene giuridico leso nel “diritto all'integrità del proprio patrimonio, e più specificamente al diritto di determinarsi liberamente nello svolgimento dell'attività negoziale relativa al patrimonio (costituzionalmente garantito nei limiti dell'art. 41 Cost.) facendo ragionevole affidamento sulla veridicità delle dichiarazioni da chiunque rese”. Il danno è risarcibile se vi sono agli altri elementi di struttura dell'illecito (colpa e nesso causale). F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2009, 713, critica la teorizzazione giurisprudenziale del diritto all'integrità del patrimonio. Se - sostiene l'A. - si ammette che il terzo sub-acquirente del quadro (dotato di dichiarazione di autentica) possa chiedere al pittore il risarcimento del danno “si viene a teorizzare l'esistenza di una posizione di carattere assoluto pur al di fuori dei diritti reali o della personalità, posizione che l'ordinamento in realtà non conosce”.

tabile⁶¹. Esso si pone su un piano diverso da quello del mancato raggiungimento del risultato, postulando comunque un rapporto obbligatorio, ovvero - come ha sostenuto autorevole dottrina - una relazione governata da un "obbligo di correttezza o di protezione, anche in sede precontrattuale o del c.d. contatto sociale"⁶². La chance perduta non deve palesare, essendo un bene autonomo, l'impedimento di un risultato certo o probabile, ma la semplice perdita della possibilità di consecuzione dello stesso⁶³.

Questa duplicità di piani - risultato/possibilità di conseguirlo - è emersa nitidamente negli ambiti della responsabilità medica⁶⁴ e del rapporto di lavoro⁶⁵.

⁶¹ Cass., 19 dicembre 1985, n. 6506, in *Foro it.*, 1986, I, 385, con nota di A.M. PRINCIGALLI, costituisce il *leading case* della perdita di chance come danno emergente da perdita di una possibilità attuale; Cass., 4 marzo 2004, n. 4400, cit.; Cass., 28 gennaio 2005, n. 1752, in *Foro it. on line*; Cass., 25 maggio 2007, n. 12243, in *Foro it. on line*; Cass., 16 ottobre 2007, n. 21619, cit.; Cass., 18 settembre 2008, n. 23846, in *Danno e resp.*, 2009, 5, 525, con nota di B. TASSONE, *Diagnosi erronea, nesso di causa e regimi processuali*; Cass. Sez. un., 26 gennaio 2009, in *Danno e resp.*, 2009, 11, 1033, con nota di G. MARENA, *La perdita di chance in diritto amministrativo*; Cass. Sez. lav., 3 marzo 2010, n. 5119, in *Danno e resp.*, 2009, 11, 1033, sulla violazione dei criteri di selezione posti dal bando di concorso.

⁶² S. MAZZAMUTO, *Il danno da perdita di una ragionevole aspettativa patrimoniale*, in *Europa e dir. priv.*, 2010, 1, 82 ss.

⁶³ Secondo Cass., 18 settembre 2008, n. 23846, cit.: "la chance non diventa risarcibile soltanto se, una volta che la si è individuata, appare di tale consistenza che si può presumere che la sua concreta utilizzazione avrebbe realizzato la consecuzione del risultato oppure se appare probabile che la sua utilizzazione avrebbe determinato quella consecuzione. [Il ragionamento presuntivo o probabilistico è] in funzione della stessa individuazione della chance, nel senso cioè che la situazione fattuale che si vuole determinativa della chance deve essere tale che si possa presumere che essa l'avrebbe determinata o che appaia probabile che l'avrebbe determinata. In altri termini [qui la Cass. slega l'esistenza della chance dal risultato] il ragionamento presuntivo non riguarda l'attitudine della chance a provocare l'effetto favorevole che il danneggiato non ha conseguito, bensì *l'attitudine della situazione di fatto in senso lato in presenza della quale la chance può essere ritenuta esistente*"

⁶⁴ La Cassazione nella citata sentenza del 18 settembre 2008, n. 23846 ha posto in luce come l'omessa diagnosi della malattia incurabile abbia determinato la perdita di una doppia chance: vivere meglio durante l'evolversi della patologia e vivere più a lungo sia pur per pochissimo tempo.

⁶⁵ La Cassazione ha ben distinto la domanda con cui il lavoratore chiede i danni derivanti dall'illegittima mancata promozione (dove quest'ultima si assume come si-

Ora se l'esistenza della chance non dipende, alla luce di tale duplicità, dalla percentuale più o meno elevata di realizzazione dell'interesse, potrà sorgere una pretesa risarcitoria anche quanto la chance sussiste, ma le probabilità dell'evento mancato sono ritenute molto basse (inferiori al 50%). Insomma la presunzione o la probabilità dell'evento incidono sul *quantum* del risarcimento non sull'*an* della chance.

La perdita della possibilità del risultato deve essere certa, sebbene il conseguimento di quest'ultimo sia incerto. Il danno da perdita di chance consiste nella privazione della possibilità di conseguire un

cura) da quella con cui si fa valere la privazione della possibilità di conseguire la promozione in conseguenza della partecipazione al concorso. Poiché si tratta di due beni giuridici diversi, differente è anche l'onere probatorio a carico del danneggiato. Questi se domanda il risarcimento del danno per perdita di chance deve provare, anche per presunzioni o in base al calcolo delle probabilità, che sussisteva la possibilità di conseguire il superiore inquadramento. Il danno sarà liquidato o applicando al parametro della retribuzione che sarebbe spettata un coefficiente di riduzione desunto dalla probabilità favorevole di progredire in carriera (anche inferiore al 50%). Oppure la liquidazione sarà equitativa (ma con congrua e adeguata motivazione da parte del giudice) ai sensi dell'art. 1226 c.c., norma, questa, che presuppone già provata l'esistenza di un danno risarcibile. Se invece il danneggiato domanda la perdita dei vantaggi conseguenti alla posizione lavorativa, si applica il modello della causalità materiale come ricostruito dalla giurisprudenza civile; se le probabilità di vittoria erano elevate si liquiderà tutto il danno derivato dal non aver conseguito la posizione superiore. Il lavoratore pretermesso dovrà tuttavia provare la maggiore consistenza dei propri titoli rispetto a quelli degli altri candidati che lo hanno preceduto in graduatoria. Viceversa la domanda sarà rigettata se le probabilità di vittoria erano scarse. Cfr.: Cass. sez. lav., 22 aprile 1993, n. 4725, in *Foro it. on line*, che distingue tra lesione del diritto di promozione e perdita della possibilità di promozione derivante dal mancato espletamento dello scrutinio e di collocazione in graduatoria; Cass. Sez. lav., 2 dicembre 1996, n. 10748, in *Foro it. on line*; Cass. Sez. lav., 6 maggio 2006, n. 13241, cit.; Cass. Sez. lav., 23 gennaio 2009, n. 1715, in *Leggi d'Italia on line*, secondo la quale, per ritenersi esistente la chance, l'attore deve provare non solo l'illegittimità della procedura di selezione dei lavoratori per una qualifica superiore, ma anche il possesso dei requisiti idonei (in base al bando) a determinare la probabilità di promozione. A tal fine occorre allegare e provare "quegli elementi di fatto idonei a far ritenere che il regolare svolgimento della procedura selettiva avrebbe comportato una concreta, effettiva, e non ipotetica, probabilità di vittoria". Altrimenti manca l'interesse processuale alla dichiarazione di illegittimità della procedura concorsuale (in senso conforme Cass. Sez. lav., 2 febbraio 2009, n. 2581, in *Leggi d'Italia on line*).

non risulta dalla stipulazione del contratto e quindi dalla natura della stessa obbligazione, bensì sono collegati ai requisiti disciplinati nell'art. III.-3:101 (1) DCFR⁸⁰ del non adempimento del vincolo e del mancato esonero di responsabilità⁸¹. Inoltre, vanno aggiunti i requisiti speciali dell'art. III.-3:301 oppure III.-3:302 DCFR, a seconda che si tratti di richieste in denaro o di altro tipo.

Un esonero di responsabilità (*excuse*) è quindi dato se la mancata prestazione è da collegarsi a un ostacolo che si trova al di fuori della sfera di influenza del debitore (art. III.-3:104 (1) DCFR). Con questo il DCFR assume per analogia la nota regola di forza maggiore stabilita dall'art. 79 (1) della Convenzione di Vienna sui Contratti di Compravendita Internazionale di Mercè. Il debitore viene quindi esonerato dal risarcimento danni che spettano al creditore in caso in cui la mancata prestazione dipenda da una causa di forza maggiore⁸².

Strutturalmente il DCFR ha quindi assunto l'approccio del *Common Law*. Questa soluzione privilegia il debitore: infatti, il creditore che non vuole imporre un adempimento in natura deve specificare e dimostrare, oltre alla stipulazione del contratto, anche i fatti costitutivi del diritto relativi al mancato adempimento del vincolo e l'assenza di una causa di esonero (*excuse*). Visto che in questo caso si tratta di fatti negativi, ciò alleggerisce il creditore in causa solo parzialmente.

3. Limiti dell'obbligo di prestazione

Anche i limiti dell'obbligo di prestazione in natura sono disciplinati come caratteristiche negative nella situazione di fatto secondo l'art. III.-3:302 (3) DCFR. Essi riguardano l'impossibilità legale o fisica, l'aggravio della prestazione e l'inesigibilità di una personale erogazione della prestazione. I presupposti relativi ai fatti sono disciplinati in modo generale e astratto. A differenza del *Common Law* in questo caso il giudice non prende quindi nessuna decisione discrezionale.

a) Rifiuto dell'adempimento specifico per via di un onere eccessivo

Secondo l'art. III.-3:302 (3) lit. b DCFR l'adempimento specifico è escluso nel caso in cui

⁸⁰ In tal senso anche art. 8:101 (1) PECL.

⁸¹ Ugualmente nell'art. 9:101 nonché 9:102 PECL il diritto all'esatto adempimento viene designata come rimedio (*remedy*). Criticamente sul concetto M.-P. WELLER, *Die Struktur des Erfüllungsanspruchs im BGB, common law und DCFR – ein kritischer Vergleich*, in *Juristenzeitung*, 2008, p. 764.

⁸² Cfr. nota I.1. all'art. III.-3:104 DCFR nonché H. UNBERATH, *Die Vertragsverletzung*, cit., p. 336 ss.

esso sia causa di sforzi o costi troppo elevati. Tuttavia il DCFR, a differenza del diritto tedesco, non fornisce precise indicazioni in proposito su quando la prestazione in natura sia „*unreasonably burdensome or expensive*“. In particolare, nella norma non è previsto alcun adeguamento dell'onere del debitore all'interesse del creditore alla prestazione.

La valenza dell'*unreasonably* dipende dai vari contesti normativi a dalle varie valutazioni di base possibilmente in contrasto tra loro che chi applica il diritto porta a un compromesso nel caso concreto⁸³. Ciò avviene di conseguenza, poiché in Europa non è riconoscibile un concetto unitario di „*reasonable-ness*“, e per esso in tedesco nemmeno esiste una traduzione omogenea.

Questo è evidente soprattutto nella Convenzione di Vienna. Nella (non ufficiale) traduzione tedesca il concetto *reasonable* viene talvolta reso con *vernünftig* (ragionevole), talvolta con *angemessen* (adeguato), *zumutbar* (esigibile), *verhältnismäßig* (proporzionato), o anche con *ungebührlich* (eccessivo)⁸⁴. Questo è avvenuto a seguito di un'attenta riflessione per poter presentare al fruitore tedesco del diritto un insieme di concetti familiari, oppure si è persa l'occasione di introdurre un nuovo concetto di ordinamento? Nel contesto che qui ci interessa l'espressione *reasonableness* serve a valutare, in quanto terza parte neutrale, questioni di equilibrio contrattuale⁸⁵.

Le interpretazioni dell'art. III.-3:302 DCFR escludono espressamente di tener conto della questione se prestazione e controprestazione siano adeguate, se le parti abbiano fatto un affare vantaggioso o svantaggioso⁸⁶. Dall'esempio fornito in quella sede, che riguarda uno yacht affondato mentre veniva trasportato per essere consegnato all'acquirente, si evince che da parte del debitore devono essere preventivate le spese supplementari di impedimento alla prestazione necessarie per l'adempimento del contratto. In questo esempio esse superano quaranta

⁸³ In tal senso espressamente C. VON BAR/E. CLIVE, *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR), Full Edition*, cit., Introduction, n. 22.

⁸⁴ Vgl. J. SCHMIDT, *Zur „reasonable person“ in einem zukünftigen europäischen Privatrecht*, in *Festschrift für Bernhard Großfeld*, a cura di U. HÜBNER/W. F. EBKE, Heidelberg, 1999, p. 1017, 1027. Criticamente S. TROIANO, *Das Konzept der „Reasonableness“ als Mittel zur Harmonisierung des Europäischen Vertragsrechts: Probleme und Perspektiven aus der Sicht des italienischen Rechtssystems*, in *New Features in Contract Law*, a cura di R. SCHULZE, München, 2007, p. 375, 377.

⁸⁵ Cfr. S. TROIANO, *Das Konzept der „Reasonableness*, cit., p. 398 s., 410 ss. Sulla nozione di ragionevolezza ampiamente S. TROIANO, *La „ragionevolezza“ nel diritto dei contratti*, Padova, 2005.

⁸⁶ Cfr. commento F dell'art. III.-3:302 DCFR.

volte il valore dello yacht; l'esecuzione del contratto può quindi venire rifiutata.

Già qui è evidente che l'interesse del creditore all'adempimento in natura non è di importanza decisiva, ove invece l'onere deve essere primariamente accollato al debitore. Tuttavia, il mancato interesse del creditore alla prestazione in natura ha una importanza decisiva se si insiste sulla sua erogazione in modo particolarmente vessatorio⁸⁷.

I PECL avevano escluso il diritto all'adempimento in natura se il creditore „può conseguire la prestazione in altra opportuna maniera“⁸⁸. Il DCFR ha ripreso questa limitazione del diritto di adempimento, estranea a un punto di vista continentale, solo in una forma attenuata (art. III.-3:302 (5) DCFR): qualora il creditore insista in modo irragionevole („*unreasonably*“) sul diritto di prestazione, nonostante gli sia possibile senza considerevoli sforzi e costi („*without significant effort or expense*“) un'adeguata operazione sostitutiva („*reasonable substitute transaction*“), esso non può pretendere il risarcimento dei danni.

Nel caso di inadempimento contrattuale il creditore avrà quindi un grande interesse, se sia possibile un'operazione sostitutiva, a uscire dal contratto prima di richiedere l'adempimento e ad avanzare una pretesa di risarcimento dei danni⁸⁹. Ne risulta, così, ancora una volta, un avvicinamento alla soluzione di *Common Law*.

b) Mutamento delle circostanze essenziali del contratto

Oltre alla citata eccezione del diritto all'adempimento in natura, il DCFR contiene nell'art. III.-1:110 DCFR una disposizione per l'adeguamento del contratto, nel caso in cui l'adempimento dell'obbligo contrattuale sia diventato, a causa di un successivo mutamento delle circostanze, per il debitore così oneroso che sarebbe palesemente ingiusto (*manifestly unjust*) costringerlo all'adempimento⁹⁰.

Singolare è nella fattispecie il parallelo con l'aggravio della prestazione: in entrambi i casi dipende dal fatto se l'erogazione della prestazione sia

diventata per il debitore eccessivamente onerosa. Prendendo in considerazione conseguenze giuridiche diverse (da un lato l'esclusione dell'obbligo di prestazione, dall'altro l'adeguamento del contratto), si pone qui la questione della limitazione di entrambe le circostanze.

Potrebbe essere ovvio concludere che le circostanze dell'adeguamento del contratto sono improduttive nel caso di alterazione del fondamento negoziale, visto che ogni cambiamento delle condizioni qui registrato conduce simultaneamente alla scusa del non influenzabile impedimento alla prestazione, che secondo l'art. III.-3:104 DCFR esclude ancora una volta l'obbligo di prestazione in natura e il diritto al risarcimento dei danni⁹¹.

Ma che non possa essere così, lo si desume dai commenti degli autori di una precedente disposizione dei PECL⁹². In questi viene postulata una priorità dei regolamenti in proposito all'alterazione del fondamento negoziale rispetto all'aggravio della prestazione. In caso di un successivo mutamento delle circostanze essenziali di contratto, il debitore quindi non viene esonerato *eo ipso* dal suo obbligo di prestazione e risarcimento danni. Solo nel caso in cui i presupposti dell'alterazione del fondamento negoziale non vengano dati, allora per il debitore è in questione l'esonero dalla prestazione per via di un impedimento alla prestazione⁹³.

V. Conclusioni.

In tutti gli ordinamenti giuridici esaminati si può riconoscere che il debitore non può essere costretto in ogni caso all'adempimento in natura, se questo è impossibile o siano richiesti al debitore sforzi enormi. Tuttavia i punti di partenza sono molto differenziati. Gli ordinamenti continentali si basano sull'assunzione che l'obbligo di adempimento del debitore risulti dalla stessa obbligazione. Diversa è la soluzione del *Common Law*: qui l'adempimento in natura è un'eccezione che necessita di motivazioni, non è parte dell'obbligazione, ma un *remedy*, un rimedio. In questo risiede una significativa differenza strutturale⁹⁴.

ciano la valutazione positiva sull'esistenza del nesso causale⁵⁵.

Ciò che muta nei due processi è dunque il criterio di esistenza del nesso di causalità e, quindi, la regola probatoria in ordine al collegamento tra condotta ed evento. Quello penale postosi su un piano di maggior rigore, stante la necessità di provare i fatti „oltre il ragionevole dubbio“, ha richiesto l'elevato grado di credibilità razionale dell'accertamento giudiziale. Quello civile si è attestato su una soglia di esistenza del nesso, sempre alta, ma meno elevata di quella penalistica⁵⁶.

Vi è comunque un punto di contatto tra le due giurisprudenze: secondo le Sezioni Unite civili la „certezza probabilistica“ non può basarsi soltanto sulla percentuale statistica della frequenza dell'evento, ma quest'ultima deve essere verificata alla luce degli elementi di fatto disponibili riguardanti il caso concreto (c.d. probabilità logica). Il giudice deve escludere fattori alternativi, così da ritenere „processualmente certa“ la conclusione che l'evento lesivo sia dipeso dalla condotta con „elevato grado di credibilità razionale o probabilità logica“⁵⁷.

Qualora si prescindesse da questa verifica di congruità con il fatto concreto si trasformerebbe il processo civile in una occasione di verifica solo scientifica demandabile, nella sua interezza, al consulente tecnico. Privando così il giudice della „fun-

zione di operare una selezione di scelte giuridicamente opportune in un dato momento storico“⁵⁸.

Accertata l'esistenza del nesso di causalità materiale si dovrà valutare l'elemento soggettivo della colpevolezza del medico. Qui rileva il diverso piano della prevedibilità ed evitabilità del fatto, dove si impongono doveri comportamentali, la cui violazione è essenziale per aversi responsabilità. Probabilità e prevedibilità sono dunque due dimensioni diverse, entrambe necessarie, per configurare la responsabilità. Vi possono essere casi in cui pur sussistendo il nesso causale tra condotta ed evento non vi è colpevolezza del medico e, dunque, non vi è responsabilità⁵⁹.

5. La qualificazione della perdita di chance.

In caso di mancata informazione sui prevedibili effetti negativi di un intervento chirurgico correttamente eseguito, non sempre - secondo la sentenza in commento - spetta il risarcimento del danno biologico. Occorre, tal fine, provare che il paziente, ove correttamente informato, avrebbe rifiutato l'intervento.

Qualora tale prova non sia raggiunta, ci si può chiedere (la sentenza in commento non se ne occupa), in ossequio al principio dell'integralità del risarcimento, se sia comunque configurabile la lesione di un bene giuridico diverso dalla salute e dalla sofferenza morale per la conseguenza negativa di cui si era all'oscuro. Esattamente si tratta, con riguardo al caso sotteso alla sentenza che si annota, della perdita della possibilità di evitare l'effetto collaterale dell'intervento chirurgico. Viene in rilievo la cosiddetta perdita di chance, categoria di danno che, consolidatasi nella casistica giurisprudenziale, „si sta costruendo un proprio statuto“⁶⁰.

Com'è noto accanto alla lesione della salute vi può essere il danno da perdita di chance, configurato dalla giurisprudenza come „entità patrimoniale a sé stante giuridicamente ed economicamente valu-

⁵⁸ Cass., 16 ottobre 2007, n. 21619, cit.

⁵⁹ Cass., 16 ottobre 2007, n. 21619, cit., riporta l'esempio in cui il medico sia stato gravemente negligente, ma il paziente muoia („prima che la negligenza possa spiegare i suoi effetti causali sull'evoluzione del male) per altra patologia, del tutto (o anche solo probabilmente) indipendente dal comportamento del sanitario stesso“. In tal caso l'interruzione del nesso causale tra il comportamento del medico e l'evento preclude qualsiasi indagine sulla colpevolezza.

⁶⁰ M. FRANZONI, *La chance, il danno non patrimoniale e il caso Mondadori*, in *Contr. e impr.*, 2009, 6, 1169, ed ivi ampia trattazione della casistica (p. 1184 ss.).

87 L'art. III.-1:103 DCFR contiene un'obbligo di buona fede delle parti.

88 Art. 9:102 (2) lit. d PECL.

89 In senso critico U. HUBER, *Modellregeln für ein Europäisches Kaufrecht*, in *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, 2008, p. 708, 722; M. VAN KOGELBERG, *Article III.3:302 DCFR on the Right to Enforced Performance of Non-monetary Obligations: An Improvement – Albeit Imperfect – Compared with Article 9:102 PECL*, in *European Review of Private Law*, 2009, p. 599, 616 s.

90 Sul punto A. B. MIKELSEN/K. LILLEHOLT, *The DCFR Rules on Unexpected Difficulties in Performance*, in *European Review of Private Law*, 2009, p. 573.

91 In tal senso M.-P. WELLER, *Die Struktur des Erfüllungsanspruchs im BGB, common law und DCFR*, cit., p. 772.

92 Cfr. commento F all'art. 9:102 PECL. In tal senso anche U. HUBER, *Modellregeln für ein Europäisches Kaufrecht*, cit., p. 736.

93 Cfr. A. B. MIKELSEN/K. LILLEHOLT, *The DCFR Rules on Unexpected Difficulties in Performance*, cit., p. 577, chi sono dell'opinione (senza spiegazione) che questa precedenza non vale più nel DCFR.

94 Diffusamente e criticamente sul punto M.-P. WELLER, *Die Struktur des Erfüllungsanspruchs im BGB, common law und DCFR*, cit., p. 764.

nevole criterio di probabilità scientifica, specie qualora manchi la prova della preesistenza, concomitanza o sopravvenienza di altri fattori determinanti”.

⁵⁵ Per una corretta ricostruzione del nesso causale nel caso di lamentato omesso controllo della Consob sul mercato mobiliare di collocamento dei titoli bond argentini cfr., di recente, Trib. Novara, 15 novembre 2010, n. 1062, in *Guida al dir.*, 2010, 48, 16 ss. Il giudice ha negato la responsabilità della Consob mancando sia la prova del momento temporale in cui la mole della contrattazione divenne sospetta - fatto, questo, che avrebbe determinato l'obbligo di intervento da parte della Consob - sia l'accertamento che „le iniziative di Consob avrebbero impedito, con elevato grado di probabilità, la conclusione [del contratto con la banca].“

⁵⁶ Cass. Sez. un., 16 ottobre 2007, n. 21619, cit., chiarisce che la diversità della regola probatoria in ambito civile sul nesso di causalità discende dalla „diversità dei valori in gioco nel processo penale tra accusa e difesa [a fronte della] equivalenza di quelli in gioco nel processo civile tra le due parti contendenti“. Tale diversità, ricordano le Sezioni unite, è presente negli altri ordinamenti occidentali e anche la Corte di Giustizia ha accettato che la causalità poggi su „logiche di tipo probabilistico (CGCE, 13 luglio 2006, n. 295)“.

⁵⁷ Cass., 4 marzo 2004, n. 4400, cit.

dell'attendibilità dell'impiego della legge statistica nel caso concreto⁴⁶.

Se questi principi avrebbero potuto costituire un modello generale, la Cassazione civile ne ha correttamente preso le distanze, inizialmente con una motivazione esigua⁴⁷, successivamente con argomenti più solidi⁴⁸ che traggono forza anche dalla moderna concezione della responsabilità civile. Secondo la quale il requisito dell'ingiustizia non è attribuito della condotta (concezione c.d. sanzionatoria) ma del danno⁴⁹.

⁴⁶ Secondo questa impostazione “anche coefficienti medio-bassi, se corroborati dal positivo riscontro probatorio, condotto secondo le cadenze tipiche della più aggiornata criteriologia medico-legale, circa la sicura non incidenza nel caso di specie di altri fattori integranti in via alternativa, possono essere utilizzati per il riconoscimento giudiziale del nesso causale”. Cfr. sul caso delle morti da esposizione all'amianto Cass. sez. pen., 4 novembre 2010, n. 38991, in *Guida la dir.*, 2011, 1, 90, la quale ribadisce che la legge scientifica di copertura non deve essere recepita *sic et simpliciter* dal giudice; egli ne deve piuttosto verificare l'attendibilità rispetto al caso concreto (probabilità logica o elevato grado di credibilità razionale). Il che vale *a fortiori* quando le teorie scientifiche di spiegazione causale siano antagoniste tra loro”. Qui il giudice deve motivare la scelta di una legge scientifica in luogo di un'altra come la più idonea a spiegare l'efficacia causale di una determinata condotta.

⁴⁷ Cass., 19 maggio 2006, n. 11755, in *Foro it on line*, ha precisato che il criterio espresso dalla sentenza Franzese (alto grado di probabilità logica e di credenza razionale) interessa l'ambito del diritto punitivo ed esattamente il reato omissivo improprio. Qualora venisse in rilievo, come nel caso sotteso a tale pronuncia, un comportamento anche commissivo “la verifica probabilistica si arresta su soglie meno elevate di accertamento contro fattuale”.

⁴⁸ Cass., 16 ottobre 2007, n. 21619, in *Corr. giur.*, 2008, 1, 35, con nota di M. BONA, *Causalità civile: il decalogo della cassazione a due “dimensioni di analisi e in Danno e resp.*, 2008, 1, 43, con nota di R. PUCELLA, *Causalità civile e probabilità: spunti per una riflessione*; Cass. Sez. un., 11 gennaio 2008, n. 576, in *Corr. giur.*, 2008, 6, p. 694 ss., con nota di G. TRAVAGLINO, *Causalità civile e penale: modelli a confronto*.

⁴⁹ Questa ricostruzione ha consentito di liberare le potenzialità applicative dell'art. 2043 c.c., slegandolo dal limite della risarcibilità del solo diritto soggettivo assoluto a vantaggio della tutela di ogni interesse giuridicamente rilevante. Al culmine di tale evoluzione si situa Cass. Sez. un., 22 luglio 1999, n. 500, pubblicata in molte riviste tra cui *Foro it.*, 1999, I-2, 2487, con nota di A. PALMIERI-R. PARDOLESI, in *Danno e resp.*, 1999, 10, 965, con note di G. MONATERI, G. PONZANELLI e V. ROPPO, *La Cassazione riconosce la risarcibilità degli interessi legittimi*, in *Eur. e dir. priv.*, 1999, 1262, con nota di C. CASTRNOVO, *L'interesse legittimo varca la frontiera della responsabilità civile*, la quale ha ammesso la risarcibilità degli interessi legittimi (soprattutto preten-

Se l'illecito civile si incentra sulla figura del danneggiato e se, come è stato affermato, costituisce un problema di diritto vivente⁵⁰ quello di “[ricercare] criteri sempre più adeguati di attribuzione di un determinato costo sociale”⁵¹, ne deriva una conseguenza. Non è “esportabile in sede civile” la preoccupazione dell'interprete penale sottesa all'orientamento appena esaminato secondo cui il nesso di causalità non può fondarsi sul semplice accertamento di un aumento del rischio⁵².

Le Sezioni Unite civili hanno perciò elaborato una propria formula sintetica per indicare l'esistenza del nesso causale, formula diversa da quella penalistica dell' elevato grado di credibilità razionale”. Nel processo civile “vige la regola della preponderanza dell'evidenza o del più probabile che non”. Occorre pertanto non la certezza ma la ragionevole probabilità che un evento sia stato cagionato da una determinata condotta commissiva od omissiva⁵³. Questo esito lascia necessariamente permanere dei “margin di relatività”⁵⁴, i quali però non infi-

sivi), argomentando dall'ampliamento dell'area della risarcibilità del danno aquiliano. L'art. 2043 c.c., in quanto norma primaria di protezione che configura un sistema atipico, non consente di stabilire a priori, una volta per tutte, quali siano gli interessi meritevoli di tutela. Spetta al giudice selezionare gli interessi giuridicamente rilevanti effettuando un giudizio di comparazione tra gli interessi in conflitto. Da una parte quello del danneggiato e dall'altro quello che ha inteso perseguire il danneggiato con il suo comportamento lesivo. Ciò “al fine di accertare se il sacrificio dell'interesse del soggetto danneggiato trovi meno giustificazione nella realizzazione del contrapposto interesse dell'autore della condotta, in ragione della sua prevalenza. Questa attività di comparazione e valutazione deve essere condotta alla stregua del diritto positivo. Sulla complessità del sistema delle fonti e dell'interpretazione nella teorica di un unico sistema ordinamentale cfr. P. PERLINGIERI, *Leale collaborazione tra Corte costituzionale e corti europee. Per un unitario sistema ordinamentale*, Napoli, 2008, *passim*.

⁵⁰ Sul concetto di diritto vivente come figura da ricondurre nell'ambito del problema delle fonti del diritto cfr. le belle pagine di L. MENGONI, *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Milano, 1996, 141 ss.

⁵¹ Cass., 16 ottobre 2007, n. 21619, cit.

⁵² Cass., 16 ottobre 2007, n. 21619, cit.

⁵³ Cass., 16 ottobre 2007, n. 21619, cit. Cfr. anche la limpida sentenza della Cass., 4 marzo 2004, n. 4400 (Rel. A. Segreto), in *Danno e resp.*, 2005, 1, 45 ss., con note di M. FEOLA e L. NOCCO, *Il danno da perdita di chance*.

⁵⁴ Cass., 4 marzo 2004, n. 4400, cit., ha esattamente affermato che “ove il ricorso a nozioni di patologia medica e medicina legale non possa fornire un grado di certezza assoluta, la ricorrenza del suddetto rapporto di causalità [incentrato sulla sola probabilità degli effetti della condotta omissiva] non può essere esclusa in base al mero rilievo di margini di relatività, a fronte di un serio e ragio-

I redattori del DCFR, come i redattori dei PECL, hanno tentato di trovare un compromesso tra i due approcci, considerando l'adempimento in natura diversamente dal diritto inglese come la regola e non come l'eccezione. Ciononostante entrambi i regolamenti attuano strutturalmente il concetto di *remedy*, che collega il diritto a un adempimento in natura non alla nascita dell'obbligazione, bensì a un mancato adempimento imputabile al debitore. L'approccio *remedy* separa lo sviluppo dell'obbligazione dai diritti da essa risultanti. La violazione del contratto che può consistere nel mancato adempimento porta il diritto a un adempimento in natura come a uno dei possibili rimedi. Questo approccio privilegia il debitore, poiché al creditore non è più sufficiente la prova della stipulazione del contratto come affermazione dell'adempimento in natura.

Lodevole è l'impegno dei redattori del DCFR di fare, con il massimo grado di trasparenza, un elenco dei diritti del creditore. È centrale il concetto della *non-performance*, quindi mancata prestazione (art. III.-3:101 (1) DCFR). Se questa non è scusata, sono a disposizione del creditore una serie di rimedi (*remedies*). La richiesta della prestazione promessa nel contratto (*performance*) è tuttavia solo uno di questi rimedi, anche se il più importante.

Il futuro diritto contrattuale europeo dovrebbe però concedere al principio *pacta sunt servanda* la più alta importanza, anche se questo è possibile solo con la rinuncia del concetto di *remedy* preso a prestito del *Common Law*. A questo dovrebbe accompagnarsi una più precisa standardizzazione dell'eccessivo aggravio della prestazione; dovrebbe inoltre essere chiarito che il debitore ha l'obbligo di allegare prove dei presupposti. Un regolamento contrattuale europeo ha necessariamente un carattere di compromesso. Questo tuttavia non dovrebbe avvenire a spese dell'attuabilità del diritto all'esatto adempimento.

L'ACCESSIONE INVERTITA E' DURA A MORIRE

Di Giancarlo Filanti

Ordinario di Diritto civile dell'Università di Cagliari

| 274

SOMMARIO*: 1.- Premessa. 2. - L'accessione invertita fra illegittimità per contrasto con la C.E.D.U. e abrogazione. 3. - Contrasto tra diritto interno e principi della C.E.D.U. 4. Reviviscenza dell'accessione invertita. 5. - L'accessione invertita al giudizio della Corte Costituzionale.

1. Premessa.

L'accessione invertita¹, colpita dagli strali della Corte di Strasburgo nel 2000², è stata ignorata l'anno successivo dal Testo Unico dell'espropriazione per pubblica utilità. Il Consiglio di Stato, nel parere reso sulla bozza predisposta dalla Commissione da esso nominata, sottolinea la tempestiva eliminazione dell'istituto, sostituito dalla dichiarazione acquisitiva ex art. 43, rispettosa del principio di legalità.

Proprio la violazione di tale principio aveva costituito il motivo principale di incompatibilità

* Questo scritto è destinato agli studi in onore di Lucio Valerio Moscarini.

¹ Di regola, nel presente scritto, per non appesantire il discorso, si parlerà soltanto di accessione invertita e non anche di occupazione acquisitiva. La fattispecie, basata sull'irreversibile destinazione dell'area alla realizzazione di un'opera pubblica, è unitaria, muta soltanto il momento acquisitivo.

A seconda che la destinazione avvenga prima o dopo il termine per l'emanazione del decreto di esproprio si avrà, rispettivamente, occupazione acquisitiva (allo spirare del termine) o accessione invertita (al momento dell'irreversibile destinazione): Cass. n. 8005/1997.

² Corte europea dei diritti dell'uomo, 30 maggio 2000, Belvedere alberghiera c. Italia; Carbonara e Ventura c. Italia, in *Giur. it.*, 2000, 2161 ss.

dell'accessione invertita con la Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo (in seguito C.E.D.U.) dichiarata da quella Corte³.

La sorte dell'istituto sembrava dunque definitivamente segnata.

Senonché la Corte Costituzionale, con sentenza n. 293, depositata l'8 ottobre 2010, ha dichiarato

³ L'art. 43 risponde alla finalità di "adeguare l'ordinamento ai principi costituzionali ed a quelli generali del diritto internazionale sulla tutela della proprietà": Cons. Stato, Adunanza plenaria, parere reso in data 29 marzo 2001, n. 4, in *Cons. Stato*, 2001, I, p. 1891 ss.. Questa "attenzione" ai principi della C.E.D.U., come interpretati dalla Corte di Strasburgo, caratterizza le successive pronunce del Consiglio di Stato e si traduce, come si vedrà subito, nella affermazione della inapplicabilità dell'accessione invertita anche a fattispecie verificatesi prima della entrata in vigore del Testo Unico.

Ritiene invece che i rilievi della Corte europea dei diritti dell'uomo siano stati superati ed in particolare rispettato il principio di legalità che richiede norme precise e prevedibili, la Corte di cassazione, secondo la quale il quadro relativo all'accessione invertita sarebbe chiaro e quindi sufficientemente prevedibili le decisioni in materia: Cass., sez. unite, 14 aprile 2003, n. 5902; Cass. 15 luglio 2004, n. 13113. In dottrina, le posizioni sono orientate in senso decisamente critico nei confronti dell'istituto: v., ad es., R. CARANTA, *Espropriazione per pubblica utilità*, in *Enc. Dir.*, Agg., V., Milano, 2001, p. 421 e con attenta analisi, A. GAMBARO, *Occupazione acquisitiva*, in *Enc. Dir.*, IV, Milano, 2000, spec. p. 862 ss.

nell'ambito del danno non patrimoniale. La stessa sentenza che si annota si esprime in termini di danno non patrimoniale, consistente, questo, nel caso di specie, nel turbamento e nella sofferenza derivante dal mancato rispetto dell'obbligo di informare il paziente.

Non occorre in questa sede porre in luce i punti di forza e le ombre³⁹ della ricostruzione teorica delle Sezioni unite, la quale, secondo alcuni autori, costituisce una "tappa intermedia"⁴⁰, "un punto di partenza per precisare il ruolo della responsabilità civile"⁴¹. Piuttosto preme ribadire come resti senz'altro aperto il problema della "corretta quantificazione del danno non patrimoniale, in modo conforme all'importanza assunta dalla dignità della persona umana"⁴². A tal fine è comunque decisivo, sia pur nell'ambito di un risarcimento necessariamente secondo equità, allegare e provare, anche per presunzioni, il pregiudizio subito, gli effetti negativi di esso sulla vita quotidiana e tutte le circostanze utili del caso. Il che, consentendo al giudice di esplicitare i criteri di liquidazione del danno, garantisce il controllo della sentenza nei gradi successivi di giudizio.

4. Il nesso di causalità: dalle Sezioni Unite penali a quelli civili.

Il medico che esegue correttamente l'intervento chirurgico - si chiarisce nella sentenza in commento - non risponde della lesione della salute per il solo difetto del consenso prestato dal paziente. Affinché sussista tale responsabilità occorre che vi sia il nesso causale tra la condotta e il danno alla salute. Si deve perciò accertare, qualora si discuta di un'omissione, se la condotta omessa (*id est*: il comportamento doveroso) avrebbe impedito l'evento. Ossia se il paziente avrebbe rifiutato l'operazione

³⁹ C. SCOGNAMIGLIO, *Il danno morale soggettivo*, cit., 247-248; cfr. altresì gli autori citati *supra* nelle note 34 e 33.

⁴⁰ S. MAZZAMUTO, *Il rapporto tra gli artt. 2059 e 2043 c.c.*, cit., 595.

⁴¹ G. VETTORI, *Danno non patrimoniale e diritti inviolabili*, cit., 103.

⁴² G. PONZANELLI, *Il difficile 2009 del danno esistenziale, ma il 2010 andrà sicuramente peggio*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, 7-8-, 370. Proprio sotto il profilo della dignità umana e dell'arricchimento della personalità dell'uomo (art. 2 Cost.) appare non del tutto persuasivo negare il risarcimento del danno non patrimoniale nel caso di uccisione dell'animale di affezione (in tale senso, di recente, ha negato il risarcimento Trib. Milano 20 luglio 2010, n. 9453, in *Leggi d'Italia on line*).

per non incorrere nel rischio della complicità verificatasi.

In questa valutazione viene in rilievo la causalità materiale (o di fatto) i cui principi generali tratti dagli artt. 40 e 41 c.p. valgono, in assenza di una specifica normativa, anche in sede civile. Ma se per molti anni vi è stato un completo appiattimento della giurisprudenza civile su quella penale, nell'ultimo decennio la prima si è staccata - vedremo su quale aspetto - dall'elaborazione penalistica⁴³.

Prima di trattare della giurisprudenza civile è utile ricordare che con la sentenza Franzese le Sezioni Unite penali⁴⁴ hanno disatteso, in tema di nesso di causalità, l'orientamento maggioritario che imputava la responsabilità soltanto in presenza di "serie e apprezzabili probabilità di successo" derivanti dalla condotta omessa⁴⁵. All'opposto, continuano le Sezioni Unite, è anche ragionevole sostenere che il giudice non debba raggiungere la certezza assoluta, condizione, questa, molto difficile da acquisire. Egli deve piuttosto formulare un giudizio di responsabilità caratterizzato da un "alto grado di credibilità razionale" prossimo alla certezza.

Il giudice, tuttavia, a tal fine non deve basarsi soltanto sul coefficiente di probabilità espresso dalla cosiddetta "legge di copertura" (statistica o di esperienza), ma deve altresì confrontare la validità del dato espresso dalla stessa con le circostanze di fatto e con l'evidenza probatoria disponibile. A tal proposito le Sezioni Unite hanno parlato di "elevata probabilità logica" da accertare per imputare l'evento all'esito di una verifica aggiuntiva

⁴³ Nella ricostruzione del nesso causale in ambito civile si applicano gli artt. 40 e 41 c.p. Più precisamente i principi della *condicio sine qua non* dell'evento e dell'equivalenza delle cause temperato, quest'ultimo, dal principio di causalità efficiente desumibile dall'art. 41 co. 2 c.p. A questi si è aggiunto il principio della causalità adeguata (o similmente della regolarità causale) accolto dalla giurisprudenza penalistica per selezionare, secondo una valutazione di prevedibilità *ex ante*, quelle cause che non appaiono inverosimili.

⁴⁴ Cass. Sez. un. pen., 10 luglio 2002, n. 30328, in *Riv. dir. civ.*, 2003, 4, 361, con note di M. BONA, *Il nesso di causa nella responsabilità civile del medico e del datore di lavoro a confronto con il decalogo delle Sezioni Unite penali sulla causalità omissiva*, di S. LANDINI, *Causalità giuridica e favor veritatis*.

⁴⁵ Quest'orientamento - hanno sottolineato le Sezioni Unite - apriva le porte alla violazione dei principi di legalità, tassatività e tipicità della fattispecie criminosa, accogliendo così una nozione debole di nesso causale (bastavano, infatti, per l'imputazione dell'evento probabilità anche inferiori al 50%).

| 303

medico, più del paziente, era maggiormente vicino alla prova della mancanza del nesso causale. Egli, infatti, avrebbe potuto dimostrare: che l'intervento di asportazione della cataratta era necessario e non rinviabile pena la compromissione della salute; che non vi erano alternative terapeutiche e che, comunque, l'intervento praticato era quello assolutamente più adatto alla patologia.

Nonostante queste critiche, la sentenza in esame si lascia apprezzare per aver chiarito che la lesione del diritto all'autodeterminazione non giustifica, di per sé, il risarcimento del danno biologico. Opinando diversamente si finirebbe con l'identificare il danno con la lesione (c.d. danno-evento) in aperto contrasto con la finalità normalmente risarcitoria e non sanzionatoria delle responsabilità civili³⁵. Piuttosto, continua la sentenza è il danno non patrimoniale a essere risarcibile nel caso di specie. L'insorgenza di una complicità sconosciuta al paziente può ingenerare in quest'ultimo "un turbamento di intensità correlata alla gravità [della stessa]". Tale turbamento costituisce nella prevalenza dei casi l'effetto del mancato rispetto dell'obbligo di informare il paziente. Ed esso è senz'altro un danno la cui risarcibilità presuppone l'accertamento del nesso causale, da ritenersi esistente in base a una valutazione probabilistica.

La sofferenza però, per rilevare giuridicamente, continua la Suprema Corte, deve oltrepassare la soglia della gravità dell'offesa, all'esito di un bilanciamento tra il principio di solidarietà nei confronti dell'offeso e quello di tolleranza verso il danneggiante secondo il parametro della coscienza sociale in un determinato momento storico. Sul punto la sentenza richiama espressamente la notissima pronuncia delle Sezioni Unite della Cassazione che, nell'interpretare l'art. 2059 c.c. conformemente alla Costituzione³⁶, ha elevato il requisito della gravità

³⁵ Cass., 19 gennaio 2007, n. 1183, in *Danno e resp.*, 2007, 11, p. 1125 ss., con nota di P. PARDOLESI, *Danni punitivi all'indice?*; in *Foro it.*, 2007, 1460, con nota di G. PONZANELLI, *Danni punitivi: no Grazie*; C. SCOGNAMIGLIO, *Danno morale e funzione deterrente*, in *Resp. civ. e prev.*, 2007, 12, 2485 ss.; G. VETTORI, *Diritto privato e ordinamento comunitario*, Milano, 2009, 296 ss.; M. FRANZONI, *Il danno risarcibile*, Milano, 2004, 646 ss.; Trib. Messina, 5 aprile 2007, in *Fam. e dir.*, 2008, 1, 60 ss., con nota di E. LA ROSA, *Il nuovo apparato rimediato introdotto dall'art. 709 ter c.p.c. I danni punitivi approdano in famiglia?*

³⁶ Cass. Sez. un. 11 novembre 2008, n. 26972, in *Guida al dir.*, 2008, 47, p. 18 ss., con nota di G. COMANDÈ, in *Foro it.*, 2009, I, 120 ss., con note di E. NAVARRETTA, *Il valore della persona nei diritti inviolabili e la sostanza dei danni non patrimoniali*; di A. PALMIERI, R. PARDOLESI-SIMONE e G. PONZANELLI e in *Obbligaz. e contr.*, 2009, 106 ss., con nota di G. VETTORI, *Danno non*

dell'offesa (e della serietà del pregiudizio) a condizione di esistenza della lesione del diritto costituzionalmente garantito.

La sentenza in parola ha ammesso, sulla scia delle sentenze gemelle del maggio 2003, la risarcibilità del danno non patrimoniale anche (e soprattutto) quando la riserva di legge, contenuta nell'art. 2059 c.c., è integrata al massimo grado dalla Costituzione³⁷. Di certo - continuano le Sezioni Unite - la previsione di un diritto inviolabile contenuta nella Legge fondamentale esige in caso di sua violazione una tutela almeno risarcitoria. E l'autodeterminazione è senza dubbio un diritto fondamentale della persona.

Superata così la forzatura ermeneutica che aveva confinato il danno non patrimoniale nel danno morale soggettivo, il primo riprende slancio nell'ordinamento giuridico. Esso assurge al rango di categoria unitaria all'interno della quale non sono configurabili autonome sottocategorie di danno. Neppure il danno morale soggettivo è categoria autonoma essendo, tendenzialmente³⁸, ricompreso

patrimoniale e diritti inviolabili, il quale pone in luce alcuni punti critici della pronuncia. Critico anche C. CASTRONOVO, in *Danno e resp.*, 2009, 1, 5 ss., *Danno esistenziale: il lungo addio*. Nettamente contrario alla sentenza P. CENDON, *L'urlo e la furia*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, 71 ss.

³⁷ La lettura costituzionalmente orientata dell'art. 2059 c.c. ha riportato, com'è noto, il sistema della responsabilità civile nell'ambito della bipolarità: danno patrimoniale (art. 2043 c.c.) e danno non patrimoniale (art. 2059 c.c.). Alcuni autori, tuttavia, pur apprezzando sotto diversi profili la sentenza delle Sezioni Unite n. 26972/2008, si sono mostrati scettici sulla semplificazione che assegna all'art. 2043 la riparazione del solo danno patrimoniale e all'art. 2059 l'esclusività nel disciplinare il danno non patrimoniale (cfr. S. MAZZAMUTO, *Il rapporto tra gli artt. 2059 e 2043 c.c. e le ambiguità delle Sezioni Unite a proposito della risarcibilità del danno non patrimoniale*, in *Contr. e impr.*, 2009, 3, 591, il quale configura un sistema di rilevanza del danno non patrimoniale "a doppio regime").

³⁸ C. SCOGNAMIGLIO, *Il danno morale soggettivo*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, 5, 247, segnala come dopo l'intervento delle Sezioni unite della Cassazione, il danno morale soggettivo sia stato investito da un doppio paradosso: 1) la legislazione speciale ha fatto riferimento al danno morale con "finalità indennitarie più che propriamente risarcitorie" (cfr. d.p.r. 3 marzo 2009, n. 37 e d.p.r. 30 ottobre 2009, n. 181); 2) l'attribuzione di una somma di danaro a fronte del dolore e della sofferenza "assume una curvatura funzionale sempre più sbilanciata sul piano sanzionatorio e, correlativamente, della deterrenza nei confronti di comportamenti illeciti" (*amplius* p. 252 ss.). BUSNELLI, *Le Sezioni Unite e il danno non patrimoniale*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, II, 106-107, critica l'idea dell'unitarietà del danno non patrimoniale.

l'illegittimità costituzionale dell'art. 43 del Testo Unico, eliminando quindi, con efficacia retroattiva, la nuova figura della dichiarazione acquisitiva.

Il vuoto normativo crea notevole imbarazzo soprattutto alle amministrazioni pubbliche, dato il rilevante numero di casi in cui il procedimento acquisitivo delineato dall'art. 43 non si era completato o comunque era in atto su di esso una contestazione da parte del proprietario al momento dell'efficacia della pronuncia della Consulta.

2. L'accessione invertita fra illegittimità per contrasto con la C.E.D.U. e abrogazione.

Di fronte ad un problema di tale gravità non è sufficiente invocare un non agevole intervento del legislatore⁴; l'interprete deve piuttosto verificare se nel frattempo sia possibile riempire quel vuoto.

Inevitabilmente il pensiero va all'accessione invertita, ossia all'istituto abrogato implicitamente dalla nuova fattispecie acquisitiva, data la maggior ampiezza del perimetro di applicazione di quest'ultima⁵. L'ipotesi è dunque che l'istituto abrogato "riviva" in virtù della eliminazione con efficacia retroattiva della norma abrogata.

Lo scenario è però ben più complesso. Il presupposto della semplice abrogazione è fortemente controverso, in quanto l'istituto era stato già dichiarato illegittimo dalla Corte di Strasburgo prima della emanazione del Testo unico e quindi, secondo il Consiglio di Stato, esso sarebbe inapplicabile anche alle situazioni pregresse⁶. Le quali troverebbero la loro collocazione nella fattispecie acquisitiva previ-

⁴ F. PATRONI GRIFFI (Presidente di Sezione del Consiglio di Stato), *Prime impressioni a margine della sentenza della Corte costituzionale n. 293 del 2010, in tema di espropriazione indiretta*, in *Federalismi.it, Riv. Dir. Pubbl., italiano comunitario e comparato*, n. 19, ritiene che sarebbe sufficiente apportare alcune modifiche all'art. 43 per tener conto della giurisprudenza soprattutto del Consiglio di Stato.

⁵ Secondo la Corte di Strasburgo la nuova fattispecie acquisitiva non si discosta sostanzialmente dall'accessione invertita, se non per la circostanza di essere prevista da una norma di legge (Sciarrotta ed altri c. Italia, 12 gennaio 2006). L'opinione è condivisa in dottrina: v. N. CENTOFANTI, *Diritto a costruire. Pianificazione urbanistica. Espropriazione*, II, in *Trattati*, a cura di P. Cendon, Milano, 2005, p. 1505. Nel senso che la nuova figura sacrifica in misura maggiore le ragioni della proprietà, v. di chi scrive, *Pubblica utilità dell'area: strumenti acquisitivi diversi dall'espropriazione*, in *Studi in onore di G. Benedetti*, Napoli, 2008, p.107 ss.. Opinione analoga esprime la Corte costituzionale nella recente sentenza 293/2010, là dove, nell'indicare i profili innovativi all'art. 43 T.U., rileva come la nuova figura abbracci anche l'occupazione usurpativa, ossia non preceduta da dichiarazione di pubblica utilità

⁶ Cons. Stato, sez. IV, 21 maggio 2007, n. 2382; n. 4660/2008; n. 3509/2009; n. 1766/2010.

sta dall'art. 43 del Testo unico⁷, senza che ad essa debba riconoscersi in senso proprio efficacia sanante, quindi retroattiva⁸.

La nuova disciplina, infatti, semplicemente "differisce" l'effetto acquisitivo in caso di utilizzazione del terreno da parte della p.a. al momento della dichiarazione acquisitiva. Per questa ragione troverebbe applicazione anche a casi verificatisi anteriormente all'entrata in vigore del T.U. espropri⁹, rimasti privi di fattispecie acquisitiva di riferimento.

L'applicazione della nuova fattispecie ai casi pregressi sembrerebbe però porsi in contrasto con la disposizione transitoria dettata dall'art. 57 del Testo unico, il quale esclude dall'ambito applicativo delle nuove disposizioni i procedimenti espropriativi per i quali sia intervenuta la dichiarazione di pubblica utilità alla data di entrata in vigore dello stesso.

Ma l'atto di acquisizione, poiché esterno al procedimento espropriativo, si sottrarrebbe all'ambito di operatività della norma transitoria¹⁰.

Diverso avviso esprime la Corte di Cassazione la quale, nella sentenza n. 26732 del 19 dicembre 2007, emessa a Sezioni Unite, ribadendo peraltro una linea interpretativa alla quale si era costantemente ispirata, afferma l'inapplicabilità dell'art. 43, "concernente l'acquisizione di beni utilizzati dalla pubblica amministrazione in assenza di decreto di esproprio ... ove l'acquisizione alla proprietà pubblica sia avvenuta per irreversibile trasformazione del fondo occupato, consumata anteriormente all'entrata in vigore della stessa norma ...".

La sentenza respinge inoltre in modo tranchant la tesi dell'inapplicabilità della norma transitoria alla nuova fattispecie acquisitiva prevista dall'art. 43, "del quale nulla autorizza a ritenere un'entrata in vigore anticipata rispetto al contesto normativo di cui fa parte....".

3. Contrasto tra diritto interno e principi della C.E.D.U.

Corte di Cassazione e Consiglio di Stato sono dunque attestate su posizioni opposte quanto alla disciplina applicabile alle "irreversibili trasformazioni" antecedenti all'entrata in vigore dell'art. 43.

⁷ Giurisprudenza del Consiglio di Stato consolidata: da ultimo, Cons. Stato, sez. IV, 7619/2010.

⁸ Così F. PATRONI GRIFFI, op. cit.

⁹ Casi non riconducibili all'accessione invertita in quanto, anche dopo la pronuncia del 2000, la stessa è stata ripetutamente dichiarata in diretto contrasto con l'art. 1, prot. 1, della C.E.D.U. dalla Corte di Strasburgo: 15 luglio 2005, Colacrai c. Italia; 11 ottobre 2005, Chirò e altri contro Italia; 23 febbraio 2006, Immobiliare Cerro s.a.s. c. Italia.

¹⁰ V. sentenze citate nella precedente nota 6.

La tesi della retroattività di quest'ultimo muove dal presupposto della "eliminazione" dal nostro ordinamento dell'accessione invertita per contrasto con i principi della C.E.D.U. dichiarata dalla Corte di Strasburgo: e mira proprio a colmare il vuoto di disciplina conseguente a quella pronuncia. Tale linea interpretativa, come è evidente, precluderebbe ogni tentativo di colmare il vuoto normativo prodotto, a sua volta, dalla pronuncia di illegittimità costituzionale dell'art. 43, in quanto "vuoto" si aggiungerebbe a "vuoto".

Occorre quindi verificare in quali termini si ponga il contrasto tra diritto interno e C.E.D.U..

Sulla questione il nuovo art. 117 della Cost. rappresenta una sorta di spartiacque.

Prima della riforma la prevalenza della C.E.D.U. su norme di diritto interno si fondava, secondo le diverse opinioni, ora sull'art. 10, 1° comma, ora sull'art. 11, ora infine sull'art. 2 Cost..

Nel primo caso, quindi, i principi C.E.D.U. erano considerati alla stregua di principi di diritto internazionale; nel secondo si vedeva nella C.E.D.U. un trattato volto ad assicurare pace e giustizia fra le Nazioni; nel terzo la Convenzione avrebbe dato concretezza ai diritti inviolabili garantiti dalla Costituzione assumendone dunque il rango¹¹.

In realtà ciascuna di tali opinioni si presentava fragile sì che la giurisprudenza era restia a riconoscere alla C.E.D.U. il rango di fonte superiore alla legge ordinaria¹². La prima si poneva in contrasto con l'orientamento dominante che riferisce l'art. 10 Cost. al diritto internazionale consuetudinario. La seconda non tiene conto che i trattati richiamati dall'art. 11 postulano limitazioni di sovranità estranee alla C.E.D.U.. La terza si esponeva al rilievo che non è finalità della Convenzione specificare i diritti inviolabili di cui all'art. 2.

Quest'ultima, tuttavia, non è estranea alla "filosofia" della Corte costituzionale, alla quale occorre in definitiva rivolgersi, in quanto giudice delle leggi, per risolvere un problema di reviviscenza normativa.

¹¹ L. CAPPUCCIO, *La Corte costituzionale interviene sui rapporti tra convenzione europea dei diritti dell'uomo e Costituzione*, in *Foro it.*, 2008, I, c. 47.

¹² Tale opinione, risalente (sulla quale v. fra i molti, S. MIRANTE, *Indennità di esproprio e risarcimento da occupazione acquisitiva: la Corte inaugura il giudizio di "convenzionalità" ex art. 117 Cost.*, in *Resp. Civ. e previdenza*, 2008, p. 67 ss.), è stata dapprima modificata nel senso di riconoscere, sia pure in un'isolata pronuncia (Corte Cost., sent. n. 10 del 1993) nella Convenzione una fonte atipica, come tale resistente nei confronti della legge ordinaria e in seguito una fonte che produce norme interposte (da ultimo Corte Cost., n. 349 del 2007). Sulla esigenza di attribuire alla CEDU un rango diverso da quello meramente legislativo, la Corte cost. si era già espressa nel 1980 con la sentenza n. 188.

Sebbene la materia che ne costituisce oggetto – ossia i diritti fondamentali – non valga ad attribuirle un rango costituzionale, la Consulta valorizza oggi, in chiave dialettica, il testo della C.E.D.U. con i principi costituzionali omologhi. Sì che la Convenzione concorrerebbe in effetti a dare concretezza al parametro di costituzionalità rappresentato dai diritti inviolabili.

Tuttavia, una precisa collocazione della C.E.D.U. nel sistema delle fonti è delineata soltanto con le sentenze "gemelle" 348 e 349 del 2007, con le quali, pronunciandosi sulla materia estremamente delicata della indennità di espropriazione¹³, la Corte costituzionale ha riconsiderato i rapporti fra ordinamento italiano e Convenzione europea dei diritti dell'uomo alla luce del nuovo art. 117 Cost.¹⁴.

Il primo comma di tale norma pone alla potestà legislativa dello Stato e delle Regioni il limite dei "vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali".

Benché legati in una endiadi i due limiti operano, secondo la Corte, in modo diverso. La legge comunitaria, quale fonte intermedia fra Costituzione e legge ordinaria, è di immediata applicazione nel nostro ordinamento per la elementare ragione che il diritto comunitario ne costituisce parte integrante. Gli obblighi internazionali, a loro volta, vincolano

¹³ Più esattamente è la sentenza 348 che si occupa dell'indennità di espropriazione delle aree edificabili, mentre la 349 riguarda la liquidazione del danno per le occupazioni illegittime. Ma poiché questo è commisurato all'indennità di espropriazione (aumentata del 10 per cento) anche il secondo giudizio finisce per affrontare in larga misura le medesime questioni.

¹⁴ Sull'argomento la letteratura è ricca. Fra gli altri v.: A. GAMBARO, *Giurisprudenza della Corte europea*, cit.; P. BIAVATI, *L'efficacia diretta delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2007, p. 651 ss.; A. MOSCARINI, *Indennità di espropriazione e valore di mercato del bene: un passo avanti (ed uno indietro) della Consulta nella costruzione del patrimonio costituzionale europeo*, in *Giur. Cost.*, 2007, 5, c. 3525; C. PINELLI, *Sul trattamento giurisdizionale della CEDU e delle leggi con essa confliggenti*, in *Giur. cost.*, 2007, 5, c. 3518; M. CARTABBIA, *Le sentenze "gemelle": diritti fondamentali; fonti, giudici*, in *Giur. cost.*, 2007, 5, c. 3564; A. RUGGERI, *La CEDU alla ricerca di una nuova identità, tra prospettiva formale-astratta e prospettiva assiologico-sostanziale d'inquadramento sistematico (a prima lettura di Corte cost. nn. 348 e 349 del 2007)*, in *www.forumcostituzionale.it*; L. CAPPUCCIO, *La Corte costituzionale interviene sui rapporti tra convenzione europea dei diritti dell'uomo e Costituzione*, cit.; F. GHERA, *Una svolta storica nei rapporti del diritto interno con il diritto internazionale pattizio (ma non in quelli con il diritto comunitario)*, in *Foro it.*, 2008, I, c. 50; S. BONATTI, *La giusta indennità d'esproprio tra Costituzione e Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2008, 5, 1288; F. A. CANCELLA, *Espropriazione per pubblica utilità e tutela dei diritti fondamentali: l'integrazione "europea" del parametro di costituzionalità*, in *Riv. giur. edilizia*, 2008, 1, 184.

tica) consistente nel sostituire mentalmente il comportamento doveroso alla condotta (non) compiuta dal medico. Se questa operazione acclara che l'evento dannoso non si sarebbe ugualmente verificato, si riterrà esistente il nesso di causalità. Ora, nel caso di specie, continua la Cassazione, la Corte d'Appello avrebbe dovuto accertare se l'adempimento da parte del medico dell'obbligo di informare sulle eventuali complicanze avrebbe indotto la paziente a negare il consenso all'intervento chirurgico.

Soltanto in caso di risposta affermativa, conclude la Suprema Corte, il medico può essere condannato al risarcimento del danno per lesione della salute. Altrimenti, mancando il nesso di causalità materiale tra condotta ed evento, giammai vi potrà essere tale condanna, perché la lesione alla salute si sarebbe ugualmente verificata anche qualora il medico avesse adempiuto all'obbligo di informare³⁰. Del resto, come ricorda sempre la Cassazione, la giurisprudenza non ha mai ritenuto che il risarcimento possa prescindere dal nesso di causalità³¹.

Quest'affermazione è senz'altro condivisibile. Non convince, invece, l'aver posto a carico del paziente l'onere di provare, anche avvalendosi della presunzione, il nesso di causalità. La Suprema Corte perviene a questa conclusione per una pluralità di ragioni. Intanto perché, in generale, il creditore che allega l'inadempimento deve provare il nesso causale tra inadempimento e danno. Inoltre posto che il fatto da provare è il rifiuto che sarebbe stato opposto dal paziente, il principio di vicinanza della prova indurrebbe ad addossare a quest'ultimo l'onere probatorio. Infine, conclude la Cassazione, non si può trascurare che la scelta del paziente di non seguire la valutazione di opportunità del medico "costituisce un'eventualità che non corrisponde all'*id quod plerumque accidit*".

Si può innanzitutto replicare che la natura contrattuale della responsabilità da omessa informazione sui rischi prevedibili dell'intervento sposta sul medico l'onere di provare la mancanza del nesso causale. Il paziente si limita ad allegare l'omessa informazione su tali rischi. Più esattamente la giurisprudenza di legittimità ha più volte affermato che il

³⁰ La Corte d'Appello è stata censurata perché non ha accertato se il paziente avrebbe rifiutato l'intervento se correttamente informato. Essa ha erroneamente ritenuto che il medico dovesse rispondere per lesione della salute per il solo difetto del consenso informato.

³¹ Cass., 30 luglio 2004, n. 14638, cit., ha escluso la responsabilità del medico anestesista per difetto di informazione sui rischi connessi al trattamento anestesilogico, perché non è stato provato il nesso di causalità materiale tra la manovra di intubazione e la disfonia; Cass. 11 maggio 2009, n. 10741, cit.

creditore deve allegare un inadempimento "astrattamente efficiente alla produzione del danno", ossia inadempimenti specifiche idonee a provocare - ma, si ribadisce, solo in astratto - il danno lamentato³². Spetta allora al debitore "dimostrare che l'inadempimento non vi è stato, ovvero che, pur essendovi stato, non ha determinato il danno lamentato"³³ ossia, in altri termini, la mancanza in concreto del nesso causale tra condotta ed evento.

Questa impostazione del resto è coerente anche con l'applicazione del principio di vicinanza della prova nel caso concreto. E' evidente, infatti, come sia più agevole per il medico provare l'assenza del nesso causale di quanto non sia per il paziente dimostrarne l'esistenza. E sembra potersi altresì rilevare come la sentenza in commento non sia persuasiva neppure sotto il profilo della vicinanza della prova. Se quest'ultimo ripartisce l'onere in base alla possibilità per le parti di provare fatti e circostanze che ricadono nelle rispettive sfere di azione³⁴, il

³² G. VETTORI, *Le fonti e il nesso di causalità nella responsabilità medica*, in *Obbligaz. e contr.*, 2008, 5, 395, sottolinea come il superamento della distinzione dogmatica tra obbligazioni di mezzi e obbligazioni di risultato abbia determinato "la svolta anche in merito alla prova del nesso di causalità (...). Il creditore non deve più provare il nesso causale, ma semplicemente allegare un inadempimento tale da determinare in concreto il danno subito".

³³ Cass. Sez. un., 11 gennaio 2008, n. 577, cit.; Cass., 1 aprile 2010, n. 7993, cit. In entrambe le pronunce si è affermato che onerare il paziente della prova del nesso causale risente della distinzione tra obbligazioni di mezzi e obbligazioni di risultato. Distinzione di cui si deve constatare "la progressiva erosione della legittimazione teorica e dell'utilità pratica".

³⁴ Si legge in Cass. Sez. lav., 6 giugno 2006, n. 13241, in *Leggi d'Italia on line*; Cass. Sez. un., 10 gennaio 2006, n. 141, in *Foro it.*, 2006, I, 704 ss., con nota di D. DALFINO, *La prova del "requisito dimensionale" ex art. 18 l. 300/70 al vaglio delle sezioni unite*, e chiosa di A. PROTO PISANI, *La prova del "requisito dimensionale" ex art. 18 l. 300/70: un grand arrê* delle sezioni unite, che in forza del principio di vicinanza della prova, riconducibile all'art. 24 Cost., "spetta al giudice-interprete, quando il legislatore non vi abbia provveduto espressamente, di ricostruire la fattispecie sostanziale controversa, identificando gli elementi costitutivi del diritto soggettivo dedotto in giudizio e richiedendo all'attore la relativa prova". Il diritto di azione - continua la Cass. - sancito dalla norma costituzionale esige "il divieto di interpretare la legge in modo da renderne impossibile o troppo difficile l'esercizio". Sottolinea giustamente Proto Pisani che il principio di vicinanza della prova "ha un valore pratico immenso in quanto spesso idoneo a superare, con riferimento a un numero non secondario di ipotesi, astratte e formalistiche dispute sulla contrapposizione fatto costitutivo-fatto impeditivo".

un momento sia statico (lesione del soma e della psiche) che dinamico (conseguenze negative sulla qualità della vita).

La Cassazione in alcune pronunce ha affermato la risarcibilità del danno per omessa o parziale informazione da parte del medico - e quindi per violazione del diritto all'autodeterminazione - anche qualora non vi sia stata lesione della salute²⁵. I casi più noti riguardano interventi di chirurgia estetica²⁶, trasfusioni di sangue praticate al Testimone di Geova nonostante il suo rifiuto²⁷ e l'omessa informazione

chica (c.d. danno morale) rientra, secondo Cass. Sez. un. n. 26972/2008, nell'area del biologico. Le «Nuove tabelle 2009 per la liquidazione del danno non patrimoniale derivante da lesione alla integrità psico-fisica e dalla perdita del rapporto parentale» hanno previsto, in attuazione della citata sentenza delle Sezioni Unite del 2008, una liquidazione unitaria (sia pur con dei correttivi) del danno non patrimoniale biologico e di ogni altro danno non patrimoniale connesso alla lesione della salute».

²⁵ Cass., 30 gennaio 2009, n. 2468, in *Danno e Resp.*, 2009, 4, 446, a cura di BATÀ e SPIRITO, ha accolto l'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 5 co. 3° legge n. 135/1990 secondo la quale nessuno può essere sottoposto al test anti HIV senza il suo consenso, sebbene la norma sembra prescindere in caso di "necessità clinica". Il consenso, invece, è sempre imprescindibile, afferma la Suprema Corte, qualora la persona sia in grado di decidere liberamente e consapevolmente. Cfr. anche Cass., 14 marzo 2006, n. 5444, in *Resp. civ.*, 2006, 6, p. 566 ss., sul'omessa informazione delle possibili conseguenze negative della radioterapia.

²⁶ Cass., 6 ottobre 1997, n. 9705, in *Foro it. on line*, ha confermato la responsabilità del medico per omessa informazione sulle conseguenze inevitabili dell'intervento di chirurgia estetica (di riduzione della massa adiposa), intervento eseguito a regola d'arte. Aver taciuto la permanenza di una cicatrice di 152 centimetri ha impedito alla paziente di decidere se eseguire ugualmente l'intervento. Di conseguenza, secondo la Suprema Corte, il medico deve risarcire il danno biologico e morale. Del resto, si legge nella sentenza, il dovere di informazione deve comprendere nelle chirurgia estetica "anche la possibilità del paziente di conseguire un effettivo miglioramento dell'aspetto fisico, che si ripercuota favorevolmente nella vita professionale e in quella di relazione". Cfr. anche Cass., 26 marzo 1981, n. 1773, Mass. in *Studio legale-Leggi d'Italia on line*.

²⁷ Cass., 15 settembre 2008, n. 23676, in *Corr. giur.*, 2008, 11, p. 1503 ss., a cura di V. CARBONE, *Trattamenti sanitari e diritto di non curarsi*, ha precisato che affinché il Testimone di Geova possa vedere rispettata la sua volontà contraria alla trasfusione occorre che "a manifestare il dissenso sia lo stesso paziente che rechi con sé un'articolata, puntuale, espressa dichiarazione dalla quale inequivocabilmente emerga la volontà di impedire la trasfusione anche in pericolo di vita, ovvero un diverso soggetto da lui stesso indicato quale rappresentante *ad acta* il quale, dimostrata l'esistenza del proprio potere

per errata diagnosi delle malformazioni fetali²⁸. Ma in queste ipotesi il risarcimento è stato giustificato - come si evince dalle rispettive motivazioni - dall'esistenza del nesso di causalità tra condotta ed evento dannoso e non dalla lesione del diritto all'autodeterminazione di per sé²⁹.

La sentenza che si annota si è soffermata specificamente proprio sulla necessità o meno, per fondare la responsabilità del medico, del nesso di causalità tra condotta omissiva e lesione della salute nel caso dell'intervento chirurgico correttamente eseguito. Essa ha negato che l'omessa informazione sia di per sé sola sufficiente a far sorgere il diritto al risarcimento per la lesione della salute.

Affinché vi sia nesso di causalità occorre che il giudice svolga la valutazione controfattuale (ipote-

rappresentativo *in parte qua*, confermi tale dissenso all'esito della ricevuta informazione da parte dei sanitari". Cfr. anche Cass., 23 febbraio 2007, n. 4211, in *Corr. giur.*, 2007, 5, p. 615 ss., a cura di V. CARBONE, *Dissenso sulle trasfusioni ed esigenze sopravvenute nel corso dell'intervento*.

²⁸ Cass. 4 gennaio 2010, n. 13, in *Danno e resp.*, 2010, 7, 697, con nota di M. FEOLA, *La Cassazione e il diritto del minore a "nascere sano"*, su un caso di patologia congenita del feto non rilevata dal sanitario; Cass., 11 maggio 2009, n. 10741, in *Danno e resp.*, 2009, 12, 1167, con nota di S. CACACE, *Figli indesiderati nascono. Il medico in tribunale*, in *Corr. giur.*, 2010, 3, 365, con nota di A. LISERRE, *In tema di responsabilità del medico per il danno al nascituro*, in *Foro it.*, 2010, I, 141, con note di A. BITETTO, *Fecondazione assistita, malformazioni fetali e ristoro del "bebé prejudice"* e di F. DI CIOMMO, *"Giurisprudenza-normativa" e ruolo del giudice nell'ordinamento italiano*, su un caso di malformazioni fetali indotte da un farmaco prescritto dal medico per superare problemi di "annidamento" che impedivano la gravidanza. In questa situazione il medico è responsabile nei confronti del nato per la lesione della salute avvenuta durante la gravidanza, oltre che nei confronti dei genitori a titolo di danno patrimoniale (mantenimento del figlio fino al raggiungimento della piena indipendenza economica) e non patrimoniale per lo sconvolgimento della propria vita (si è parlato di "rovesciamenti forzati dell'agenda" dell'esistenza). Si tratta di danni tutti derivanti dall'inadempimento del contratto.

²⁹ Si legge nella motivazione della Cass. 4 gennaio 2010, n. 13, cit., che "l'omessa rilevazione da parte del medico specialista, della presenza di gravi malformazioni nel feto, e la correlativa mancata comunicazione di tale dato alla gestante, deve ritenersi circostanza idonea a porsi in rapporto di causalità con il mancato esercizio, da parte della donna, della facoltà di interrompere la gravidanza, in quanto deve ritenersi rispondente ad un criterio di regolarità causale che la donna, ove adeguatamente e tempestivamente informata della presenza di una malformazione atta ad incidere sulla estrinsecazione della personalità del nascituro, preferisca non portare a termine la gravidanza".

lo Stato, ma non producono effetti diretti nell'ordinamento interno.

Le norme C.E.D.U., benché espressamente indicate dal Trattato di Maastricht, e più precisamente del Trattato di Amsterdam, fra i principi generali del diritto comunitario¹⁵ (15), integrano il secondo limite, ossia quello degli obblighi internazionali.

La rilevanza della C.E.D.U. nel nostro ordinamento è dunque indiretta¹⁶. I principi in essa contenuti si collocano come norme interposte fra Costituzione e legge ordinaria¹⁷.

Il medio logico-giuridico fra norma di diritto interno e Convenzione è rappresentato dal vincolo degli obblighi internazionali.

La norma nazionale è cedevole nei confronti dei principi C.E.D.U. in quanto viola quegli obblighi. La valutazione però è di ordine costituzionale e quindi spetta alla Consulta.

Il risvolto applicativo di simile ricostruzione è di grande rilevanza.

Il giudice nazionale, mentre deve disapplicare la norma domestica in contrasto con l'ordinamento comunitario, deve invece rimettere al giudizio di legittimità della Corte costituzionale la questione del contrasto di essa con la C.E.D.U.¹⁸.

Tale giudizio, articolato e complesso, si sviluppa in due fasi.

In una prima fase occorre stabilire se la norma C.E.D.U. che si assume violata dalla norma di diritto interno sia conforme alla Costituzione. La valenza subcostituzionale della norma convenzionale impone tale vaglio, al fine di evitare un corto circuito: ossia che venga dichiarata incostituzionale una norma di diritto interno per contrasto con norma subcostituzionale, a sua volta in contrasto con la Costituzione.

¹⁵ Art. 6 (F) del Trattato di Maastricht, modificato dal Trattato di Amsterdam in base al quale "l'Unione rispetta i diritti fondamentali [...] quali sono garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali; [...] in quanto principi generali del diritto comunitario". Parla in proposito di "comunitarizzazione" della C.E.D.U., L. CAPUCCIO, op. cit. par. 3.

¹⁶ La diversità giuridica, funzionale e istituzionale del Consiglio d'Europa e della Corte di Strasburgo rispetto alla Comunità europea impediscono l'assimilazione dei due sistemi. V. in tal senso il parere della Corte di giustizia 28 marzo 1996, n. 2/94, in *Foro it.*, 1997, IV, c. 13, condiviso dalla Corte costituzionale nelle sentenze 348 e 349/2007.

¹⁷ Corte cost. sent. 349/2007. Variamente sul punto v. dottrina citata in nota 14.

¹⁸ V. con esemplare chiarezza, ordinanza Cass. 20 maggio 2006, n. 11887, che solleva la questione di illegittimità costituzionale dell'art. 5 bis, comma 7 bis, l. 359 del 1993 per contrasto con l'art. 117 Cost.. L'automatismo della disapplicazione, prima della riforma dell'art. 117 Cost., riguardava soltanto, ad avviso della Corte costituzionale, le norme di diritto internazionale generalmente riconosciute (art. 10, 1° comma Cost.): sent. 349 del 2007.

Una volta stabilita tale conformità, ancora non ne discende la illegittimità costituzionale della norma di diritto interno, benché dichiarata in contrasto con la C.E.D.U. dalla Corte di Strasburgo, dovendosi inoltre verificare se la norma, pur in contrasto con la C.E.D.U. e quindi emanata in violazione degli obblighi internazionali il cui rispetto è imposto dall'art. 117, 1° comma, Cost., persegua la tutela di interessi costituzionalmente protetti contenuta in altri articoli della Costituzione¹⁹.

A tale complesso vaglio la Corte sottopone il criterio di determinazione della indennità di espropriazione di aree edificabili (art. 5 bis d.l. 11 luglio 1992, n. 333, convertito, con modificazioni, dalla l. 8 agosto 1992, n. 359: oggi art. 37 T.U. espropriazioni).

Rilevata la non incompatibilità tra l'art. 1 del primo protocollo della C.E.D.U. ("Nessuno può essere privato della sua proprietà se non per causa di pubblica utilità e nelle condizioni previste dalla legge e dai principi del diritto internazionale") - nella interpretazione ad esso data dalla Grande Chambre, che, nota la Corte costituzionale, non sempre garantisce la riparazione integrale per il proprietario²⁰ - e l'ordinamento costituzionale italiano, con particolare riferimento all'art. 42 Cost., la Corte ritiene tuttavia che il margine per un ampliamento dei casi di contenimento dell'indennità sia giustificabile nel nostro ordinamento alla luce dello stesso art. 42 e dell'art. 2 della Cost..

La funzione sociale della proprietà richiede a tutti i consociati (e, quindi, anche ai proprietari dei terreni interessati dall'espropriazione) l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà economica e sociale.

Sì che si giustificerebbe un indennizzo non integrale allorché l'opera riguardi diritti fondamentali (salute, istruzione, casa), la cui tutela, per il costo eccessivo dell'espropriazione, potrebbe essere pregiudicata²¹.

¹⁹ Sent. 348 Corte cost., la quale parla in proposito di "ragionevole bilanciamento tra il vincolo derivante dagli obblighi internazionali, quale imposto dall'art. 117, 1° comma Cost. e la tutela degli interessi costituzionalmente protetti contenuta in altri articoli nella Costituzione.

²⁰ Grande Chambre, sentenza 29 marzo 2006, Scordino c. Italia, in *Corriere giuridico*, 2006, p. 929.

²¹ Corte Cost., sent. 348. Sottolinea l'apertura che la pronuncia offre, per possibili deroghe al criterio del valore venale, ravvisando peraltro in tale orientamento una violazione dei vincoli nascenti dagli obblighi internazionali, ex art. 117, 1° comma, Cost., DUNI, *Indennizzi e risarcimenti da espropriazione. Problemi irrisolti e questioni in sospenso*, in *Giust. civ.*, p. 58 ss. Sottolinea come, anche in materia di indennità, l'ordinamento internazionale offra una garanzia più ampia per la proprietà privata rispetto al nostro, A. MOSCARINI, *Indennità di espropriazione e valore di mercato del bene: un passo avanti (ed uno*

4. Reviviscenza dell'accessione invertita

L'orientamento della Corte costituzionale nei confronti dei principi C.E.D.U. - ed in particolare in relazione all'indennità di espropriazione - offre una duplice indicazione, formale e di merito, sulla sorte dell'accessione invertita.

L'istituto, di creazione giurisprudenziale, è (stato) diritto vigente.

Pur giudicato in contrasto con la C.E.D.U. dalla Corte di Strasburgo, esattamente come le norme sull'indennità espropriativa deve essere sottoposto al vaglio della Corte costituzionale: il giudice ordinario non può disapplicarlo.

Il contrasto giurisprudenziale dianzi ricordato fra Corte di Cassazione e Consiglio di Stato sulla applicabilità di esso alle situazioni appropriative antecedenti all'entrata in vigore del Testo Unico²², alla stregua dei parametri di giudizio indicati dalla Consulta, deve dunque essere risolto in senso favorevole all'orientamento della Cassazione. Finché non vi sarà quel vaglio, l'accessione invertita continuerà a trovare applicazione: soltanto alle situazioni pregresse, essendo stato oggetto di abrogazione da parte dell'art. 43 T.U..

Ma, allora, una volta dichiarata l'illegittimità costituzionale di quest'ultimo, rivive inevitabilmente la prima²³.

A tanto conduce un'analisi della complessa vicenda secondo una rigorosa applicazione di indici giuridico-formali.

indietro) della Consulta nella costruzione del patrimonio costituzionale europeo, cit.

²² Di tale contrasto dà conto la Corte costituzionale nella sentenza 293/2010. In esso è agevole rilevare una difesa "a oltranza" del proprio operato, da parte di ciascun degli organi giurisdizionali.

La Corte di Cassazione, che ha creato l'accessione invertita, non sembra accettare l'idea che l'istituto concreti una lesione del diritto di proprietà: contesta, infatti, le ragioni della condanna da parte della Corte di Strasburgo (Cass. sez. unite, 14 aprile 2003, n. 5902).

Il Consiglio di Stato, a sua volta, convinto assertore della tesi della eliminazione dell'accessione invertita per contrasto con la CEDU, ritiene che il Testo unico da esso redatto risolva i problemi posti dalla fattispecie "giurisprudenziale" con la figura prevista dall'art. 43. E anche davanti alla declaratoria di illegittimità costituzionale di quest'ultimo, un suo autorevole componente ribadisce la sostanziale bontà della soluzione: v. nota 4.

²³ Una vicenda analoga si era verificata per l'indennità di espropriazione di aree edificabili. Con la sent. n. 5 del 1980 la Corte costituzionale aveva dichiarato la illegittimità del criterio basato sul valore agricolo medio (art. 12 l. 865/1971) poiché, per quanto moltiplicato per coefficienti variabili, prescindeva dalla potenziale utilizzazione economica del bene.

L'effetto della sentenza, e della successiva 223/1983, è stato quello di rendere nuovamente applicabile il criterio del valore venale previsto dall'art. 39, l. 2359 del 1865. Una vera e propria reviviscenza. In tal senso Corte cost. sent. 348/2007.

5. L'accessione invertita al giudizio della Corte Costituzionale.

La rilevanza pratico-applicativa di simile conclusione, unitamente alle indicazioni che la Corte ha fornito soprattutto nelle sentenze gemelle, ma anche nella recente sentenza avente per oggetto l'art. 43 T.U., suscitano l'invincibile tentazione di prefigurare i possibili futuri scenari di questo coriaceo istituto.

Mentre un imminente intervento del legislatore, pur auspicabile, è del tutto incerto²⁴, e per la sfavorevole congiuntura politica e per la notevole difficoltà di trovare una soluzione normativa che segni un distacco sia dall'accessione invertita sia dall'atto acquisitivo, appare invece altamente probabile un nuovo intervento della Consulta sull'accessione invertita.

La quale ne riconobbe la legittimità costituzionale con le sentenze 335/1985, 442/1993, 188/1995, 369/1996, 148/1999.

Essa poneva però due precise condizioni:

- sussistenza di una dichiarazione di pubblica utilità in assenza della quale l'occupazione avrebbe avuto natura usurpativa, con conseguente diritto del proprietario alla restituzione dell'area²⁵;
- ristoro del proprietario diversificato, in senso migliorativo, dall'indennità di esproprio (ossia risarcimento del danno).

Ancora con la sentenza 349/2007 la Consulta ha affrontato una questione relativa all'accessione invertita. Il giudizio di legittimità non verteva però sulla figura, bensì sul criterio dell'indennizzo previsto per le fattispecie verificatesi anteriormente al 30 settembre 1996 da un comma aggiunto all'art. 5 bis d.l. 333/1992, relativo all'indennità di espropriazione per aree edificabili (comma 7 bis, aggiunto dall'art. 3, comma 65, l. 23 dicembre 1996, n. 662).

La Consulta, richiamata la pronuncia della Corte europea sulla esigenza della integralità del risarcimento del danno²⁶, ne rileva la perfetta coerenza con la propria giurisprudenza: dichiara pertanto l'illegittimità della norma di diritto interno.

Di particolare interesse, ai fini del presente discorso, è il principio che la Corte, ripercorsa la storia normativa e giurisprudenziale dell'istituto, ricava dalle proprie precedenti pronunce: l'accessione

²⁴ Basti pensare che il criterio del valore di mercato di cui si è detto alla nota precedente è rimasto in vita fino all'entrata in vigore della legge 359 del 1992, che ha previsto un nuovo criterio introducendo l'art. 5 bis in sede di conversione del d.l. 333 del 1992, a sua volta dichiarato illegittimo dalla sentenza 348 del 2007.

²⁵ Così Corte cost. n. 148/1999.

²⁶ Sent. 7 agosto 1996, Zubani c. Italia.

attenzione¹⁹. La sottoscrizione del modulo attesta soltanto l'avvenuto svolgimento del processo di formazione della decisione del paziente, ma non può sostituire tale processo. Ciò ha delle evidenti implicazioni in punto di tutela del paziente nonostante la sottoscrizione del modulo.

Anche il consenso informato trova fondamento nelle citate norme costituzionali, oltre che in talune notissime norme di diritto interno e internazionali²⁰, essendo inscindibilmente legato alla libertà di autodeterminazione. Di quest'ultima esso costituisce indispensabile presupposto, assurgendo così a "diritto fondamentale del cittadino europeo"²¹.

E' evidente allora che se il diritto di autodeterminarsi ha un contenuto più ampio del diritto alla salute²², consentendo lo stesso di rifiutare un intervento medico, persino salvavita, dalla sua violazione sorge l'obbligo di risarcire il danno a prescindere dalla negligenza nell'esecuzione della prestazione

¹⁹ P. ZATTI, *op. ult. cit.*, 253.

²⁰ Art. 1 della l. n. 180/1978 (*Accertamenti e trattamenti sanitari volontari e obbligatori*); art. 33 della l. n. 833/1978 (*Istituzione del servizio sanitario nazionale*); art. 3 della l. n. 219/2005 (*Nuova disciplina delle attività trasfusionali e della produzione nazionale di emoderivati*); art. 6 della l. n. 40/2004 (*Norme in materia di procreazione medicalmente assistita*); l'art. 1 della l. n. 38/2010 (*Disposizioni per garantire l'accesso alle cure palliative e alla terapia del dolore*) afferma che l'autonomia del malato è un principio fondamentale; art. 35 del *Codice di deontologia medica* (2006). L'art. 5 della *Convenzione sui diritti umani e la biomedicina* (Oviedo 4 aprile 1997), resa esecutiva con la legge di autorizzazione alla ratifica 28.3.2001, n. 145, posta al comma 1° la regola del consenso libero e informato, al comma 2° ne precisa il contenuto: l'informazione deve essere adeguata con riguardo "sia allo scopo e alla natura dell'intervento, che alle sue conseguenze e ai suoi rischi". L'art. 3 co. 2° della *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea* (Carta, questa, che per effetto dell'art. 6 TUE "ha lo stesso valore giuridico dei trattati") stabilisce che "nell'ambito della medicina e della biologia devono essere in particolare rispettati: il consenso libero e informato della persona interessata, secondo le modalità definite dalla legge". L'art. 5 della *Dichiarazione universale sul genoma umano e i diritti dell'uomo* (1997) stabilisce che in tutti i casi in cui si intenda svolgere una ricerca, una cura o una diagnosi che verta sul genoma di un individuo "sarà raccolto il consenso preliminare, libero e informato dell'interessato". La lettera c) del medesimo articolo sancisce altresì il diritto di non essere informato dei risultati di un esame genetico, mentre l'art. 9 circoscrive rigidamente le limitazioni al principio del consenso informato.

²¹ Cass., 16 ottobre 2007, n. 21748, cit.

²² Lucide e preziose le considerazioni di P. ZATTI, *Maschere del diritto. Volti della vita* (saggio: *Il tragico caso di Carmelo P. (spunti in tema di limitata capacità di fatto)*, cit., 131 ss., sull'autodeterminazione del soggetto debole.

medica. Nella sentenza in commento si legge infatti - per distinguere autodeterminazione e salute - che "la lesione del diritto all'autodeterminazione non necessariamente comporta la lesione della salute, come accade quando manchi il consenso ma l'intervento terapeutico sortisca un esito assolutamente positivo"²³. Così come la presenza del consenso informato non ostacola la pretesa risarcitoria nei confronti del medico che, nell'esecuzione dell'intervento chirurgico, sia stato negligente ledendo la salute.

Soffermiamoci sulla lesione della sola autodeterminazione, essendo oramai noti i danni risarcibili in caso di lesione della salute²⁴. La quale comprende

²³ Secondo Cass., 3 settembre 2007, n. 18513, in *Studio Legale-Leggi d'Italia on line*, integra mutamento della domanda giudiziale porre a fondamento dell'azione di risarcimento dei danni conseguenti a un intervento chirurgico il difetto del consenso informato, dopo aver fondato l'azione sulla colpa professionale. L'omessa informazione da parte del medico, il quale esegue l'intervento chirurgico secondo la *lex artis*, rileva solo sotto il profilo civile e non anche penale; sul punto cfr. Cass. Sez. un. pen. 18 dicembre 2008, n. 2437, in *Resp. civ.*, 2009, 11, p. 881 ss., con nota di CAMPIONE, *Trattamento medico eseguito lege artis in difetto di consenso: la svolta delle Sezioni Unite penali nella prospettiva civilistica*, ha negato che in tal caso sia configurabile il reato di violenza privata.

²⁴ Cass., 9 novembre 2006, n. 23918, cit, riguardante un caso di lesione della salute (gravi inestetismi al seno) di una giovane donna per negligenza sul trattamento del decorso post-operatorio. Il pregiudizio all'integrità psicofisica o danno biologico è stato qualificato da una nota sentenza della Cassazione a Sezioni Unite n. 26972/2008 (v. *infra* nel testo) danno non patrimoniale e come tale ricondotto nell'ambito dell'art. 2059 c.c. Ora poiché il danno biologico consiste, secondo una consolidata elaborazione dottrinale recepita dal legislatore, in una lesione dell'integrità psico-fisica della persona «che esplica un'incidenza negativa sulle attività quotidiane e sugli aspetti dinamico-relazionali della vita del danneggiato» (art. 138 d. lgs. n. 209/2005), vi è sovrapposizione con il danno esistenziale. Quest'ultimo è stato definito anche dalla giurisprudenza come il "pregiudizio (di natura non meramente emotiva ed interiore, ma oggettivamente accertabile) provocato sul fare reddituale del soggetto, che alteri le sue abitudini e gli assetti relazionali propri, inducendolo a scelte di vita diverse quanto alla espressione e alla realizzazione della sua personalità nel mondo esterno" (Cass. Sez. un., 24 marzo 2006, n. 6572, in *Foro it.*, 2006, I, 2334, con note di, CENDON, *Voci lontane, sempre presenti sul danno esistenziale*, e di PONZANELLI, *La prova del danno non patrimoniale e i confini tra danno esistenziale e danno non patrimoniale*, sul danno esistenziale da demansionamento e dequalificazione del lavoratore). Il danno esistenziale rimane dunque assorbito in quello biologico; opinando diversamente si avrebbe una duplicazione risarcitoria. Anche la sofferenza psi-

spetto delle decisioni sul proprio corpo. Questo principio trova un riscontro specifico nell'art. 32 co. 2 Cost., norma che, a presidio della libertà di scegliere sulla propria salute, pone la riserva di legge. La quale costituisce l'unica fonte del trattamento sanitario obbligatorio che, peraltro, non può mai oltrepassare il limite del rispetto della persona umana. Lo stretto collegamento tra gli articoli 13 e 32 Cost. non lascia dubbi sulla qualifica dell'autodeterminazione quale diritto inviolabile dell'uomo (art. 2 Cost.).

La Suprema Corte, nella sentenza che si annota, coglie la sostanza del diritto in parola: "esso rappresenta, ad un tempo, una forma di rispetto per la libertà dell'individuo e un mezzo per il perseguimento dei suoi migliori interessi". Il che implica, continua la sentenza, la facoltà non solo di scegliere tra le diverse possibili terapie, ma anche di rifiutarle o di decidere di interromperle "atteso il principio personalistico che anima la nostra Costituzione". Principio che "vede nella persona umana un valore etico in sé"¹⁴ che prescinde da ogni determinazione sulla propria salute, la quale richiede comunque ossequio da parte del medico.

Ossequio che deve spingersi - come ha affermato un'altra apprezzabile pronuncia richiamata da quella in esame¹⁵ - fino al punto da reputare rilevante la volontà presunta da "precedenti desideri e dichiarazioni", oppure ipotizzata "dalla personalità, dallo stile di vita, dalle inclinazioni, dai valori di riferimento, dalle convinzioni etiche, religiose, culturali e filosofiche" dell'interessato.

¹⁴ Cass., 9 febbraio 2010, n. 2847, cit.

¹⁵ Cass., 16 ottobre 2007, n. 21748, in *Riv. dir. civ.*, 2008, 3, 363, con nota di E. PALMERINI, *Cura degli incapaci e tutela dell'identità nelle decisioni mediche*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, 1, 1, 86, con nota di A. VENCHIARUTTI, *Stati vegetativi permanenti: scelte di cure e incapacità*; in *Fam. e dir.*, 2008, 2, 129, con nota di R. CAMPIONE, *Stato vegetativo permanente e diritto all'identità personale in un'importante pronuncia della Suprema Corte*; in *Corr. giur.*, 2007, 12, 1676, con nota di E. CALÒ, *La Cassazione "vara" il testamento biologico*; in *Fam. pers. e success.*, 2008, 6, 508, con nota A. GORGONI, *La rilevanza giuridica della volontà sulla fine della vita non formalizzata nel testamento biologico*; in *Foro it.*, 2008, I, 2609, con nota di S. CACACE, *Sul diritto all'interruzione del trattamento sanitario «life-sustaining»*; in *Dir. fam. e pers.*, 2008, I, 107 ss., con nota di F. GAZZONI, *Sancho Panza in Cassazione (come si riscrive la norma sull'eutanasia, in spregio al principio della divisione dei poteri)*. Questa notissima pronuncia ha affermato che il giudice, in presenza di due circostanze accertate rigorosamente, può, su istanza del tutore (o del curatore speciale in caso di conflitto di interessi) autorizzare l'interruzione dell'alimentazione e idratazione artificiale della persona in stato vegetativo permanente.

In verità più che di distinzione tra salute e autodeterminazione è più appropriato parlare di rapporto tra esse, nel senso che la prima si incardina nella seconda. E' stato affermato che "la salute si modella su personali e insindacabili aspettative di vita e coinvolge l'idea che un individuo ha di sé"¹⁶. Vi è un vero e proprio "viluppo dei diritti fondamentali libertà-identità-salute"¹⁷.

Naturalmente la persona può scegliere consapevolmente sulla propria salute soltanto se il medico l'ha informata adeguatamente, in modo esauriente, sui diversi aspetti¹⁸ e implicazioni della patologia e con un linguaggio chiaro e comprensibile. Il che richiama la categoria non soltanto dell'atto ma soprattutto del processo che, "dal punto di vista fattuale, [si configura come] un cammino, un succedersi di fasi che vanno previste, coordinate e attuate con

¹⁶P. ZATTI, *Maschere del diritto. Volti della vita*, (saggio *Il diritto a scegliere la propria salute (in margine al caso S. Raffaele)*, Milano, 2009, 236, ritiene che "il punto da sottolineare giuridicamente è ancora l'involupamento di libertà, identità e salute. Il bene salute diviene per così dire, incardinato nella libertà di disporre di sé - cioè della propria persona negli aspetti fisico, mentale e sociale che ne costruiscono il benessere conseguibile in circostanze date - e da questa per certi aspetti non distinguibile, quanto meno riguardo al soggetto capace di decidere, che è il solo a poter attribuire al diritto alla salute un contenuto concreto in occasione di scelte terapeutiche: a poter indicare cioè, tra diverse opzioni, quale corrisponda alla propria migliore salute".

¹⁷P. ZATTI, *op. ult. cit.*, 241,

¹⁸ Cass., 30 luglio 2004, n. 14638, in *Giur. it.*, 2005, 7, con nota di M. D'AURIA, *Consenso informato: contenuto e nesso di causalità*, ha indicato i contenuti del dovere di informazione. Il medico deve prospettare i rischi oggettivi e tecnici con riguardo alla situazione soggettiva e allo stato dell'arte della scienza su una determinata patologia. Deve descrivere la situazione ospedaliera, magari temporaneamente carente, con riferimento alle dotazioni e alle attrezzature e al loro regolare funzionamento, in modo che il paziente possa eventualmente decidere di fare l'intervento altrove. Infine il medico deve soffermarsi sui rischi prevedibile e imprevedibili, ma non e su quelli anomali. Occorre menzionare anche i rischi ridotti che però incidono gravemente sulle condizioni fisiche o sulla vita e i rischi specifici rispetto a determinate scelte alternative, così che il paziente con l'ausilio del medico possa determinarsi verso l'una o l'altra delle scelte possibili mediante una consapevole valutazione dei rischi e dei vantaggi. Oggetto di esposizione al paziente da parte del medico devono essere anche i "rischi specifici rispetto a determinate scelte alternative" in modo che il paziente possa scegliere l'una o l'altra possibilità "attraverso una cosciente valutazione dei rischi relativi e dei corrispondenti vantaggi". Da non tralasciare i rischi specifici connessi a singole fasi di un intervento complesso svolto in equipe, fasi che assumono una propria autonomia gestionale (ad es.: l'anestesia).

invertita "realizza un modo di acquisto della proprietà (...) giustificato da un bilanciamento fra interesse pubblico (correlato alla conservazione dell'opera in tesi pubblica) e l'interesse privato (relativo alla riparazione del pregiudizio sofferto dal proprietario) la cui correttezza costituzionale è ulteriormente [confortata] dal suo porsi come concreta manifestazione, in definitiva, della funzione sociale della proprietà"²⁷.

Il quadro normativo e giurisprudenziale è nel frattempo mutato - rileva la sentenza in esame - a seguito della riforma dell'art. 117 Cost. e delle pronunce della Corte di Strasburgo eversive dell'accessione invertita.

Ma la Corte non si spinge oltre, in quanto le ordinanze di rimessione non investono l'istituto ma ne censurano soltanto la "ricaduta patrimoniale". E questo è il *thema decidendum*.

Insomma la questione che qui interessa è rimasta impregiudicata.

E lo è tuttora perché la sentenza della Corte cost. 293/2010 che dichiara l'illegittimità dell'art. 43, non entra nel merito della norma, ma ne censura pregiudizialmente la legittimità per violazione dei limiti della delega.

Se fosse entrata nel merito, sicuramente la Corte avrebbe preso una posizione sull'istituto dell'accessione invertita, antecessor della dichiarazione ex art. 43 T.U..

Il massimo che concede, in punto di contestazione alla tesi dell'Avvocatura dello Stato secondo la quale la dichiarazione acquisitiva si adeguerebbe alle pronunce della Corte di Strasburgo, è il dubbio che la semplice trasformazione in legge dell'accessione invertita sia sufficiente a integrare il principio di legalità la cui violazione concreterebbe il contrasto con la C.E.D.U..

Ma vedere in questo *obiter dictum* un'anticipazione del futuro giudizio della Corte sarebbe azzardato, in quanto essa, quando sarà chiamata a decidere, non porrà in discussione il contrasto dell'accessione invertita con la C.E.D.U., come interpretato dalla Corte di Strasburgo.

Il giudizio della Consulta, come si è detto, verte sulla compatibilità, scontata, della tutela della proprietà da parte della C.E.D.U. con i principi costituzionali.

Per poi passare al "bilanciamento" con altri interessi pure costituzionalmente garantiti.

E oggi, come in passato, con riguardo proprio all'accessione invertita, potrebbe fondatamente riemergere la funzione sociale della proprietà (art. 42, 2° comma, Cost.) arricchita di recente in chiave si-

²⁷ La sentenza riportata è la n. 188/1995, che a sua volta si rifà alla n. 384/1990.

stematica dal richiamo ai doveri di solidarietà economica e sociale di cui all'art. 2 Cost.²⁸.

Sul piano politico poi tornerebbe attuale quella "sfavorevole congiuntura economica" che "può conferire un diverso peso ai configgenti interessi oggetto del bilanciamento legislativo"²⁹ invocata a suo tempo dalla Corte costituzionale per affermare la legittimità del criterio di determinazione dell'indennità di esproprio di aree edificabili in vigore dal 1992 (sent. 293/1993), poi dichiarato illegittimo con la sentenza 348 del 2007.

La ragione politica si potrebbe saldare con quella giuridica.

Una congiuntura economica particolarmente sfavorevole quale quella attuale potrebbe giustificare un bilanciamento da parte del Giudice delle leggi contestualizzato e quindi più attento alla funzione sociale e ai doveri di solidarietà economica e sociale che alle ragioni della proprietà.

La posta in gioco è molto alta. Se non sopravvive l'accessione invertita i terreni occupati da opera pubblica in assenza del decreto di esproprio devono essere restituiti al proprietario, stante l'imprescrittibilità dell'azione di rivendicazione.

Certo potrebbe intervenire il legislatore.

Ma la congiuntura politica non è delle più propizie, né, come accennato e come risulta più chiaro dal quadro delineato, un simile intervento è da ritenersi agevole.

La Corte potrebbe in conclusione salvare l'accessione invertita, ammonendo in pari tempo il legislatore sulla urgenza di una soluzione organica, come in un non recente passato ha fatto con leggi "emergenziali" quali quelle di proroga delle locazioni ad uso abitativo e degli affitti di fondo rustico.

Per "alleviare" il sacrificio imposto ai proprietari potrebbe ribadire lo sbarramento all'occupazione usurpativa e, in via interpretativa, recepire l'orientamento giurisprudenziale della Cassazione che ammette con larghezza atti interruttivi della prescrizione del diritto al risarcimento del danno³⁰.

²⁸ Si vedano le sentenze citate alla nota precedente e, per il richiamo all'art. 2, sent. 348/2007.

²⁹ In senso critico verso tale argomento, A. GAMBARO, *Giurisprudenza della Corte europea*, cit., p. 125, il quale rileva come il richiamo alle esigenze congiunturali di carattere finanziario, "scollegate dal precetto dell'art. 53 Cost., si può giustificare solo all'interno della teoria secondo la quale l'indennità di espropriazione si commisura anche sulle esigenze dell'espropriante, il che però corrisponde ad una tesi largamente fuori moda in Europa ...".

³⁰ Cass. sent. 8005/1997 che ravvisa atti interruttivi della prescrizione quinquennale, anche in richieste (del proprietario) o offerte (dell'espropriante) aventi ad oggetto non il danno ma l'indennità di esproprio.

DIALOGO FRA LE CORTI E TECNICA RIMEDIALE

Di Giuseppe Vettori

Ordinario di Diritto civile dell'Università di Firenze

SOMMARIO: 1. Dallo Stato di diritto alla legalità costituzionale. – 2. La svolta antidogmatica e il diritto giurisprudenziale. - 3. Corte di Giustizia e giudici nazionali. - 4. La ricerca di argomenti persuasivi. L'analisi strutturale e la distinzione fra diritti e principi. - 5. L'insufficienza della distinzione fra diritti e principi. - 6. La tecnica rimediale. - 7. L'eredità del novecento giuridico.

1. Dallo Stato di diritto alla legalità costituzionale.

Secondo un'autorevole analisi la crisi mondiale avrebbe reso evidente, contro ogni immaginazione, la realtà dell'Unione europea, stretta fra il ritorno dello Stato nazionale e il trionfo di uno spazio globale che confinerrebbe sempre più quel progetto politico nella sola realistica esigenza di una uniformità legislativa del mercato interno, senza altre, vane, ambizioni¹. La mia impressione è che la “verità ef-

fettuale” dell'Unione europea possa essere compresa a fondo solo esercitando la memoria e riflettendo sulla centralità del giudice nell'odierno assetto delle fonti. Cominciamo dal primo aspetto.

Dopo l'annessione dell'Austria il 12 marzo del 1938, la Germania iniziò, con le leggi di Norimberga, la sua strategia razzista. La identificazione del nemico aveva necessità di una premessa: chi poteva essere identificato come ebreo, in presenza di matrimoni misti, proliferati nell'arco di generazioni e generazioni sino a creare un'assimilazione forte e diffusa. La risposta fu affidata ad una serie di decreti, ispirati dai teorici nazisti della razza. La presenza di tre nonni ebrei attestava tale identità, “chi aveva

mezzi e obbligazioni di risultato, sia dal fatto che non era ancora intervenuta la sentenza delle Sezioni Unite sull'onere probatorio con riguardo alle azioni previste dall'art. 1453 c.c.¹⁰. Quest'ultima pronuncia, com'è noto, argomentando dagli artt. 1453, 1218 e 2697 c.c., ha uniformato il regime probatorio nelle domande di risoluzione per inadempimento, di adempimento e di risarcimento del danno. Il creditore (attore) dovrà in ogni caso provare la fonte negoziale o legale del suo diritto e allegare (non provare) la circostanza dell'inadempimento. Spetterà al debitore (convenuto) dimostrare il fatto estintivo dell'obbligazione (adempimento o impossibilità sopravvenuta della prestazione *ex art.* 1218 c.c.). Tale regime opera, secondo le Sezioni Unite, anche se vi è stato inesatto adempimento e qualora il debitore convenuto per l'adempimento si avvalga dell'eccezione di inadempimento (art. 1460 c.c.).

La giurisprudenza successiva ha aderito e rafforzato quest'orientamento, chiarendo che “non è l'inadempimento che si pone come fatto costitutivo della domanda di risoluzione, ma è l'adempimento che si pone come fatto estintivo dei diritti sorti con il contratto in favore del creditore coevamente”¹¹.

¹⁰ Cass. Sez. un., 31 ottobre 2001, n. 13533, in *Obblig. e contr.*, 2001, 12, 1565 ss., con nota di V. MARICONDA, *Inadempimento e onere della prova: le Sezioni unite compongono un contrasto e ne aprono un altro*; in *Contr. e impr.*, 2002, 903 ss., con nota di G. VISINTINI, *La Suprema Corte interviene a dirimere un contrasto tra massime (in materia di onere probatorio a carico del creditore vittima dell'inadempimento)*; in *Contratti*, 2002, 2, 113, con nota di CARNEVALI, *Inadempimento e onere della prova*; in *Foro it.*, 2002, I, 769, con nota di P. LAGHEZZA, *Inadempimenti ed onere della prova: le sezioni unite e la difficile arte del rammendo*.

¹¹ Questa conclusione è stata ben motivata da Cass. 28 gennaio 2002, n. 982, in *Riv. not.*, 2002, 1000, la quale, aderendo alla dottrina maggioritaria, ha affermato che “il diritto alla risoluzione del contratto, come l'obbligo del risarcimento in caso di domanda autonoma e non accessoria, conseguente all'inadempimento, attua una responsabilità del debitore coeva al sorgere del rapporto obbligatorio. Il risarcimento del danno o la risoluzione per inadempimento, così come l'adempimento, sono *intrinseci al rapporto obbligatorio*, inteso come struttura complessa, costituito da un insieme funzionalmente unitario di effetti giuridici, i quali possono mutare senza che il rapporto perda la sua identità. Ne consegue che, nelle obbligazioni positive, con il contratto sorge sia il diritto alla prestazione sia contemporaneamente il diritto alla risoluzione ed al risarcimento del danno (...)”. Cfr. in senso conforme: Cass., 11 febbraio 2005, n. 2853, in *Guida al Diritto*, 2005, 11, 69; Cass., 13 giugno 2006, n. 13674, in *Foro it. on line*; e più di recente Cass., 1 aprile 2010, n. 7993, in *Guida al dir.*, 2010, 29, 64 ss. e Cass., 17 febbraio 2009, n. 3773, in *Giust. civ.*, 2010, 7-8, 1756

Tale approdo ricostruttivo ha reso necessaria una revisione del regime probatorio in materia di responsabilità medica. Revisione compiuta non molto tempo dopo dalla Cassazione, forte della maturata consapevolezza che il proprio orientamento in tale ambito doveva “essere riletto alla luce della citata sentenza delle Sezioni Unite”¹².

La stessa ha esattamente rilevato che se spetta al debitore provare il fatto estintivo dell'obbligazione, non è coerente ritenere che ove il medico dimostri la difficile esecuzione dell'intervento, il paziente (cioè il creditore) debba provare quali siano state le modalità di esecuzione inidonee (ossia la negligenza del medico). Piuttosto anche in caso di difficile esecuzione deve operare il principio affermato dalle Sezioni Unite nel 2001: il paziente prova unicamente il contratto (o il contatto sociale) e si limita ad allegare l'inadempimento del medico. Compete a quest'ultimo (il debitore) dimostrare l'esatto adempimento o l'impossibilità sopravvenuta della prestazione derivante da causa non imputabile¹³.

Alla luce di questo orientamento, consolidatosi nella responsabilità medica, la sentenza in commento ha stabilito che la prova dell'intervenuto consenso (informato) da parte del paziente debba essere fornita dal medico. L'informazione del paziente non si colloca nella fase che precede il contratto d'opera professionale, poiché “l'intervento del medico [si legge nella sentenza], anche solo in funzione diagnostica, dà comunque luogo all'instaurazione di un rapporto di tipo contrattuale”. Dunque l'obbligo di informare sulle conseguenze dell'intervento o della terapia ricade nella fase esecutiva del rapporto obbligatorio.

3. Diritto all'autodeterminazione e diritto alla salute: profili risarcitori.

L'autodeterminazione, si afferma nella sentenza in commento, è un bene giuridico diverso dalla salute. Entrambi costituiscono diritti fondamentali: il primo è più ampio e promana dalla libertà individuale, il secondo attiene all'integrità psico-fisica.

Il diritto di decidere su di sé, su come affrontare una patologia, ha un sicuro fondamento nella Costituzione. L'inviolabilità della libertà personale, sancita dall'art. 13 Cost., è un principio che esige il ri-

ss., in tema di investimenti mobiliari (contratti a termine futures e options).

¹² Cass., 28 maggio 2004, n. 10297, in *Danno e resp.*, 2005, 1, 23, con nota di R. DE MATTEIS, *La responsabilità medica ad una svolta?*

¹³ Cass., 28 maggio 2004, n. 10297, cit.; Cass., 19 aprile 2006, n. 9085, in *Corr. giur.*, 2006, 7, 903, a cura di V. CARBONE; Cass., 11 gennaio 2008, n. 577, cit.



non solo quando il debitore non esegue esattamente la prestazione dovuta, "ma in ogni altra ipotesi in cui essa dipenda dall'esatto adempimento di un'obbligazione preesistente, quale che ne sia la fonte"⁵. Sempre più spesso, per richiamare tale responsabilità, la giurisprudenza adopera la teoria del contatto sociale⁶ o l'espressione "obbligazione senza prestazione ai confini tra contratto e torto". A questa terminologia è sottesa, com'è noto, una robusta elaborazione dottrinale di matrice tedesca cui hanno attinto, in Italia, autorevoli studiosi⁷.

Sempre nel 1999 la Cassazione non è stata altrettanto innovativa sulla distribuzione dell'onere della prova tra medico e paziente⁸. Ciò è dipeso sia

⁵ Cass. Sez. un., 26 giugno 2007, n. 14712, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, 1, 1442, con nota di LEGGERI, *Natura della responsabilità della banca negoziatrice per il pagamento di assegni non trasferibili a persone diverse dal prenditore*; in *Corr. giur.*, 2007, 1706 ss., con nota di A. DI MAJO, *Contratto e torto: la responsabilità per il pagamento di assegni non trasferibili*; in *Danno e resp.*, 2008, 160 ss., con note di A.P. BENEDETTI, *Assegno non trasferibile, banca girataria e contatto sociale: responsabilità contrattuale?*; di A. FABRIZIO-SALVATORE, *Responsabilità della banca trattaria per l'assegno non trasferibile incassato da persona diversa dal beneficiario*; e di GRECO, *Confini che svaporano: responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*.

⁶ Cass. Sez. un., 26 giugno 2007, n. 14712, cit., sul caso di un banca che paga un assegno ad un soggetto non legittimato a riceverlo; Cass. Sez. un., 27 giugno 2002, n. 9346, in *Corr. giur.*, 2002, 10, 1287, con nota di P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Le Sezioni unite sul danno cagionato dal minore a se stesso*; in *Foro it.*, 2002, I, 2635, con nota di F. DI CIOMMO, *La responsabilità contrattuale della scuola (pubblica) per il danno che il minore si procura da sé: verso il ridimensionamento dell'art. 2048 c.c.*, sul minore autolesionista; Cass., 14 luglio 2009, n. 16382, in *Obbligaz. e contr.*, 2010, 11, 754 ss., con nota di S. MEZZANOTTE, *Attività giuridica in senso stretto e responsabilità da contatto sociale nella mediazione*, in tema di mediazione tipica che si ha quando alla base della stessa non vi è un contratto di mandato, il quale configura, invece, una mediazione atipica. Si afferma in quest'ultima sentenza, con riguardo alla mediazione tipica, che "se, *prima facie*, la responsabilità del mediatore non mandatario appare agevolmente di natura extracontrattuale, risulta preferibile, riguardando la stessa una figura professionale, applicare la più recente previsione giurisprudenziale di legittimità della responsabilità da contatto sociale". Ne consegue che il mediatore risponde a titolo di responsabilità contrattuale per violazione degli obblighi di correttezza e di informazione posti a suo carico.

⁷ C. CASTRONOVO, *Obblighi di protezione e tutela del terzo*, in *Jus*, 1976, 123 ss.; ID., *Ritorno all'obbligazione senza prestazione*, in *Eur. e dir. priv.*, 2009, 3, 680 ss.

⁸ La Cass., nella sentenza n. 589/1999, ha distinto, in tema di distribuzione dell'onere della prova, a seconda che

dall'influenza - oggi non più presente⁹ - esercitata in tale ambito dalla distinzione tra obbligazioni di

l'intervento del medico fosse di difficile o di facile esecuzione. Nel primo caso il medico avrebbe dovuto provare che la sua prestazione implicava la soluzione di "problemi tecnici di speciale difficoltà" (art. 2236 c.c.); il paziente danneggiato, invece, avrebbe dovuto dimostrare quali fossero state le modalità di esecuzione inadeguate alla scomparsa o al miglioramento della patologia (*id est*: la negligenza del medico). Nel secondo caso, invece, la facile esecuzione dell'intervento, lasciando presumere la colpa del medico in caso di insuccesso dell'intervento, faceva sì che il paziente avrebbe dovuto provare soltanto l'aggravamento della sua patologia o l'insorgenza di nuove (non anche la negligenza), mentre spettava al medico provare che la prestazione era stata eseguita con diligenza e che gli esiti peggiorativi della condizione del paziente erano dipesi da un evento impreveduto e imprevedibile. Questa ripartizione dell'onere della prova è stata influenzata dalla distinzione tra obbligazioni di mezzi (in cui è il comportamento del debitore ad essere dedotto in obbligazione) e obbligazioni di risultato (in cui è il risultato cui mira il creditore ad essere dedotto in obbligazione). Difatti la difficile esecuzione richiama l'obbligazione di mezzi; ora - si diceva - essendo aleatorio il risultato, sarebbe spettato al creditore provare la negligenza. La facile esecuzione richiama, invece, l'obbligazione di risultato dove il debitore si libera solo provando che il mancato risultato è dipeso da causa a lui non imputabile.

⁹ Cass. Sez. un., 11 gennaio 2008, n. 577, in *Danno e resp.*, 2008, 8-9, 871 ss., con nota di A. NICOLUSSI, *Sezioni sempre più unite contro la distinzione tra obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi. La responsabilità del medico*, ha affermato che la "distinzione tra obbligazioni di mezzi e obbligazioni di risultato, se può avere una funzione descrittiva, è dogmaticamente superata, quanto meno in tema di riparto dell'onere probatorio dalla sentenza delle S.U. n. 13533/2001. (...) In realtà, in ogni obbligazione si richiede la compresenza sia del comportamento del debitore che del risultato, anche se in proporzione variabile, sicché molti Autori criticano la distinzione poiché in ciascuna obbligazione assumono rilievo così il risultato pratico da raggiungere attraverso il vincolo, come l'impegno che il debitore deve porre per ottenerlo". Ne consegue che non ha senso diversificare le regole sulla ripartizione dell'onere probatorio. In qualche pronuncia si è affermato che la distinzione tra prestazione di facile esecuzione e prestazione che implica problemi di speciale difficoltà rileva non quale criterio di distribuzione dell'onere della prova, ma al fine di valutare il grado di diligenza e del corrispondente grado della colpa (Cass., 9 novembre 2006, n. 23918, in *Resp. civ. prev.*, 2007, 2, 276 ss. (e in *www.personaedanno.it*) con nota critica di P. CENDON, *Danno esistenziale e ossessioni negazioniste*; in *Giur. it.*, 2007, 5, con nota critica di P. ZIVIZ, *La sindrome del vampiro*; in *Danno e resp.*, 2007, 3, 310, con nota adesiva di G. PONZANELLI, *La lettura costituzionale dell'art. 2059 esclude il danno esistenziale*).

due nonni era ebreo se lo era anche di religione o se aveva sposato una persona ebrea"². La forma giuridica statale dette così avvio alla tragedia.

In Italia nello stesso anno le leggi razziali eliminarono, con un tratto di penna, i diritti civili e le libertà di oltre quarantamila persone, quasi totalmente di cittadinanza italiana, allontanati dalle scuole e dalle professioni, privati di essenziali prerogative e consegnati dopo il 1943 ai tedeschi per la deportazione³.

Il diritto statale e la scienza giuridica più illuminata presero atto della volontà del Parlamento⁴. I manuali furono prontamente aggiornati sulle nuove incapacità delle persone e il quadro formale dell'ordinamento giuridico si adeguò ad una scelta precisa della politica e dello Stato nazione.

2. La svolta antidogmatica e il diritto giurisprudenziale.

Negli ultimi anni della seconda metà del 900 iniziò a maturare una sofferta percezione dell'inadeguatezza della logica illuministica e del positivismo assieme al ripensamento sul sistema delle fonti in uno Stato di diritto di stampo ottocentesco che stava trasformandosi in Stato sociale, sino a incarnarsi in quel complesso di valori giuridici circolanti, che la Costituzione ha avuto la capacità di leggere nelle trame della società civile italiana"⁵. Che cosa è accaduto dopo è noto.

"Si è denunciato l'apriorismo dei dogmi. Si è contestato che il diritto sia tutto opera dello Stato, si è negato che esso si esprima tutto nella legge. Si è iniziato a parlare di un diritto vivente diverso dal diritto vigente, di un principio di effettività, di un diritto spontaneo. Si è guardato all'interprete per dire che egli pre-comprende il diritto che troverà scritto nella legge"⁶.

I tratti di questo nuovo ordine sono evidenti.

Dalle ultime relazioni sullo stato della giustizia civile emerge una casistica e un orizzonte chiaro dell'impegno dei Giudici di legittimità nell'uso del-

² D. EDMONDS e J. EIDINOW, *La lite di Cambridge*, Garzanti, Milano, 2002, p.103

³ M. SARFATTI, *Mussolini contro gli ebrei. Cronaca dell'elaborazione delle leggi del 1938*, Zamorani, Torino, 1994.

⁴ V. R. SACCO, *Prospettive della scienza civilistica italiana all'inizio del nuovo secolo*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, I, 4, p. 417 ss.

⁵ P. GROSSI, *Lungo l'itinerario di P. Calamandrei*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2009, p. 883, 884, 885; e P. CALAMANDREI, *La funzione della giurisprudenza nel tempo presente*, in *Opere giuridiche*, I, Napoli, 1968, p. 45 ss.

⁶ V. ancora R. SACCO, *Prospettive della civilistica italiana all'inizio del nuovo secolo, e il particolare la sintesi citata nella nota 1*

le clausole e nella tutela di diritti e valori riconosciuti dalla costituzione.⁷ Tutto ciò prelude ad un vero e proprio manifesto sull'apporto della giurisprudenza di legittimità nella fase attuale del nostro ordinamento⁸ come assetto in cui il primato della legge passa necessariamente attraverso l'attività ermeneutica del giudice⁹.

Le ripercussioni in Europa sono ancora più evidenti.

Il diritto europeo ha una peculiarità precisa nel processo di globalizzazione in atto per un preciso motivo. "Il diritto globale si riconosce in determinati settori (*lex mercatoria*, mercati finanziari) mentre la dissoluzione fra norma e territorio diventa un carattere specifico del diritto comunitario che non è uno spazio consegnato nelle mani invisibili del mercato o alla duttile etica degli affari ma è uno spazio costruito e governato dal diritto"¹⁰ secondo un ordine che si sta prefigurando.

Al carattere universale dei diritti corrisponde sempre più una globalizzazione delle tutele che va fornita in tempi ragionevoli, da un giudice terzo e imparziale che acquista centralità nell'applicare un diritto privo di territorialità e carente, spesso, di un chiaro dettato normativo riferibile al conflitto da risolvere. Un primato che dà spazio alla interpretazione adeguatrice della norma ordinaria capace di cogliere la sua evoluzione nel confronto con la normativa costituzionale, l'ordinamento comunitario e i vincoli derivanti dai Trattati internazionali, in un sistema sopranazionale a rete (117 cost.) che pone problemi nuovi. Basta pensare alla sorte del giudicato nazionale in presenza dei nuovi poteri conferiti alle Corti europee, alla continuità del processo oltre i limiti del territorio nazionale, alla concentrazione della tutele rispetto ai confini statali¹¹.

Questo sistema di fonti innova la stessa impostazione tradizionale della giuridicità.

Il positivismo statalista assumeva la norma come unico regolatore dell'attività pratica. Questa esclusività poteva concorrere con una pluralità di ordinamenti grazie a vari espedienti teorici. Primo fra tutti la distinzione fra fatto e valore giuridico. "Assunta una norma come prevalente, le norme dell'ordinamento concorrente erano derubricate a fatto e osservate dall'esterno." Ciò non può accade-

⁷ V. CARBONE, *Relazione sullo stato della giustizia in Italia*, 2009, in *www.cortedicassazione.it*; Cass., sez. un., 19 dicembre 2007 n. 26725 (e 2674) vedila in *Obb. cont.*, 2008, 2, con commento di G. VETTORI, *Regole di validità e di responsabilità di fronte alle Sezioni Unite. La buona fede come rimedio risarcitorio*, p. 1 ss.

⁸ Cass., 11 maggio 2009, n. 10741.

⁹ Cass., 11 maggio 2009, n. 10741.

¹⁰ V. Carbone, *Relazione sullo stato della giustizia in Italia*, 2009, op. cit.

¹¹ V. ancora V. CARBONE, *Relazione sullo stato della giustizia italiana*, 2009, cit.

re nel sistema integrato dove ogni ordinamento è privo di esclusività “in quanto considera valore giuridico e non fatto la disciplina che proviene da un altro ordinamento”. Ne risulta una realtà giuridica peculiare. Il reciproco riconoscimento introduce “meccanismi di reciproci adattamenti, delineando una struttura terza che è il risultato della contaminazione e della mediazione”¹².

Basta pensare alla Direttive. La regola comunitaria indica e vincola ad uno scopo che trova realizzazione “nei limiti e nelle tecniche del diritto interno che deve assicurare eguale tutela (interna e comunitaria) ed effettiva protezione dei diritti. La norma di attuazione è interna ma la sua genesi è comunitaria ed è dunque la risultante di un’articolazione fra i due ordinamenti la cui integrazione “si configura come una combinazione di nodi” espressione della struttura a rete ormai diffusa nella teoria del diritto”. “Il giudice dell’ordinamento integrato è un tessitore, tesse la rete normativa, sonda le giunture, articola normativa interna e disciplina comunitaria, consapevole che la chiave del precetto interno risiede nella sua origine comunitaria”. Non si tratta come nell’interpretazione Costituzionalmente orientata di salvaguardare la coerenza e unità dell’ordinamento interno ma di trovare la chiave di interconnessione fra diritto interno e comunitario¹³.

Sul rapporto fra Corte di Strarburgo e Corte di Lussemburgo e giudici nazionali si poteva scegliere fra il libero raffronto fra orientamenti giurisprudenziali diversi e la fissazione di uno strumento di coordinamento. Si è optato per la seconda soluzione con l’adesione della UE alla CEDU. Ciò renderà non semplici i rapporti fra le due Corti in particolare per quanto attiene alla interpretazione e applicazione dei diritti fondamentali¹⁴.

3. Corte di Giustizia e giudici nazionali.

Con il Trattato di Lisbona i diritti fondamentali previsti nella Carta di Nizza assumono un livello costituzionale che spinge l’integrazione fra ordine nazionale e comunitario verso una progressiva configurazione unitaria¹⁵. Ciò si ricava da una serie di

¹² Così E. SCODITTI, *Il dialogo fra le Corti e i diritti fondamentali di fonte sopranazionale: il punto di vista del giudice comune*, in *Riv. dir. priv.*, 2009, p.

¹³ E. SCODITTI, op. ult. cit.

¹⁴ v. sul punto R. CAPONI, *Democrazia, integrazione europea, circuito delle Corti costituzionali (dopo il Lissabon-Urteil)*, in *Riv. it. dir. pub. com.*, 2, 2010, p. 387 ss.; Id., *Karlsruhe europaista (appunti a prima lettura del Mangold-Beschluss della Corte costituzionale tedesca)*, in www.astrid-online.it

¹⁵ così P. PERLINGIERI, *Leale collaborazione tra Corte costituzionale e Corti europee. Per un unitario sistema ordinamentale*, Napoli, 2008, p.11 ss.

dati già indicati con precisione¹⁶ e da alcune indicazioni recenti.

Non è dubbio che i due ordinamenti hanno un ambito di applicazione diverso e questo dato viene espressamente richiamato nell’art. 52. Nei casi in cui il Trattato di Lisbona non ha previsto alcuna competenza per le istituzioni europee non potrebbe mai invocarsi la Carta. Vi sono due poteri normativi: nazionale e comunitario sicché le norme comunitarie risentiranno del valore della Carta mentre nessun mutamento si avrà per gli atti e le norme di carattere esclusivamente interno. Ne segue che i diritti potrebbero essere conformati in modo diverso nell’uno e nell’altro ordinamento.

A ben vedere questa rigida partizione è molto più sfumata quando si cerchi di chiarire le tutele in caso di violazioni dei diritti da parte di norme nazionali ordinarie.

Il quadro teorico è in astratto chiaro. Nell’ordinamento interno in caso di contrasto fra leggi si deve invocare la Corte costituzionale, mentre se la norma è comunitaria il controllo non può essere esercitato dal giudice interno che non può disapplicare la norma o l’atto comunitario ma deve sollevare la questione pregiudiziale davanti alla Corte di Giustizia. In base a ciò si può concludere che quanto accadeva prima per i Trattati accade ora per i diritti¹⁷.

Il problema è più delicato nel rapporto fra norme comunitarie e norme interne che attuano il diritto comunitario. Se la norma è esclusivamente interna il giudice dovrà riferirsi al diritto interno, alla Costituzione e alla Corte Costituzionale. Se la norma interna attua il diritto comunitario o si trova nella zona d’ombra della disciplina sopranazionale¹⁸, in base al primato del diritto comunitario, il giudice nazionale ha un controllo diffuso e dovrà riferirsi ai Trattati e alla Carta arrivando sino a disapplicare la norma interna, salvo sollevare la questione pregiudiziale alla Corte di Giustizia, sull’appartenenza o meno del caso, al diritto comunitario.

Se questo è il quadro teorico che emerge dalla lettera del Trattato e degli articoli 51 e 52 della Carta la sua applicazione concreta non è univoca.

Alcuno esclude il sindacato del giudice nazionale sulle leggi interne in base alla Carta dei diritti perché il diritto comunitario non copre tutta l’area disciplinata dal diritto nazionale sicché il giudice

¹⁶ P. PERLINGIERI, op.ult. cit.

¹⁷ così V. ONIDA, *I diritti fondamentali nel Trattato di Lisbona*, Conferenza, inedita, svolta alla Fondazione Basso, Roma il 9 dicembre 2009.

¹⁸ V. così Corte cost. ord. 20 del 2000.

timità. La prima, più semplice, riguarda la regola di distribuzione dell’onere probatorio con riferimento al consenso informato. Esattamente se spetti al paziente dimostrare che il medesimo non è stato correttamente informato dal medico, ovvero se compete a quest’ultimo provare un’adeguata informativa.

La seconda attiene a un profilo che non è emerso con chiarezza nella giurisprudenza di legittimità; la stessa Cassazione in commento ha affermato che il problema “non risulta scrutinato *ex professo*”. Si tratta di stabilire se il medico debba rispondere delle conseguenze lesive di un intervento chirurgico - necessario e correttamente seguito - *per il solo fatto di non aver informato* il paziente della possibile insorgenza di talune conseguenze negative. O piuttosto se debba ammettersi il risarcimento solo qualora si provi - vedremo chi vi è tenuto - che il paziente non si sarebbe sottoposto all’intervento ove esaurientemente informato. In quest’ultima prospettiva viene in rilievo il nesso di causalità tra la condotta ommissiva del medico e l’effetto collaterale dell’operazione chirurgica lesivo della salute.

Decidere sulla necessità o meno del nesso di causalità poneva qualche insidia, determinata soprattutto dalla solida costruzione giurisprudenziale dell’autodeterminazione quale diritto fondamentale dell’individuo. Costruzione che ha consentito alla giurisprudenza di legittimità di enucleare ambiti risarcibili proprio in conseguenza della sola lesione di tale diritto prescindendo, quindi, dal pregiudizio alla salute. La stessa Corte d’appello si è mossa su questa scia, condannando il medico al risarcimento del danno alla salute soltanto in ragione della mancata informazione circa l’insorgenza della complicità poi verificatasi.

La Cassazione, invece, nella sentenza che si annota, ha ritenuto necessario il nesso di causalità. Il che, vedremo, non ha scalfito il diritto all’autodeterminazione; piuttosto la Suprema Corte ha chiarito i presupposti di risarcibilità qualora esso venga leso. Vi è stata altresì una chiarificazione con riguardo ai danni risarcibili, distinguendo tra danno biologico e danno non patrimoniale diverso dal pregiudizio alla salute.

2. Natura della responsabilità del medico dipendente e ripartizione dell’onere probatorio.

Si legge nella sentenza in commento che costituisce un “definitivo approdo” la natura contrattuale della responsabilità del medico nei confronti del pa-

dell’autodeterminazione è, dunque, autonomamente risarcibile, in *Contr. e impr.*, 2010, 2, 313 ss.

ziente. Com’è noto la svolta in tal senso risale al 1999, quando la Cassazione, occupandosi del rapporto tra il medico dipendente dalla struttura sanitaria e il paziente, ha respinto con argomenti solidi la tesi della natura extracontrattuale³. La responsabilità del medico nasce dal contatto sociale con il paziente. E’ il contatto a generare obbligazioni, il che accade nell’ambito delle professioni “protette” il cui esercizio richiede un’abilitazione.

La professione medica esige l’applicazione di protocolli sanitari, l’attuazione di certi standards, oltre a capacità tecniche - quindi comportamenti - volta a volta diverse a seconda del tipo di patologia. Al medico non si richiede un “*non facere*”, ossia soltanto di rispettare la sfera giuridica di colui che ne chiede la prestazione professionale. Si pretende dallo stesso quel *facere* che deve svolgersi attraverso un’attività sapiente e diligente.

Fin qui, si potrebbe rilevare, non si ha altro che la descrizione di un rapporto. Ma sono proprio i rapporti, cioè i fatti, con le loro peculiarità, a sollecitare la ricerca di una nuova regola quando quella adoperata è inidonea a regolare in modo efficiente un fenomeno⁴. Ecco allora che la Cassazione riscopre l’art. 1173 c.c. nella parte in cui stabilisce che fonte di obbligazioni è anche “ogni altro atto o fatto idoneo a produrle in conformità dell’ordinamento giuridico”. Ma v’è di più.

Fonti dell’obbligazione, continua la Suprema Corte nel 1999, sono i principi di rango costituzionale come la salute. Se dal contatto tra medico e paziente sorgono obbligazioni, la violazione di queste ultime richiama le regole sulla responsabilità per inadempimento. Non viene in gioco la responsabilità aquiliana, la quale non nasce dalla violazione di obblighi ma dalla lesione di situazioni soggettive altrui.

Sulla scia della sentenza del 1999 la successiva giurisprudenza di legittimità ha abbandonato - o quanto meno fortemente incrinato - il dogma secondo cui le regole sulla responsabilità contrattuale operano soltanto in presenza di un contratto (inadempito). Invece vi è responsabilità contrattuale

³ Cass., 22 gennaio 1999, n. 589, in *Danno e resp.*, 1999, 294, con nota di V. CARBONE, *La responsabilità del medico ospedaliero come responsabilità da contatto*; in *Foro it.*, 1999, I, 3332 ss., con note di A. LANOTTE, *L’obbligazione del medico dipendente è un’obbligazione senza prestazione o una prestazione senza obbligazione?* e di F. DI CIOMMO, *Note critiche sui recenti orientamenti giurisprudenziali in tema di responsabilità del medico ospedaliero*; in *Danno e rep.*, 1999, 777 ss., con nota di R. DE MATTEIS, *La responsabilità medica tra scientia iuris e regole di formazione giurisprudenziale*.

⁴ P. GROSSI, *Società, diritto, Stato. Un recupero per il diritto*, Milano, 2006, p. 183-18.

ne, sotto altro profilo, che l'assenza di nesso causale tra violazione del dovere di informazione e cheratite bollosa insorta dopo l'intervento, cui erano collegate le sofferenze patite dalla paziente, avrebbe imposto la soluzione opposta per le medesime ragioni indicate nel terzo motivo di ricorso.

4.1.- Il primo profilo di censura è infondato alla luce del principio secondo il quale la violazione di un diritto fondamentale della persona, qual è quello all'autodeterminazione in ordine alla tutela per via terapeutica della propria salute, comporta la risarcibilità di ogni tipo di pregiudizio non patrimoniale che ne sia causalmente derivato (Cass., Sez. un., nn. 26972, 26973 e 26974 del 2008, cui s'è allineata la giurisprudenza successiva).

Il secondo profilo è invece fondato per le ragioni già esposte in sede di esame del terzo motivo di ricorso, avendo la corte liquidato il danno morale soggettivo in esclusiva correlazione al ravvisato pregiudizio della salute, considerato risarcibile per una ragione errata in diritto.

IL RICORSO INCIDENTALE (della paziente).

5.- Si duole la ricorrente Sa.Lu. che la corte d'appello abbia ritenuto inammissibile la domanda di risarcimento del danno da invalidità permanente per mancanza di specifici motivi di impugnazione sul punto, sostenendo che poichè la domanda di risarcimento era stata riproposta in appello, il gravame aveva necessariamente investito l'intero thema decidendum.

5.1.- Il motivo è manifestamente infondato.

La ricorrente ha del tutto prescisso dalla circostanza che il giudice di primo grado aveva specificamente escluso che, in esito al successivo intervento di trapianto di cornea, fossero residuati postumi permanenti. E nella succinta illustrazione del motivo non si assume che tale specifica ratio decidendi sia stata oggetto di altrettanto specifica censura, come sarebbe stato necessario.

CONCLUSIONI. 6.- Rigettati il primo ed il secondo motivo del ricorso principale ed il ricorso incidentale, vanno conclusivamente accolti, nei sensi sopra chiariti, il terzo ed il quarto motivo del ricorso principale.

La sentenza è cassata in relazione alle censure accolte, con rinvio per un rinnovato apprezzamento del fatto alla luce dei principi enunciati e - in caso di conclusione sfavorevole alla paziente sulla risarcibilità del danno da pregiudizio temporaneo della salute, per difetto di nesso eziologico fra la condotta omissiva del medico e le complicanze conseguite all'intervento chirurgico - per l'apprezzamento ulteriore relativo alla eventuale sussistenza di uno spazio risarcitorio correlato alla sola lesione del diritto all'autodeterminazione, in relazione peraltro alle conseguenze che ne fossero in ipotesi derivate e non ravvisabile in ragione della lesione del diritto in se stessa considerata (secondo i principi enunciati dalle più volte citate sentenze delle Sezioni unite, che hanno ribadito l'inconfigurabilità del cosiddetto "danno evento").

Il giudice del rinvio, che si designa nella stessa corte d'appello in diversa composizione, regolerà anche le spese del giudizio di legittimità.

P.Q.M.

LA CORTE DI CASSAZIONE riunisce i ricorsi, rigetta il primo ed il secondo motivo del ricorso principale ed il ricorso incidentale, accoglie per quanto di ragione il terzo ed il quarto motivo del ricorso principale, cassa in relazione alle censure accolte e rinvia, anche per le spese del giudizio di legittimità, alla corte d'appello di Napoli in diversa composizione.

Così deciso in Roma, il 12 gennaio 2010.

Depositato in Cancelleria il 9 febbraio 2010

IL COMMENTO

1. Il caso e le questioni.

Una donna lamenta complicanze, di cui non era stata informata, e lesioni a seguito di un intervento chirurgico all'occhio destro¹; ella chiede la condanna del medico al risarcimento di tutti i danni patrimoniali e non patrimoniali.

Il Tribunale respinge la domanda considerando che l'operazione era stata eseguita correttamente e che la stessa si era resa necessaria in ragione della patologia. Peraltro, si aggiunge, non vi era stato alcun esito permanente della complicanza, la quale era stata eliminata con un nuovo intervento effettuato da un altro medico.

La Corte d'appello riforma la decisione di primo grado, osservando che il medico non aveva provato l'esauriva informazione della paziente. Sussiste quindi la lesione del diritto all'autodeterminazione, per integrare la quale non ha alcun rilievo l'esecuzione dell'intervento chirurgico. Per l'effetto il medico viene condannato al risarcimento di diversi danni: biologico per invalidità temporanea, morale per le sofferenze patite a causa dell'insorgenza della complicanza e patrimoniale con riferimento alle spese affrontate per il successivo intervento chirurgico, rivelatosi indispensabile per rimuovere gli effetti della prima operazione.

Il medico ricorre in Cassazione² ponendo due questioni risolte correttamente dai giudici di legittimità.

¹ Più precisamente l'attrice sostiene che, a seguito dell'asportazione del cristallino dell'occhio destro, sono insorte una cheratite corneale bollosa e lesioni che hanno determinato un danno alla salute e la necessità di sottoporsi ad un nuovo intervento chirurgico.

² Cass., 9 febbraio 2010, n. 2847, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, 783 ss., con note di S. CACACE, *I danni da (mancato) consenso informato*, e di A. SCACCHI, *La responsabilità del medico per omessa informazione nel caso di corretta esecuzione dell'intervento "non autorizzato"*. Cfr. altresì il commento di A. RICCIO, *La violazione*

interno non potrebbe disapplicare una legge nazionale in nome di principi di un altro ordinamento¹⁹.

Altri ammettono la non applicazione della norma interna se questa attui il diritto comunitario e sia una norma sui diritti con effetto diretto "sufficientemente precisa e non richieda per la sua applicazione l'emanazione di ulteriori atti comunitari o nazionali"²⁰.

A ben vedere il problema si interseca con la questione se la Carta di Nizza abbia o meno valore orizzontale fra rapporti privati o se sia rivolta solo agli Stati membri e alle istituzioni comunitarie. Sul punto occorre anzitutto sottolineare due aspetti:

a) l'interpretazione adeguatrice è chiave di attuazione quando manca l'efficacia diretta perché il vincolo di risultato per lo Stato si traduce dal punto di vista del giudice nell'obbligo di interpretazione conforme. In base all'art. 249 e 10, quando non è emersa la possibilità di una interpretazione adeguatrice, è previsto un procedimento incidentale con sospensione del giudizio principale. La Corte di Giustizia a differenza della Corte costituzionale non può interpretare la norma nazionale ma solo il diritto comunitario, e il rinvio costituisce un punto di giuntura fra i due ordinamenti e uno stimolo al dialogo e collaborazione fra le Corti. In caso di inosservanza dell'obbligo di rinvio si avrà la tutela risarcitoria del cittadino o in alcuni ordinamenti (Germania) una tutela specifica mediante l'impugnazione del giudicato davanti alla Corte costituzionale. Dunque il giudice nazionale deve vagliare la rilevanza dell'atto comunitario nel caso in esame, individuare un eventuale dubbio interpretativo, applicare la norma comunitaria interpretata dalla Corte di giustizia, traendo le necessarie conseguenze in termini di compatibilità o incompatibilità con il diritto interno. Non si tratta di uno scambio fra giudici gerarchicamente subordinati ma di un vero dialogo al quale il giudice comune partecipa contribuendo alla formazione della regola.

b) D'altra parte si deve ricordare che la Corte di Giustizia di recente²¹ si è espressa per il valore dif-

¹⁹ Così mi sembra sia affermato nella relazione inedita di V. ONIDA, *I diritti fondamentali nel Trattato di Lisbona*, op. ult. cit.

²⁰ E. SCODITTI, *Il dialogo fra le Corti e i diritti fondamentali di fonte sopranazionale: il punto di vista del giudice comune*, op. ult. cit.

²¹ v. Corte Giust., 22 novembre 2005, n. 144/04 (Mangold - Helm); e da ultimo Corte Giust., 19 gennaio 2010, C-555/07 Seda Kucukdeveci c. Swedex GmbH & Co.KG. vedila in *Eur. dir. priv.*, 3, 2010 con nota di D. Del Vescovo. La Corte di Giustizia sembra considerare che una direttiva volta a combattere le discriminazioni possa essere invocata nell'ambito di una controversia tra singoli. La massima dispone quanto segue: "E' compito del giudice nazionale investito di una controversia tra privati, garantire il rispetto del principio di non discriminazione in base all'età, quale espresso concretamente dalla dir. 2000/78,

fuso e prioritario del principio generale di non discriminazione mentre la Corte di Cassazione italiana²² e il Consiglio di Stato²³ non si pongono il problema nel richiamare il valore giuridico della Carta di Nizza della qualità interna o comunitaria della questione affrontata che era in un caso l'applicazione dell'art. 2043 in un ipotesi di danno non patrimoniale da demansionamento e nell'altro un problema di effettività della tutela affrontato alla luce dell'art. 24 della Costituzione italiana ma anche degli articoli 6 e 13 della CEDU. Ciò lascia intravede la possibilità che il giudice nazionale debba tener conto anche per una questione meramente interna almeno dei principi ricavabili dall'ordinamento comunitario per trovare la regola e la tutela più proporzionata ed efficiente nel caso concreto.

D'altra parte è noto che il problema dell'efficacia della CEDU è controverso in dottrina e giurisprudenza. Le sentenze della Corte costituzionale del 2007²⁴ hanno stabilito che il giudice nazionale non può disapplicare il diritto interno non compatibile con tale testo stante la natura pattizia della Convenzione²⁵, mentre il Giudice amministrativo ha assunto una posizione diversa ai sensi dell'art. 6 del Trattato di Lisbona che prevede la adesione della Unione alla CEDU²⁶.

Tutto ciò apre una questione centrale su cui è necessario soffermarsi.

disapplicando, se necessario, qualsiasi disposizione contraria della normativa nazionale indipendentemente dall'esercizio della facoltà di cui dispone...di sottoporre alla Corte di giustizia una questione pregiudiziale sull'interpretazione di tale principio."

²² Cass., 2 febbraio 2010, n. 2352, in *Foro it.*, 2010, c. 1145 ss.

²³ Cons. Stato, sez. IV, 2 marzo 2010, n. 1220, in *www.giustizia-amministrativa.it*

²⁴ v. Corte cost., 22 ottobre 2007, n. 349 (rel. Tesaurò) e 22 ottobre 2007, n. 348 (rel. Silvestri) in *Foro it.*, 2008, I, p. 39 ss, con note di Romboli, Travi, Cappuccio, Ghera.

²⁵ V. G. Vettori, *Diritto privato e ordinamento comunitario*, cit., p. 74,75.

²⁶ T.A.R. Lazio Roma, Sez. II Bis, 18 maggio 2010, n. 11984; le norme della Convenzione divengono immediatamente operanti negli ordinamenti nazionali degli Stati membri in forza del diritto comunitario e quindi in Italia ai sensi dell'art. 11 della Costituzione, venendo in tal modo in rilievo l'ampia e decennale evoluzione giurisprudenziale che ha, infine, portato all'obbligo, per il giudice nazionale, di interpretare le norme nazionali in conformità del diritto comunitario, ovvero di procedere in via immediata e diretta alla loro disapplicazione in favore del diritto comunitario, previa eventuale pronuncia del giudice comunitario, ma senza transitare per il filtro dell'accertamento della loro incostituzionalità sul piano interno".

4. La ricerca di argomenti persuasivi. L'analisi strutturale e la distinzione fra diritti e principi

Dopo il Trattato di Lisbona occorre delimitare con rigore il potere del giudice nazionale di interpretare le norme sui diritti e principi di origine comunitaria e il potere di disapplicare il diritto interno incompatibile.

Come si è osservato, secondo taluno, se le tecniche della interpretazione costituzionalmente orientata e conforme al diritto comunitario sono sufficientemente chiare il potere di disapplicazione del giudice va precisato in base all'efficacia delle norme sui diritti. Quando la legge non sia condizionata per la sua applicazione ad altro atto comunitario o nazionale, ci sarebbero i presupposti per la preminenza comunitaria rispetto a quella nazionale²⁷. Con una tecnica diversa dal bilanciamento perchè l'applicazione diretta di un diritto fondamentale di origine comunitaria sarebbe consentita solo in presenza di una norma "strutturata in modo tale da consentire una completa disciplina della fattispecie"²⁸.

Ciò si trae dalla Carta dei diritti e dalle Spiegazioni, le quali nel testo dell'art. 6 e nel protocollo voluto del Regno unito, assumono un particolare valore, riconosciuto di recente dalla stessa Corte europea dei diritti umani.²⁹ E' bene ricordare che gli art. 51 e 52 furono modificati in occasione della approvazione del Trattato costituzionale e che essi sono ora espressamente richiamati in quella versione³⁰. Coordinando norma e spiegazioni si ricava quanto segue.

²⁷ E. SCODITTI, op cit., hanno effetto diretto "tutte le disposizioni che siano sufficientemente precise e la cui applicazione non richiede l'emanazione di ulteriori atti comunitari o nazionali".

²⁸ E. SCODITTI, op. cit.

²⁹ Corte europea dei diritti dell'uomo, 19 aprile 2007 (Vilho Eskelinen e altri /Finlandia), cit.

³⁰ V. G VETTORI, *Diritto privato e ordinamento comunitario*, Milano, 2009, p. 49 ss ove testualmente: Nel primo (51 ex II-111) si delimitano gli effetti della Carta e si stabilisce che "essa si applica alle istituzioni e agli organi dell'Unione nel rispetto del principio di sussidiarietà (art.6 .2 TUE)" come pure agli Stati membri esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione. Pertanto, si dice, tali soggetti "rispettano i diritti e osservano i principi e ne promuovono l'applicazione secondo le rispettive competenze e nei limiti posti dai Trattati". Per quanto concerne gli Stati membri si ribadisce che l'obbligo di rispettare i diritti fondamentali vale per essi quando agiscono nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione o (come ha precisato la Corte) "quando essi danno attuazione alle discipline comunitarie". Nel secondo paragrafo si ribadisce che la Carta "non può avere l'effetto di ampliare i compiti assegnati all'Unione". Sicché i diritti fondamentali producono effetti solo nell'ambito di tali competenze e di conseguenza alle Istituzioni può essere "imposto l'obbligo di promuovere i principi sanciti

La distinzione fra «diritti» e «principi» è sancita nella Carta.

In base a tale distinzione, i diritti soggettivi sono rispettati, mentre i principi sono osservati (articolo 51, paragrafo 1 ex II-111). Ai principi può essere data attuazione tramite atti legislativi o esecutivi (adottati dall'Unione conformemente alle sue competenze e dagli Stati membri unicamente nell'ambito dell'attuazione del diritto dell'Unione); di conseguenza, essi assumono rilevanza per il giudice solo quando tali atti sono interpretati o sottoposti a controllo. Essi non danno tuttavia adito a pretese dirette per azioni positive da parte delle istituzioni dell'Unione o delle autorità degli Stati membri. E ciò è in linea, si dice, sia con la giurisprudenza della Corte di giustizia³¹ sia con l'approccio ai «principi» negli ordinamenti costituzionali degli Stati membri, specialmente nella normativa sociale³².

nella Carta solo nei limiti di queste stesse competenze". L'art.52 (ex II-112) concerne la portata e l'interpretazione dei diritti e dei principi. Si prevede anzitutto (1) che le restrizioni all'esercizio dei diritti fondamentali possono essere previste dalla legge purchè rispondano a finalità di interesse generale perseguite dalla Comunità e non si risolvano in interventi sproporzionati ed inammissibili. Si fa riferimento (2) ai diritti già riconosciuti in altre parti del Trattato richiamando le condizioni e i limiti per essi già fissati. Si ribadisce, infine, l'esigenza di una necessaria coerenza con le disposizioni della CEDU (3) e la regola ,indicata nelle spiegazioni, è duplice. Se i diritti sono identici il significato, la portata e i limiti sono identici. In caso contrario l'Unione può garantire una protezione più ampia " ma non può situarsi ad un livello inferiore a quello garantito dalla CEDU. Si precisa poi (nelle spiegazioni) che il richiamo alle tradizioni culturali comuni (4) non mira ad un'impostazione rigida basata sul " minimo comune denominatore". Ciò perché i " diritti sanciti nella Carta debbono essere interpretati in modo da offrire un elevato livello di tutela che sia consono al diritto dell'Unione e in armonia con le tradizioni culturali comuni." Segue nel paragrafo n.5 un riferimento espresso ai principi.

³¹ Cfr. in particolare la giurisprudenza sul «principio di precauzione» di cui all'articolo 174, paragrafo 2 del trattato CE (sostituito dall'articolo III-233 della Costituzione): sentenza del TPG dell'11 settembre 2002, causa T-13/99 Pfizer c. Consiglio, con numerosi rinvii ai precedenti giurisprudenziali e una serie di sentenze sull'articolo 33 (ex 39) in merito ai principi della normativa agricola, ad es.: sentenza della Corte di giustizia, causa C-265/85 Van den Berg, Racc. 1987, pag. 1155, C 310/458 IT Gazzetta ufficiale dell'Unione europea 16.12.2004. V. sul punto il bel volume di G. COMANDÈ (a cura di), *Gli strumenti della precauzione:nuovi rischi, assicurazione e responsabilità*, Milano, 2006.

³² G. VETTORI, *Diritto privato e ordinamento comunitario*, cit., p. 51. A titolo illustrativo si citano nelle Spiegazioni, come esempi di principi riconosciuti nella Carta gli articoli 25 (diritto degli anziani), 26 (Inserimento dei disabili) e 37 (tutela dell'ambiente). E si ricorda che in alcuni casi è possibile che un articolo della Carta contenga elementi sia di un diritto sia di un principio, come negli articoli 23 (parità fra uomini e donne), 33 (vita familiare e vita professionale) e 34 (sicurezza sociale e assistenza sociale).

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

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

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

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

Condizione di risarcibilità di tale tipo di danno non patrimoniale è che esso varchi la soglia della gravità dell'offesa secondo i canoni delineati dalle sentenze delle Sezioni unite nn. da 26972 a 26974 del 2008, con le quali s'è stabilito che il diritto deve essere inciso oltre un certo livello minimo di tollerabilità, da determinarsi dal giudice nel bilanciamento tra principio di solidarietà e di tolle-

ranza secondo il parametro costituito dalla coscienza sociale in un determinato momento storico. Non pare possibile offrire più specifiche indicazioni.

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

3.3.- Il relativo onere probatorio, suscettibile di essere soddisfatto anche mediante presunzioni, grava sul paziente: (a) perchè la prova di nesso causale tra inadempimento e danno comunque compete alla parte che allega l'inadempimento altrui e pretenda per questo il risarcimento; (b) perchè il fatto positivo da provare è il rifiuto che sarebbe stato opposto dal paziente al medico; (c) perchè si tratta pur sempre di stabilire in quale senso si sarebbe orientata la scelta soggettiva del paziente, sicchè anche il criterio di distribuzione dell'onere probatorio in funzione della "vicinanza" al fatto da provare induce alla medesima conclusione; (d) perchè il discostamento della scelta del paziente dalla valutazione di opportunità del medico costituisce un'eventualità che non corrisponde all'id quod plerumque accidit.

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

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

4.- Col quarto motivo (erroneamente indicato anch'esso come terzo a pagina 19 del ricorso) è dedotta violazione e falsa applicazione dell'art. 185 c.p. e art. 1223 c.c., e segg., in relazione all'art. 360 c.p.c., nn. 3 e 5, nella parte in cui la corte d'appello ha liquidato, in aggiunta alle altre voci di danno (biologico da invalidità temporanea e patrimoniale), anche "il danno morale, tenuto conto delle sofferenze patite a seguito dell'insorgenza della cheratite bollosa e del successivo intervento chirurgico".

Si afferma, sotto un primo profilo, che il danno morale soggettivo può essere riconosciuto solo in presenza di una figura di reato, nella specie insussistente. E si sostie-

reale atteggiarsi della questione, la quale non attiene tanto alla liceità dell'intervento del medico (che è solo una qualificazione successiva), ma che nasce dalla violazione del diritto all'autodeterminazione del paziente, essendo al medico anzitutto imputabile di non averlo adeguatamente informato per acquisirne il preventivo, consapevole consenso. Che, se lo avesse fatto ed all'esecuzione dell'intervento (con le modalità rappresentategli) il paziente avesse in ipotesi acconsentito, sarebbe palese l'insussistenza di nesso di causalità materiale tra il comportamento omissivo del medico e la lesione della salute del paziente, perchè quella lesione egli avrebbe in ogni caso subito.

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

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

3.2.- Il diritto all'autodeterminazione è, del resto, diverso dal diritto alla salute (Cass., n. 10741/2009 e Cass., n. 18513/2007, che ha qualificato come mutamento della causa petendi il porre a fondamento dell'azione di risarcimento danni conseguenti ad intervento chirurgico il difetto di consenso informato, dopo aver fondato tale azione sulla colpa professionale).

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

Cost., i quali stabiliscono rispettivamente che "la libertà personale è inviolabile" e che "nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge".

Afferma ancora la Consulta che numerose norme internazionali (che è qui superfluo richiamare ancora una volta) prevedono esplicitamente la necessità del consenso informato del paziente nell'ambito dei trattamenti medici. La diversità tra i due diritti è resa assolutamente palese dalle elementari considerazioni che, pur sussistendo il consenso consapevole, ben può configurarsi responsabilità da lesione della salute se la prestazione terapeutica sia tuttavia inadeguatamente eseguita; e che la lesione del diritto all'autodeterminazione non necessariamente comporta la lesione della salute, come accade quando manchi il consenso ma l'intervento terapeutico sortisca un esito assolutamente positivo (è la fattispecie cui ha avuto riguardo Cass. pen., sez. un., n. 2437 del 2009, concludendo per l'inconfigurabilità del delitto di violenza privata).

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

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

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

Così, a titolo meramente esemplificativo, non potrebbe a priori negarsi tutela risarcitoria a chi abbia consapevolmente rifiutato una trasfusione di sangue perchè in contrasto con la propria fede religiosa (al caso dei Testimoni di Geova si sono riferite, con soluzioni sostanzialmente opposte, Cass., nn. 23676/2008 e 4211/2007),

5. L'insufficienza della distinzione fra diritti e principi.

La Carta separa dunque diritti e principi come criterio operativo ed occorre precisare come sorge questa distinzione, quale rilievo abbia per il diritto, quale potere e quali tecniche attribuisca al giudice. La storia ci segna ancora il percorso.

Nelle costituzioni del 900 il precetto in alcuni casi proclama un diritto, in altri precisa il contenuto di una regola, ma in entrambi si è in presenza di una norma che ha una precisa particolarità. È una norma priva di fattispecie ed è diversa dai principi generali interpretativi, indicati nell'art. 12 delle Preleggi, perchè non è un riassunto di ciò che esiste, ma il fondamento di un nuovo ordine. E' un *prius* e non un *posterius* e la sua attuazione passa da un dialogo continuo fra la legislazione e la giurisdizione³³. Resta da vedere se tale precetto si può specificare in base alla distinzione fra diritti e principi.

La dottrina sul punto è divisa³⁴. Per alcuni la distinzione è qualitativa, ontologica e logica perchè ai principi si aderisce, hanno un ampio grado di generalità e la loro applicazione è condizionata dal peso dei valori affermati. Per altri la distinzione è debole perchè tutte le norme possiedono in qualche misura almeno una delle caratteristiche fissate nei principi mentre ciò che differenzia regole e principi è il grado in cui tali caratteristiche si ritrovano in un precetto³⁵.

A ben vedere tutti i tentativi finora esperiti di tracciare una distinzione netta, qualitativa, fra regole e principi sono falliti³⁶ mentre l'attenzione non può che essere prestata alle tecniche di attuazione degli uni e degli altri. Molto spesso non si può utilizzare il canone della conformità ad un modello, né una logica conclusiva che non esiste, ma il precetto deve essere trasformato in una regola con un procedimento non facile.

Fondamentale è il ruolo del fatto che non chiede di misurarsi con una regola prefissata ma ha in sé

elementi per divenire giuridico³⁷. Si dovrà bilanciare principi concorrenti o in collisione, intrecciare più disposizioni, concretizzare sulla base di altri principi, regole o clausole generali.

Ci si può chiedere se ciò ponga un problema di legittimità del procedere dei giudici se non altro perchè i diritti politici contano meno se il legislatore è solo uno dei produttori del diritto.

Per dare una risposta occorre partire da lontano.

Dopo il primato illuminista della legge che ammette solo esecutori, le costituzioni del 900 hanno prodotto una trasformazione radicale. Le norme sui diritti non possono essere applicate come le altre leggi ma sono fonte di diritto³⁸.

Ne deriva che il potere dei giudici non è un'anomalia ma una forma della democrazia costituzionale che esalta la natura pratica del diritto. Insostituibile è il ruolo del legislatore ma si avrà diritto anche quando il giudice fonda la sua interpretazione su un principio tratto dalla costituzione. Né esiste qualcuno che ha l'ultima parola perchè non esistono monopoli ma tutti i poteri debbono stare nei limiti previsti dalla costituzione³⁹.

La verità è che la complessità delle fonti attribuisce all'interprete poteri e responsabilità nuove. Si tratta solo di non smarrirsi nei dubbi e di prendere consapevolezza di nuove tecniche di decisione. Il dialogo fra le Corti rappresenta al riguardo un osservatorio privilegiato.

6. La tecnica rimediale.

Da quanto si è detto nei paragrafi precedenti risulta che un approccio strutturale sulla diversa configurazione delle situazioni soggettive, come diritti o come principi, conduce ad un risultato non appagante anche se tratto dall'art. 52 della Carta di Nizza.

Più utile è una visione rimediale tesa alla ricerca della tecnica di tutela che assicuri la massima realizzazione dell'interesse giuridicamente protetto da un diritto o da un principio e ciò per una serie di motivi⁴⁰.

³³ M. FIORAVANTI, (a cura di), *L'esperienza della democrazia repubblicana*, Roma-Bari, 2009, p. 3 ss. La storia costituzionale recente ci ricorda che negli anni sessanta del 900, in pieno positivismo, i civilisti furono a lungo i sostenitori del valore solo programmatico di molte norme costituzionali sino ad una svolta netta dopo la quale la distinzione è divenuta improponibile.

³⁴ V. per una visione di sintesi da ultimo G. PINO, *Diritti fondamentali e ragionamento giuridico*, Torino, 2008; ID., *Diritti e interpretazione*, Bologna, 2010, p. 52 ss - 58ss.; V. VELLUZZI, *Le clausole generali*, Milano, 2010, p. 74 ss.

³⁵ V. G. ZAGREBELSKY, *Diritto per valori, principi o regole?*, in *Quaderni fiorentini*, 2002, 31, t.II, p. 865ss.; V. ONIDA, *Il problema della giurisdizione*, in E. PACIOTTI (a cura di), *La costituzione europea*, Roma, 2003, p. 137 ss.

³⁶ Così G. PINO, *Diritti e interpretazione*, cit., p. 53.

³⁷ P. GROSSI, *Tra fatto e diritto (a proposito di Massimo Vigiotti "Tra fatto e diritto. Oltre la modernità giuridica")*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 38 (2009); ID., *L'identità del giurista, oggi*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2010, p. 1089 ss.

³⁸ M. FIORAVANTI, *Costituzionalismo. Percorsi della storia e tendenze attuali*, Roma-Bari, p. 160 ss.

³⁹ M. FIORAVANTI, *L'esperienza della democrazia repubblicana*, op. cit.

⁴⁰ G. VETTORI, (a cura di), *Remedies in Contract. The Common Rules for a European Law*, Padova, 2008, p. IX ss.; ID., *Contratto e rimedi*, 2^a ed, Padova, 2009.

Anzitutto l'analisi della sola dimensione strutturale di un oggetto finisce per occultare la dimensione funzionale che lo distingue con chiarezza dagli altri. Ma c'è qualcosa di più.

Il confronto fra *civil law* e *common law* ha mutato segno e contesto. Se prima era servito per fini conoscitivi o per un "travaso di tecniche"⁴¹ di recente quel dialogo ha come obiettivo primario la misurazione dei risultati delle due tradizioni giuridiche occidentali "sul piano dell'efficacia riformatrice"⁴². Se è così non si può trascurare che la tradizione continentale di separare la proclamazione di diritti e principi dalla loro concreta applicazione trascura un dato sempre più evidente. Per il cittadino e per l'effettività delle regole sono essenziali le tutele e il diritto applicato, mentre le declamazioni sono spesso risorse argomentative da non sopravvalutare.

Dalla complessità delle fonti emergono principi che sono fonti di obblighi e indici di emersione di interessi giuridicamente rilevanti. L'interrogativo sulla configurazione come diritto o come principio, appunto non aggiunge molto alla soluzione di un problema che esige tecniche e strumenti di piena realizzazione della situazione soggettiva di dovere o di potere.

Qualche esempio può essere di aiuto.

a) l'abuso di diritto

E' emerso con chiarezza nella giurisprudenza teorica e pratica che la teoria dell'abuso contraddice la logica e la dogmatica del diritto soggettivo ma è anche uno strumento di controllo della libertà e del potere dei privati espressione di un principio che racchiude giudizi, criteri e regole diverse fra loro. Sicché per un uso corretto della figura occorre diffidare dell'astrazione e svolgere analisi differenziate⁴³.

Sarà necessario, insomma, analizzare come si è giunti alla centralità della *iurisdictio* anche in questo settore e precisare come si utilizza un principio per sua natura privo di fattispecie. Cominciamo dal primo aspetto.

C'è un tratto significativo del pensiero giuridico sino agli anni 60 del secolo scorso. L'incontro fra il positivismo dei giuristi e il neopositivismo logico

dei filosofi ebbe un esito chiaro⁴⁴. Il diritto finì per esaurirsi nelle norme e in una visione strutturale di regole capaci di fissare in modo rigido i doveri, i poteri e il loro esercizio.

Si capisce come in questa visione l'abuso sia stato inteso in modo riduttivo in base ad una precisa sequenza. L'esistenza di un diritto implica di prestabilire gli effetti giuridici di una condotta perché la titolarità e l'esercizio non possono che essere complementari. Se la condotta è conforme al diritto si producono gli effetti se è difforme no⁴⁵. L'esercizio corretto non è abuso mentre l'esercizio scorretto è un illecito e non un abuso. Insomma la figura è stata considerata a lungo ambigua e contraria alla logica formale.

Una critica decisiva al positivismo e alle sue tecniche di analisi della realtà non poteva che provenire dalla filosofia e questo è accaduto. Prima in America e poi in ambito continentale. Il positivismo si basava su di un fondamento chiaro. L'idea che in ogni sistema vi fosse un criterio comune e riconosciuto per determinare quali *standard* valgono come diritto e quali no. Identificate le regole giuridiche si trattava solo di seguire il metodo della conformità. Ma è stato dimostrato che un *test* per accertare con sicurezza ciò che è giuridico, non esiste in sistemi giuridici complessi e che non si può tracciare una distinzione definitiva tra criteri giuridici e criteri morali⁴⁶. Ne sono prova le Costituzioni del 900 che contengono regole e principi come norme con pari giuridicità e capacità di essere fonti di diritti e doveri.

Ciò apre una serie di interrogativi non facili ma indica una direzione precisa. Il positivismo che esige conformità a regole date non riesce a convincere perché si ferma prima dei casi difficili (e delle scelte tragiche) che hanno bisogno di un modello più realistico di soluzione in una società complessa.

Il quadro è mutato sul finire degli anni sessanta del secolo scorso quando l'indifferenza contenutistica della norma è iniziata ad apparire sterile e ingiustificata. Si è andati alla ricerca di un fondamento più convincente, dall'esperienza ai bisogni nuovi della società sino alla legalità costituzionale. Centrale è divenuta l'attenzione ai comportamenti e al risultato conseguito, prima sacrificati dalla preminenza di regole strutturali. Si sono studiate, negli anni settanta, il procedimento di conclusione del contratto, la causa, l'oggetto, la funzione dell'atto di autonomia. Si è iniziato ad avvertire che in tema di

lievo che la normale bilateralità della cornea guttata dalla quale la paziente era affetta e la circostanza che il medico non ne avesse mai attestato la presenza neanche all'occhio sinistro "benchè la stessa sia di facile accertamento ..., prevedendo un ulteriore intervento di cataratta all'occhio sinistro dopo 15 o 20 gg. da quello all'occhio destro, lascia ragionevolmente presumere che lo S., pur consapevole della presenza di cornea guttata ad entrambi gli occhi, abbia taciuto tale circostanza alla Sa., programmando un duplice intervento - ai due occhi distintamente - con tutte le cautele del caso, senza tuttavia informare la Sa. di una conseguenza più che probabile dell'intervento medesimo (vedi bibliografia allegata alla produzione di parte appellante)" (così la sentenza impugnata a pagina 7, capoverso).

La conclusione è logicamente coerente, sufficiente e niente affatto contraddittoria, non essendo univocamente sintomatica del vizio di cui *all'art. 360 c.p.c.*, n. 5, la circostanza che altri passi delle relazioni di consulenza avrebbero potuto indurre a conclusioni diverse. Tanto, in relazione al principio secondo il quale la scelta delle risultanze probatorie cui conferire determinante rilievo e l'interpretazione del risultato di una complessa attività intellettuale, quale può essere quella demandata al c.t.u., competono al giudice del merito, che nella specie ha dato puntuale conto dei passi della relazione e delle ulteriori risultanze sui quali ha fondato il proprio convincimento.

Va aggiunto che, laddove la controricorrente Sa. prospetta che, in realtà, la seconda consulenza tecnica d'ufficio aveva concluso nel senso che la cornea guttata non era stata addirittura diagnosticata (pagina 5 del controricorso, in fine), evoca una possibilità che avrebbe potuto dar luogo ad una responsabilità da omessa diagnosi e da conseguente inadeguatezza della terapia chirurgica in concreto praticata; ma che, in difetto di censura da parte sua della motivazione della sentenza nella parte in cui il giudice del merito è addvenuto alla conclusione opposta (il ricorso incidentale concerne un profilo del tutto diverso), non è suscettibile di alcuna delibazione ulteriore, per essersi formato il giudicato sul punto.

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

Sulla premessa che era stata acclarata l'assenza di qualsiasi profilo di colpa professionale nell'esecuzione dell'intervento chirurgico di asportazione della cataratta, il ricorrente rileva che l'avere la corte d'appello riconosciuto il risarcimento per le "lunghe sofferenze e le enormi spese" derivate alla paziente dalla cheratite bollosa conseguita all'intervento postula che l'evento di danno ascrivito all'azione dell'oculista sia appunto la cheratite bollosa;

mentre, essendo stata al medico ascritta esclusivamente la violazione del suo obbligo d'informazione, non le conseguenze della lesione del diritto alla salute potevano venire in considerazione ai fini risarcitori, ma solo quelle connesse alla lesione del diverso ed autonomo diritto alla libera e consapevole autodeterminazione del paziente "sul se sottoporsi o meno all'intervento (*artt. 2 e 13 Cost., art. 32 Cost.*, comma 2)", peraltro ritenuto necessario in relazione alle condizioni della paziente.

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

3.1.- Il problema che si pone è il seguente: a) se delle conseguenze pregiudizievoli per la salute di un intervento chirurgico necessario e correttamente eseguito il medico debba rispondere per il solo fatto di non aver informato il paziente della possibilità che quelle conseguenze si verificassero;

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

Effettivamente questa corte, con la sentenza citata nella sentenza impugnata e con numerose altre decisioni (cfr., ex plurimis, Cass., nn. 1950/1967, 1773/1981, 9705/1997 in tema di chirurgia estetica, 5444/2006), ha affermato che "la mancata richiesta del consenso costituisce autonoma fonte di responsabilità qualora dall'intervento scaturiscano effetti lesivi, o addirittura mortali, per il paziente, per cui nessun rilievo può avere il fatto che l'intervento medesimo sia stato eseguito in modo corretto" (così Cass., n. 9374/1997).

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

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

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

La riduzione del problema al rilievo che, essendo illecita l'attività medica espletata senza consenso, per ciò stesso il medico debba rispondere delle conseguenze negative subite dal paziente che il consenso informato non abbia prestato, costituirebbe una semplificazione priva del necessario riguardo all'unitarietà del rapporto ed al

⁴¹ A. GAMBARO, *Common law e civil law: evoluzione e metodi di confronto*, in *Quaderni della Riv.trim.dir. e proc. civ.*, 2009, p. 1 ss.

⁴² A. GAMBARO, op. cit.

⁴³ v. sul punto di recente G. VETTORI, *L'abuso del diritto. Distingue frequenter*, in *Obb. contr.*, 2010, p. 166 ss. e da ultimo il bel volume di S. Pagliantini, (a cura di), *Abuso del diritto e buona fede nei contratti*, Torino, 2010, p.3 ss.

⁴⁴ R. DWORKIN, *Il modello delle regole, ora in I diritti presi sul serio*, Nuova ed., Bologna, 2010, p. 37 ss.; Id., *Trenta anni dopo*, in *La giustizia in toga*, Roma-Bari, 2010, p. 204 ss.

⁴⁵ Così M. ORLANDI, *Contro l'abuso del diritto*, in S. Pagliantini, op. cit., p.99 ss.

⁴⁶ R. DWORKIN, *Trenta anni dopo*, cit. p. 204 ss.

Svolgimento del processo.

1.- Nel febbraio del 1993 Sa.Lu. agì giudizialmente nei confronti di S.G., che il (OMISSIS) la aveva sottoposta ad intervento chirurgico per cataratta asportandole il cristallino dell'occhio destro, e ne chiese la condanna al risarcimento dei danni per le complicanze (cheratite corneale bollosa) e le lesioni che affermò esserne conseguite.

Il convenuto resistette.

Con sentenza n. 2095 del 2002 il tribunale di Napoli, in esito a due consulenze tecniche d'ufficio, rigettò la domanda. Escluse in particolare che, a seguito del trapianto di cornea cui l'attrice si era poi sottoposta altrove, fossero residuati esiti permanenti dalla cheratite insorta dopo l'intervento di asportazione della cataratta;

ritenne che lo stesso fosse necessario e che era stato eseguito correttamente, nel rispetto delle norme proprie della scienza medica;

afferma che della mancanza di "consenso informato" avrebbe dovuto dare prova la paziente e che tale prova era mancata.

2.- La corte d'appello di Napoli, decidendo con sentenza n. 242 del 2005 sul gravame della soccombente, ha riformato la sentenza sul seguente, sostanziale, testuale rilievo: "Non avendo lo S., sul quale incombeva l'onere di provare la presenza di un consenso informato (Cass., 23/2001, n. 7027) nè affermato, nè tanto meno provato, di aver informato la Sa. dei rischi prevedibili dell'intervento e di aver ricevuto il consenso di quest'ultima, va affermata - come richiesto dalla Sa. in primo grado, fin dal (OMISSIS) - la responsabilità del sanitario per i danni derivanti dall'intervento effettuato in difetto di detto consenso, nessun rilievo avendo la circostanza che l'intervento medesimo sia stato eseguito in modo corretto (Cass., 24/9/1997, n. 9374)" (pagina 6 della sentenza).

Ha poi ritenuto che "il riconoscimento della responsabilità dello S. per carenza di consenso informato comporta la condanna dello stesso al risarcimento dei danni patiti dalla Sa. per l'invalidità temporanea, per le sofferenze patite per l'insorgenza della cheratite bollosa e per le spese affrontate per il successivo trapianto corneale, necessario ad eliminare la cheratopatia"; ed ha soggiunto che "l'assenza di specifici motivi di impugnazione della sentenza del Tribunale nella parte in cui non è stata riconosciuta la persistenza di una invalidità pur dopo il trapianto di cornea, determina l'inammissibilità della richiesta di risarcimento del danno biologico e per la assunta invalidità, e per il relativo danno morale" (pagina 8 della sentenza).

Ha dunque liquidato il danno in Euro 74.040, condannando il convenuto al pagamento della predetta somma, oltre agli accessori ed alle spese del doppio grado.

3.- Avverso la sentenza ricorre per cassazione S.G., affidandosi a quattro motivi illustrati pure da memoria.

Resiste con controricorso Sa.Lu., che propone anche ricorso incidentale fondato su un unico motivo, avverso dallo S. con controricorso.

Motivi della decisione.

1.- I ricorsi vanno riuniti in quanto proposti avverso la stessa sentenza.

IL RICORSO PRINCIPALE (del medico).

1.1.- Il primo motivo del ricorso dello S. investe la decisione in relazione alla ripartizione dell'onere della prova in materia di consenso informato, deducendosi violazione e falsa applicazione degli artt. 1337, 2697 e 2043 c.c., per avere la corte d'appello ritenuto che la prova dell'intervenuto consenso consapevole della paziente all'intervento dovesse essere data dal medico. Si afferma che il consenso del paziente inerisce alla fase che precede il contratto di prestazione d'opera professionale: si verrebbe dunque in ipotesi di responsabilità precontrattuale che, in quanto tradizionalmente inquadrata nell'alveo della responsabilità aquiliana, è governata dalla regola secondo la quale la prova del fatto illecito deve essere data dal creditore.

1.2.- Il motivo è infondato alla luce dell'ormai definitivo approdo secondo il quale l'intervento stesso del medico, anche solo in funzione diagnostica, da comunque luogo all'instaurazione di un rapporto di tipo contrattuale. Ne consegue che, effettuata la diagnosi in esecuzione del contratto, l'illustrazione al paziente delle conseguenze (certe o incerte che siano, purchè non del tutto anomale) della terapia o dell'intervento che il medico consideri necessari o opportuni ai fini di ottenere, quante volte sia possibile, il necessario consenso del paziente all'esecuzione della prestazione terapeutica, costituisce un'obbligazione il cui adempimento deve essere provato dalla parte che l'altra affermi inadempiente, e dunque dal medico a fronte dell'allegazione di inadempimento da parte del paziente.

2.- Col secondo motivo è denunciato ogni possibile tipo di vizio della motivazione in punto di affermata prevedibilità della patologia corneale insorta dopo l'intervento chirurgico di asportazione della cataratta, affermandosi che tale prevedibilità è meramente postulata dalla corte territoriale e non supportata da argomenti idonei a contrastare le diverse conclusioni cui erano addivenuti i due consulenti tecnici.

Si sostiene, mediante riferimento ai riprodotti passi delle relazioni dei due ausiliari, che il primo aveva affermato che "non vi era alcuna controindicazione all'intervento chirurgico per cataratta con inserimento del cristallino in camera posteriore" e che "l'innesto di cui sopra, oltre ad avere indicazione, era una necessità"; e che la relazione del secondo consulente, in riferimento all'intervenuto scompenso corneale con formazione di bolle, aveva ritenuto che l'evento era "non certo prevedibile, in quanto non erano stati individuati elementi di questo prodromici", del pari concludendo nel senso della necessità dell'intervento.

2.1.- Anche questa censura è infondata.

La conclusione della corte sulla prevedibilità della cheratite bollosa sopravvenuta all'intervento è correlata all'affermazione del primo c.t.u. che la "cheratite bollosa che insorge dopo l'intervento per cataratta è divenuta oggi una malattia molto diffusa", essendo i relativi casi passati dal 2 al 21,2% del 1990 (secondo un trattato di chirurgia della cornea del 1994) ed all'ulteriore, saliente ri-

abuso la lucidità dell'analisi strutturale non convince e non riesce ad oscurare la ragionevolezza del risultato raggiunto con un'analisi funzionale. Da qui la centralità del giudizio e del giudice che non ha escluso la funzione insostituibile del legislatore ma ha implicato solo di riconoscere che si ha diritto anche quando si fondi l'interpretazione su un principio e non su di una regola.

Questa trasformazione culturale è un dato di fatto, ma è positiva se si basa su di un dialogo fra le Corti e la scienza giuridica capace di costruire orientamenti e decisioni certi, sicuri e ragionevoli. Su questo si basa la millenaria esperienza della *common law* e una teoria della prassi che sappia isolare nell'attualità ciò che è durevole e va stabilizzato da ciò che è caduco e non può costituire precedente.

Se torniamo alla teoria dell'abuso si può ricordare che molte opinioni e regole trattano della figura in modo diverso in Italia e in Europa. Una delle indicazioni più rilevanti si ha nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea. Nell'articolo 54 si dice che nessuno può esercitare un diritto che miri a ledere diritto o libertà altrui e da ciò si possono trarre alcune conseguenze precise.

L'abuso consente quelle valutazioni che completano la conformazione delle situazioni soggettive con un giudizio di liceità del comportamento e del risultato perseguito dai privati. La figura esprime un criterio di valutazione che racchiude giudizi, criteri e regole diverse fra loro. Reprime comportamenti illeciti con un giudizio di responsabilità, approfittamenti e lesioni con la possibile pronuncia di inefficacia o invalidità: E' insomma un principio che si trae dall'ordinamento interno e comunitario e che richiede, per essere operativo, la precisazione di una regola e la individuazione dei rimedi, a volta a volta, esperibili nella fattispecie concreta⁴⁷.

b) Nullità e principi.

Seguendo tale metodo si può analizzare la sentenza della Corte di cassazione che dichiara nulla, per contrasto con il dovere di solidarietà espresso nell'art. 2, la clausola di un contratto di locazione che vieti di ospitare stabilmente persone estranee al nucleo familiare anagrafico⁴⁸. Le perplessità concernono non per il risultato, ma la motivazione che occorre esaminare da vicino.

Un ente pubblico aveva chiesto la risoluzione del contratto di locazione, il rilascio dell'immobile e il risarcimento dei danni, sostenendo che l'originario conduttore non abitava più la casa ed ospitava altra persona in violazione di un articolo del contratto che vietava di "ospitare non temporaneamente per-

sone estranee al nucleo familiare anagrafico". La convenuta non ha negato di aver ospitato una persona ed ha invece affermato di avere ancora la disponibilità dell'appartamento e di averlo usato secondo una modalità che "apparteneva ad una dimensione personale non sindacabile in alcun modo dal locatore"; aveva sostenuto l'inefficacia della clausola per contrarietà agli articoli 1341 c.c. e 1469 bis n.18 nonché la nullità in quanto la clausola era tesa a "limitare la libertà personale delle relazioni personali e del domicilio in contrasto con gli articoli 3, comma 2, art. 13 e 14 della Costituzione."

Il Tribunale aveva accolto tutte le domande dell'attore mentre al Corte di Appello aveva respinto solo la domanda di risarcimento del danno confermando per il resto la sentenza di primo grado.

La Corte di Cassazione ha ritenuto irrilevante la normativa del codice civile sulle condizioni generali di contratto perché la clausola che aveva equiparato la prolungata ospitalità alla sublocazione non è "ricongiungibile alle figure previste dall'art. 1341 c.c." e ha dichiarato inapplicabile, perché antecedente nel tempo, la normativa a tutela dei consumatori. Ma la valutazione non si ferma qui e formula due importanti affermazioni.

La struttura del nostro ordinamento assegna una "posizione preminente a quelle norme che esprimono valori inviolabili della persona umana con valore precettivo e direttamente applicabile ai rapporti intersoggettivi"⁴⁹. In questo quadro "l'autonomia negoziale non può essere disancorata dalla natura degli interessi sui quali una data disposizione è destinata ad incidere. E poiché ogni interesse è correlabile ad un valore, attraverso l'analisi degli interessi si dovrà individuare quali fra essi estrinsecano valori che hanno nella Carta costituzionale il loro riconoscimento e la loro tutela".

Da ciò si trae un fondamento costituzionale dell'autonomia negoziale che va individuato in base alla natura degli interessi e ai valori costituzionali ad essi riconducibili e si detta un orientamento preciso per l'interprete. Il quale dovrà utilizzare "precise coordinate" per formulare i giudizi di valore che il sistema offre. Gli strumenti sono due nel nostro caso. La meritevolezza degli interessi (art. 1322 c.c.) e la liceità (art. 1343 c.c.) che devono essere resi operativi attraverso l'art. 2 della costituzione che tutela i diritti inviolabili dell'uomo e richiede l'adempimento dei doveri di solidarietà.

Il quadro teorico sin qui nitido e condivisibile si incrina nel contrapporre la clausola contrattuale con il principio di solidarietà costituzionale in funzione di controllo dell'autonomia contrattuale.

⁴⁷ Così G. VETTORI, *L'abuso del diritto*, cit., p.169.

⁴⁸ Cass., sez. III, 19 giugno 2009, n. 14343.

⁴⁹ Si indicano i seguenti precedenti Cass., 15 luglio 2005, n. 15022; Cass., 31 maggio 2003, n.8828; Cass.31 maggio 2003, n. 8827.

Di esso si sottolineano aspetti indubbi. La sua valenza etica e di reciprocità. La sua rilevanza nei rapporti patrimoniali e non patrimoniali. L'assenza nel contesto attuale di una finalizzazione corporativa o efficientistica e il suo contenuto ad un tempo politico, economico e sociale. La sua necessaria connessione con le manifestazioni della personalità nella famiglia.

Il rigore del ragionamento si attenua quando dalla premessa generale si passa al confronto con il caso concreto. Qui il rapporto fatto-principio mostra tutta la sua problematicità. Per una ragione chiara.

Il divieto di ospitalità posto dalla clausola si reputa che sia in contrasto "con l'adempimento dei doveri di solidarietà che si può manifestare attraverso l'ospitalità offerta per venire incontro ad altrui difficoltà, con la tutela dei rapporti sia all'interno della famiglia fondata sul matrimonio sia di una convivenza di fatto o con l'esplicazione di rapporti di amicizia". Il giudizio è vacillante sotto vari profili.

Sembra di capire che l'ospitalità abbia di per sé un valore positivo e conforme al dovere di solidarietà a prescindere dalle ragioni su cui si fonda (carità, amicizia, amore all'interno di una relazione familiare o di fatto), ma ciò non rende esplicito il bilanciamento tra tale relazione personale e il diritto del proprietario che ha locato la sua casa ad una persona limitandone il godimento al solo suo nucleo anagrafico. Resta sospeso nel ragionamento in che modo e con quale efficienza carità, amicizia e amore possono prevalere su di un diritto di proprietà disciplinato in un contratto liberamente sottoscritto fra le parti e privo di quei caratteri di vessatorietà che la legge ordinaria prevede solo per alcune relazioni contrattuali quali la predisposizione di un contenuto contrattuale ad opera di una parte.

Il ragionamento della Corte riacquista spessore quando il raffronto è operato fra il fatto e una tecnica rimediale.

In questo caso superato il tradizionale modo di intendere i diritti della personalità e considerata la necessità di tutelare la vita privata dall'altrui ingerenza è possibile "individuare nella clausola generale dell'art. 2 cost. una tutela contro le lesioni della personalità che si potrebbero verificare anche attraverso l'intrusione nelle mura domestiche del conduttore". Impedire la sublocazione è del tutto legittimo ma impedire forme di ospitalità anche non temporanea contrasta con un preciso diritto di libertà la cui violazione integra il contrasto con la causa concreta del contratto e l'ordine pubblico che assume forma attuale e concreta con le previsioni costituzionali e comunitarie laddove queste siano richiamabili.

Certo questo diritto non si può intendere nel suo significato separando la prima e la seconda parte

dell'art. 2. I diritti e i doveri inderogabili si tengono assieme. Solo da una loro congiunta rilevanza si trae la regola più rigorosa per il bilanciamento con altri diritti e per il controllo dell'autonomia privata che rende operativo lo strumento dell'ordine pubblico e del buon costume attraverso la causa concreta dell'atto. La libertà da ingerenze nel godimento di un bene locato si colora di aspetti relazionali con il richiamo dei doveri di solidarietà e assieme filtrano gli strumenti di controllo.

Precisata in tal modo la massima, si apprezza la decisione e si torna a riflettere sulla necessità della scarsa presa di un'analisi strutturale che differenzi principi e diritti e sulla maggiore efficienza di una riflessione sui rimedi che possono essere utilizzati e sulle tecniche di attuazione di interessi giuridicamente protetti da un diritto o da un principio.

7. L'eredità del novecento giuridico.

La verità è che la complessità delle fonti pone all'interprete problemi nuovi e delicati da affrontare con grande cautela e orientamenti precisi. Si può solo ricordare che due grandi del novecento ci hanno insegnato il modo giusto di leggere il presente. Einstein ci ha ricordato che nessun problema può essere risolto dalla stessa cultura che l'ha prodotto e ciò, per i giuristi, è un monito preciso contro l'astrazione, il concettualismo e l'ossessione della conformità alla fattispecie. Heidegger ha precisato che una scienza si misura non dall'ossequio ad un metodo ricevuto ma dalla capacità di accogliere e mettere a frutto la crisi dei propri elementi fondanti. Sicché studiosi e operatori non possono che mettersi in cammino consapevoli del nuovo compito che li attende.

IL DIRITTO ALLA SALUTE E IL DIRITTO ALL'AUTODETERMINAZIONE NELLA RESPONSABILITÀ MEDICA

Di Antonio Gorgoni

Ricercatore di Diritto privato dell'Università di Firenze

SOMMARIO: 1. Il caso e le questioni. - 2. Natura della responsabilità del medico dipendente e ripartizione dell'onere probatorio. - 3. Diritto all'autodeterminazione e diritto alla salute: profili risarcitori. - 4. Il nesso di causalità: dalle Sezioni unite penali a quelli civili. - 5. La qualificazione della perdita di chance.

LA SENTENZA

Cass. civ. sez. III, 9.2.2010, n. 2847
(Presidente Morelli, Relatore Petti)

Massime.

I)

In tema di responsabilità professionale del medico, in presenza di un atto terapeutico necessario e correttamente eseguito in base alle regole dell'arte, dal quale siano tuttavia derivate conseguenze dannose per la salute, ove tale intervento non sia stato preceduto da un'adeguata informazione del paziente circa i possibili effetti pregiudizievoli non imprevedibili, il medico può essere chiamato a risarcire il danno alla salute solo se il paziente dimostri, anche tramite presunzioni, che, ove compiutamente informato, egli avrebbe verosimilmente rifiutato l'intervento, non potendo altrimenti ricondursi all'i-

nadempimento dell'obbligo di informazione alcuna rilevanza causale sul danno alla salute.

II)

In tema di responsabilità professionale del medico, l'inadempimento dell'obbligo di informazione sussistente nei confronti del paziente può assumere rilievo a fini risarcitori - anche in assenza di un danno alla salute o in presenza di un danno alla salute non ricollegabile alla lesione del diritto all'informazione - tutte le volte in cui siano configurabili, a carico del paziente, conseguenze pregiudizievoli di carattere non patrimoniale di apprezzabile gravità derivanti dalla violazione del diritto fondamentale all'autodeterminazione in se stesso considerato, sempre che tale danno superi la soglia minima di tollerabilità imposta dai doveri di solidarietà sociale e che non sia futile, ossia consistente in meri disagi o fastidi. (Cassa con rinvio, App. Napoli, 01/02/2005).



tanto se il cliente è un consumatore e, con qualche dubbio però, se forse si tratta di una microimpresa. Non, quindi, per il cliente professionista: e di qui, allora, il surrettizio riemergere di un separato trattamento normativo tra contratti asimmetrici, modellato su quello stesso schema binario che l'art. 118 parrebbe invece non aver voluto affatto recepire. E' vero che il controllo giudiziale *ex fide bona* di un eventuale esercizio abusivo della facoltà di modifica unilaterale sortisce effetti tutto sommato omologhi a quelli propri di un giustificato motivo da comunicarsi espressamente (a pena di inefficacia della variazione). Se non fosse che, mentre l'abuso dev'essere provato da chi lamenta di averlo subito, l'onere dell'esservi davvero stato quel giustificato motivo allegatosi nella proposta di modifica è, invece, di spettanza del professionista.

Viene allora da chiedersi, essendo la discontinuità del contesto normativo di un'evidenza intrinseca: ma dov'è che si radica, rispetto al medesimo professionista, la *differentia specifica* che legittima l'esistenza di due statuti disciplinari differenziati per un *ius variandi* ancillare a categorie di *operazioni o servizi* spesso affini (se non del tutto corrispondenti)?

LA NUOVA DISCIPLINA DEL CD. *IUS VARIANDI* NEI CONTRATTI BANCARI: PRIME NOTE CRITICHE

Di Stefano Pagliantini

Ordinario di Diritto civile dell'Università di Siena

SOMMARIO: Introduzione. – 1. L'ambito applicativo oggettivo. – 2. L'ambito applicativo soggettivo. – 3. La redazione della clausola di *ius variandi*. – 4. Comunicazione e recesso in seno ad un meccanismo di modifica convenzionale. – 5. Il difficile coordinamento tra l'art. 126 *sexies* e la disciplina consumerista.

Introduzione¹

1 Senza alcuna pretesa di completezza si richiamano qui alcuni dei principali scritti più recenti apparsi sull'argomento (prima della riforma): FICI, *Osservazioni in tema di modificazione unilaterale del contratto ("ius variandi")*, in Riv. crit. dir. priv., 2002, p. 412 ss.; M. BUSSOLETTI, *La disciplina del ius variandi nei contratti finanziari secondo la novella codicistica sulle clausole vessatorie*, in Dir. banca merc. fin., 2005, p. 24 ss.; E. CAPOBIANCO, *Contratto di mutuo bancario e ius variandi*, in Studi in onore di Ugo Majello, I, Napoli, 2005, p. 289 ss.; P. SIRENA, *Il ius variandi della banca dopo il c.d. Decreto legge sulla competitività (n. 223 del 2006)*, in Banca, borsa e tit. cred., 2007, I, p. 269 ss.; Id., *Le modificazioni unilaterali*, in Tratt. Roppo, III, Milano, 2006, p. 141 ss.; G. SANTONI, *Lo ius variandi delle banche nella disciplina della l. 248 del 2006*, ibid., 2007, I, p. 249 ss.; U. MORERA, *Contratti bancari (disciplina generale)*, ivi, 2008, I, p. 168 ss.; A. MIRONE, *Le fonti private del diritto bancario: concorrenza, trasparenza e autonomia privata nella (nuova) regolamentazione dei contratti bancari*, in AA. VV., *Le fonti private del diritto commerciale*, a cura di Di Cataldo – Sanfilippo, Milano, 2008, p. 133 ss.; G. IORIO, *Le clausole attributive dello ius variandi*, Milano, 2008, p. 76 ss.; AA. VV., *La nuova disciplina europea del credito al consumo*, a cura di De Cristofaro, Torino, 2009, *passim*; A. SCARPELLO, *La modifica unilaterale del contratto*, Padova,

Con due recenti provvedimenti normativi, dapprima il d. lgs. n. 11/2010 (attuativo della direttiva 2007/64 CE, sui servizi di pagamento) e poi il d. lgs. n. 141/2010 (di recepimento della direttiva 2008/48 CE, sul credito al consumo), il legislatore ha diffusamente novellato la disciplina del cd. *ius variandi* nei contratti bancari: che adesso consta,

2010; DE POLI, *sub art. 118*, in G. DE CRISTOFARO – A. ZACCARIA, *Commentario breve al diritto dei consumatori*, Padova, 2010; G. DE CRISTOFARO, *La nuova disciplina dei contratti di credito ai consumatori e la riforma del t.u. Bancario*, in *Contratti*, 2010, p. 1046 ss.; A. SCIARRONE ALIBRANDI, *sub art. 118*, in AA. VV., *Testo Unico Bancario. Commentario*, Milano, 2010. Più in generale sulla discussa figura del *ius variandi v.*, principalmente, P. SCHLESINGER, *Poteri unilaterali di modificazione ("ius variandi" del rapporto contrattuale)*, in *Giur. comm.*, 1992, p. 18 ss. nonché L. NIVARRA, *Jus variandi del finanziatore e strumenti civilistici di controllo*, in Riv. dir. civ., 2000, p. 463 ss. e E. CAPOBIANCO, *Contrattazione bancaria e tutela dei consumatori*, Napoli, 2000, p. 151. Spunti interessanti pure nelle diffuse trattazioni di P. GAGGERO, *La modificazione unilaterale dei contratti bancari*, Padova, 1999, p. 171 ss. e M. GAMBINI, *Fondamento e limiti dello ius variandi*, Napoli, 2000, *passim*.



come attraverso una lettura sinottica tra breve si vedrà, di ben tre disposizioni. All'immutato (?) art. 33, 3 e 4 co., c. cons. si affiancano infatti le due distinte (ma connesse) previsioni dell'art. 118 (profondamente riformato) e dell'art. 126 *sexies*, introdotto da ultimo a regolare la modifica unilaterale del contratto quadro per i servizi di pagamento. Le innovazioni, almeno *prima facie*, non hanno intaccato la rilevanza condizionante del giustificato motivo (quale limite interno della clausola di modifica) né l'insopprimibile valore informativo rivestito, nell'ottica di un procedimentalizzarsi della variazione sfavorevole, da un preavviso (scritto o elettronico): i due aspetti su cui, per ovviare ad immotivate disparità di trattamento (fra consumatori e professionisti) e foggiate in pari tempo una statuto standard dei contratti bancari, più aveva inciso il d. lgs. n.223 del 2006. Donde, vale chiarirlo subito, la residualità di ogni discorso che, sulla scorta del rinnovato contesto normativo, volesse artificiosamente riproporre la *vexata quaestio* sulla pretesa (in)ammissibilità di un potere generale, con titolo nella legge o in una clausola pattizia, di modifica unilaterale del contratto. Salvo infatti non ricorra una contraria previsione settoriale, non è più il tempo, ammesso che mai lo sia stato, di un dibattito sull'*an* o sul *quomodo* del *ius variandi*. Piuttosto l'attenzione deve concentrarsi, in seno alla stessa classe dei contratti di durata, sull'intrinseca flessibilità di uno *ius variandi* ad un tempo *puro* o con un oggetto legalmente predeterminato e sul fatto che la qualità professionale o non del cliente possa fungere da (secondo) criterio legale di *differentia specifica*.

Ecco perché, nel tentativo di inquadrare problematicamente l'argomento, conviene senz'altro procedere per punti, muovendo subito dalla definizione dell'ambito di applicazione, oggettivo e soggettivo, della disciplina: forse la vera questione pregiudiziale all'intendimento di un mosaico normativo davvero troppo carente, anche rispetto ad altri contesti, nel coordinare i diversi frammenti di riordino della disciplina.

1. L'ambito applicativo oggettivo.

L'art. 118, com'è noto, si applicava *tout court* ai contratti di durata: che fossero a tempo indeterminato (conto corrente, apertura di credito, servizio cassette di sicurezza) o mostrassero invece la veste del contratto ad esecuzione istantanea differita (per effetto della pattuizione di un termine di scadenza della relativa obbligazione: es. mutuo, *leasing*, apertura di credito a tempo determinato, deposito irregolare). Il che aveva sollevato da subito delle perplessità, non solo per la ragione che l'art. 33, 3 e 4 co.,

c. cons., sul *ius variandi* del professionista nei contratti *b2c* aventi ad oggetto la prestazione di servizi finanziari, da sempre è riferito ai soli contratti a tempo indeterminato. Con l'ammissione di un recesso *ex lege*, veniva fatto notare, si precarizza troppo il rapporto contrattuale, senza per di più davvero implementare la tutela del cliente mutuatario: non certo incentivato a recedere *ante tempus* se, respinta la proposta di modifica sfavorevole, il debito residuo dovrà essere restituito tempestivamente ed in una sola *tranche*, per di più con l'aggiunta degli interessi maturati fino a quel momento. Tutte critiche, è bene rilevarlo, che la novella fa mostra di aver metabolizzato, se è vero che il nuovo testo dell'art. 118 distingue adesso tra contratti a tempo indeterminato (ove il *ius variandi* può riguardare i tassi, i prezzi nonché le restanti condizioni contrattuali) e gli altri contratti di durata, nei quali la facoltà di modifica unilaterale è bandita per le clausole aventi ad oggetto proprio i tassi di interesse. Con il che, è evidente, non potrà più aversi un contratto di mutuo, a tasso variabile, nel quale l'istituto di credito provveda ad adeguamenti *in itinere*. Esempio: se il contratto contempla un tasso dell'1,20 per cento, aggiuntivo rispetto all'*Euribor* a sei mesi, quel che solo potrà variare -ma non è una modifica da riconnettersi al potere dispositivo della banca- sarà il valore dell'*Euribor*, giacché l'1,20 aggiuntivo dovrà invece rimanere stabile per tutta la durata del contratto². Immutato, anche in questa classe di contratti, rimane invece il potere dell'istituto bancario di variare le altre condizioni economiche e, parrebbe, l'insieme delle clausole in senso stretto del contratto³: tutto sempre controbilanciato, nello schema legislativo, da un diritto potestativo di recesso quale ancillare costo/rischio per la banca, che sia addivenuta alla decisione di avvalersi, rispetto a *singoli rapporti contrattuali* o nei riguardi dell'*intera clientela*, del suddetto potere di modifica.

Quindi sì una modifica legislativa che avvantaggia il cliente, ma non poi così eclatante. Da tempo, infatti, la dottrina si era espressa criticamente sulla coerenza interna di un regime normativo che, assimilando indistintamente rapporti contrattuali assai

² Neanche, ovviamente, sarà più possibile elevare lo *spread* a 1, 50% a metà contratto o introdurre un tasso soglia minimo del 3% in un mutuo in essere.

³ Il che potrebbe far sorgere qualche dubbio sulla congruenza del nuovo 118 al dato comunitario. Spogliando l'articolato della direttiva 2008/48 CE, in special modo gli artt. 11, § 1 e 2 e 12, § 2, parrebbe infatti esclusa la legittimità dell'inserzione, in seno ai contratti di credito ai consumatori, di clausole modificative (di condizioni economiche) diverse dai *tassi*. Quindi, sebbene la direttiva incomprensibilmente non differenzi tra contratti a tempo indeterminato e rapporti a termine finale, una trama disciplinare esattamente a rovescio di quella contenuta nell'art. 118, 1 co. T.U.B.

tiva: permane un *formalismo asimmetrico* e, ancor più singolarmente, il *requisito finzione* di un'accettazione tacita (per omesso recesso)¹³, difficilmente apparentabile al mancato rifiuto di cui all'art. 1333 c.c.: ancillare da sempre ai soli contratti con obbligazioni per il solo proponente (mentre qui le obbligazioni, per di più a contenuto peggiorativo, sono tutte a carico del cliente).

Obbiettare, quanto all'idea di una modifica ad efficacia sospesa, ch'essa non può essere per la semplice ragione che il recesso è solitamente costruito dalla legge nei termini di una condizione risolutiva, varrebbe per altro a ben poco: e non solo per il motivo che gli artt. 30, 6 co., T.U.F. (offerta fuori sede di strumenti finanziari o di gestione di portafogli individuali) e 67 *duodecies*, 4 co., c. cons. (commercializzazione a distanza di servizi finanziari ai consumatori) incorporano altrettante fattispecie di contratti i cui effetti, nonostante l'avvenuta sottoscrizione, sono comunque *sospesi* durante la decorrenza del termine previsto per l'esercizio del diritto di recesso (del cliente o del consumatore)¹⁴. Bisogna, invero, tener conto del fatto che pure lo schema formativo descritto nell'art. 126 *sexies* T.U.B. è nel segno di una *schwebende Unwirksamkeit*, qui viepiù peculiare se si considera il correlato additivo di un possibile conservarsi *del contratto* alle condizioni praticate prima della modifica (ove questa sia *medio tempore* rigettata).

Non c'è dubbio che si potrebbe discutere parecchio sulla razionalità interna di una tecnica legislativa che predispone, non solo lessicalmente, forme procedurali assai diverse per operazioni economiche tutto sommato commercializzate solitamente insieme al conto corrente: perché, lo si può constatare già di primo acchito, la sequenza proposta/accettazione tacita dell'art. 118, co. evolve, nell'art. 126 *sexies*, in un articolato tripartito nel quale la proposta e l'eventuale recesso (anch'esso esercitabile entro la data prevista per l'applicazione della modifica) sono frammezzate, in realtà, dal medio di un *rifiuto espresso*. Di qui poi il dubbio, se solo si riflette sulla possibile rilevanza irrimediabilmente ostativa riconoscibile a questo rifiuto, che il legislatore abbia inteso sostituire una *coppia* di rimedi manutentivi/estintivi al solo recesso dell'art. 118, co., in una prospettiva quindi che non è più soltanto di tutela ablativa, limitata cioè al diritto del

¹³ Visto che, non foss'altro per una notazione di comune esperienza, è *in re ipsa* che il mancato recesso del cliente può essere dovuto ad una pluralità di ragioni differenti

¹⁴ Il che spiega per quale ragione il richiamo (immutato) 'all'applicazione delle condizioni precedentemente praticate', da cui l'idea di nuove condizioni già efficaci pendente il termine per il recesso, da solo non basti ad avvalorare la lettura del diritto potestativo modificativo *ex se*.

cliente, in sede di liquidazione del rapporto, a vedersi unicamente riconoscere le *condizioni inizialmente pattuite*. Si potrebbe persino dubitare, in una prospettiva di *richtlinienkonforme Auslegung*, che così com'è formulato, il secondo comma dell'art. 126 *sexies* ottemperi ad un dato comunitario (v. artt. 44, 2 co., dir. 2007/64 CE), che si evade la questione ma è pur sempre *di armonizzazione massima*. Più che soffermarsi però, visto il diverso meccanismo dell'art. 118, sull'intrinseca congruità sistematica di un doppio livello di protezione normativamente *asimmetrico*, si deve tornare ad evidenziare quanto il dato normativo rifugga nuovamente dal costruire il *ius variandi* nei termini di un diritto potestativo: lo si percepisce, in un modo persino ancor più netto, dalla circostanza che qui il *silenzio* del cliente, per effetto di una tipizzazione legale, ha davvero il valore di un atto di consenso tacito.

Risultato: non un *ius variandi* in versione debole, piuttosto un contratto modificativo in senso stretto pur se con un accordo cd. a struttura leggera. Difficile, questo sì giova ripeterlo, da motivare plausibilmente: se è vero che trattasi, per il cliente, non di effetti vantaggiosi ma di *modifiche sfavorevoli*.

5. Il difficile coordinamento tra l'art. 126 *sexies* e la disciplina consumerista.

Nella chiusa dell'art. 126 *sexies* si dispone che "restano ferme, in quanto compatibili, le disposizioni di cui all'art. 33, commi 3 e 4". Formula tutt'altro che impeccabile, se si considera che l'unico significato davvero plausibile dell'inciso riportato sfocia in una riscrittura, per via interpretativa, di quanto si legge nel secondo comma del 126 *sexies*. Per ragioni che sono di tutta evidenza.

Intanto, nel corpo dell'art. 126 *sexies* mai figura il riferimento al giustificato motivo e, salvo ammettere che la *PSD* abbia tacitamente modificato la direttiva 93/13, c'è da credere che, allorché si fa questione di contratti *b2c*, non possa prescindere dal limite interno, direttamente applicabile, di un motivo legittimo quale contrappunto di una modifica sfavorevole. Poi l'ovvia constatazione che la comunicazione scritta, se si vuol mantenere un minimo di coerenza sistematica, non può costituire, nei contratti *b2c*, una facoltà. Trattasi, invero, di un obbligo che l'art. 33, 3 co., lett. b) declina in modo inderogabile: e le norme di conio comunitario contenute nel codice del consumo prevalgono, per la specialità riconnessa alla qualità del cliente consumatore, sulle disposizioni della *PSD*. Donde, coordinando i due distinguo, il necessario convertirsi del "può, figurante nell'*incipit* dell'art. 126 *sexies* secondo comma, in "deve": ma, si prenda nota, sol-

rinnovare surrettiziamente una disciplina binaria, oppure anche per i contratti *b2b*, sebbene non constino altre fattispecie ove l'elemento della trattativa faccia registrare un qualche valore esimente? In quest'ottica, infatti, neppure potrebbe farsi rinvio a quanto prescrivono, rispettivamente, gli artt. 6 e 3, 5 co. della legge sul rapporto di subfornitura (192/1998), se è vero che il primo vieta *tout court* il ricorso al *ius variandi* e la seconda contempla una facoltà *ex lege* del subfornitore a vedersi riconoscere *in executivis* un adeguamento del prezzo (se, su richiesta del committente, sono state apportate, delle significative modifiche o varianti, con un ancillare incremento dei costi).

Anche qui *quid iuris*, perciò? All'interprete che non vaglia affannarsi in approcci ricostruttivi, magari sofisticati ma con più di una controdeduzione sistematica, rimane infatti una sola possibile lettura: intendere l'*approvarsi specificamente* alla stregua di una *necessaria accettazione separata per iscritto*, negli stessi termini quindi di cui all'art. 1284, 3 co., c.c. Per altro, l'inefficacia delle modifiche, a causa del loro essere in tutto o in parte amorfie, è circoscritta dalla legge (art. 118, 3 co.) a quelle sfavorevoli al cliente. Quindi, nel segno per altro della disciplina previgente, un'inefficacia *unidirezionale*.

Quanto infine alla questione se la menzione del giustificato motivo legittimante la modifica sfavorevole debba o meno figurare nella comunicazione scritta, è da credere ch'essa si renda necessaria. E' vero che il dato normativo continua ad essere lapidario e già l'art. 33, 3 co. c. cons. risulta diversamente orientato rispetto a quanto poco prima si legge nel secondo comma lett. m): ma, sia per ovvie ragioni di tutela dei consumatori che allo scopo di meglio contestualizzare *temporalmente* le ragioni della correzione, pare che un riscontro documentale più agevoli il formarsi di un responsabile atto di consenso del cliente¹².

4. Comunicazione e recesso in seno ad un meccanismo di modifica convenzionale.

Il disposto dell'art. 118, co., nella versione anteriore alla novella, contemplava un preavviso minimo di trenta giorni, seguito da un recesso entro sessanta, senza però l'indicazione del *dies a quo* dal quale iniziava a decorrere il termine per recedere. Questione, è notorio, che la dottrina prevalente risolveva, per altro, nel senso di far decorrere il termine per il recesso dal giorno di ricevimento del

¹² Semmai, anche a tal riguardo, si rinnova la questione -v. *supra* § 2- sulla ragionevolezza intrinseca di una disciplina che accomunante consumatori ed imprese.

preavviso (trattandosi pur sempre di una comunicazione recettizia ex art. 1335 c.c.), con un'efficacia però della modifica dalla scadenza del termine di preavviso. Con due argomenti, più che plausibili, ad asseverare quest'interpretazione: l'essere lo *ius variandi*, in quanto diritto potestativo, una situazione giuridica soggettiva modificativa *ex se* (dell'altrui sfera giuridica), a prescindere cioè dall'accettazione, espressa o tacita, del cliente; l'abituale caratterizzarsi del recesso alla stregua di un rifiuto eliminativo, costitutivamente *ex tunc*. Donde l'eliminarsi degli effetti interinalmente prodottisi durante la pendenza del termine (dal 30 al 60 giorno). E' vero, naturalmente, che la *littera legis*, discorrendo dapprima di una *proposta* e poi di una modifica sfavorevole *approvata*, poteva indurre ad accostare il mancato recesso ad una accettazione tacita, con una correlata efficacia sospesa della medesima fino alla decorrenza del sessantesimo giorno. Ma, come si faceva rilevare, questa lettura sortiva l'effetto di convertire il *ius variandi* in un contratto modificativo: in antitesi con la rubrica della disposizione e la circostanza non marginale, verrebbe da aggiungere, che i negozi modificativi di contratti formali non si perfezionano *ex uno latere per facta concludentia*. Se la proposta è scritta, pure l'accettazione dev'esserlo: e la sola fattispecie spuria che, a quanto consta, deroga a questo principio, la si rinviene nell'art. 91, 2 co. e 3 co, c. cons., riguardo alla modifica (significativa) dei contratti turistici. Che, infatti, non sono contratti formali in senso stretto, avendo qui lo scritto una mera funzione di forma informativa (art. 85, 2 co., c. cons.).

Quindi un *ius variandi* con effetti risolutivamente condizionati ad un recesso *ad libitum* (e non per fronteggiare un esercizio abusivo della potestà di modifica).

Epperò, il nuovo testo dell'art. 118 sembra aver rivoluzionato i termini della questione, se è vero che il recesso risulta adesso esercitabile fino alla data prevista per l'*applicazione della modifica*. Da intendersi, quindi, ad efficacia sospesa, *quale che sia il suo oggetto*, secondo il modello della *schwebende Unwirksamkeit* di cui al § 355 del *BGB* (prima della *Schuldrechtmodernisierung*). Quindi, non una novellazione, come invece capita di trovare scritto, che è andata ad incidere sull'originario termine (minimo) di preavviso, elevato a due mesi. Piuttosto una riscrittura dell'istituto giacché, se il decorso del termine utile per il recesso, senza che questo avvenga, funziona da atto di consenso/presupposto di efficacia, il risultato che s'ottiene è un *ius variandi* tale, nel settore dei rapporti bancari, solo nominalmente, visto ch'esso ha piuttosto le fattezze del contratto modificativo formale (pur se solo *ex uno latere*). Sotto questo aspetto la novella infatti, non è innova-

diversi, trascurava di considerare due distinguo di assoluto rilievo: la piena libertà del mutuante di ponderare, già all'atto della stipula, le eventuali variazioni di mercato (dove la legittima previsione affidante del mutuatario ad una esecuzione del contratto nel rispetto delle condizioni *ab initio* pattuite); l'indubbia difficoltà, nei contratti a scadenza predefinita, di concepire forme di giustificato motivo che potessero nello stesso tempo esulare sia da eventi di comprovabile effetto sul rapporto contrattuale (quindi *oggettivi*) sia dal ridotto merito creditizio del cliente. In alcun modo, come si sa, potrebbero concepirsi forme di *giustificato motivo soggettivo* legate a vicende di politica commerciale o di ristrutturazione aziendale interne al singolo istituto di credito. E, allo stesso modo, parrebbe doversi escludere che un giustificato motivo sia atto a corredare la proposta modifica delle condizioni economiche inserites nel contratto per effetto del meccanismo di sostituzione automatica di cui all'art. 117, 5 e 6 co. T.U.B.

Risultato: nel mutuo, in virtù del mutato contesto normativo, l'ambito perimetrale dello *ius variandi economico* potrà riguardare, a titolo esemplificativo, a) le spese di invio dell'avviso di scadenza delle rate e quelle per il conteggio del debito residuo; b) le spese di accollo del mutuo o per la rinnovazione dell'ipoteca, c) quelle relative alla certificazione degli interessi o per il sollecito di adempimento, d) le spese per la duplicazione della quietanza. In alcun modo si potrà invece variare, in senso sfavorevole al cliente, il tasso di interesse contrattualmente previsto al momento della stipula. Il problema di uno svuotarsi della causa mutualistica, in quanto l'eventuale recesso altera una corrispettività originaria fondata sul differimento temporale dell'obbligazione restitutoria, parrebbe così uscirne ridimensionato. Con sullo sfondo, però, un problema interpretativo di non poco conto.

La facoltà di modifica, stando al nuovo dettato normativo, può infatti venire convenuta per le condizioni "*previste dal contratto*": e, secondo quanto è dato leggere nella relazione di accompagnamento al decreto, l'inciso vuol significare che l'istituto di credito può modificare le clausole preesistenti, mentre è precluso che possa introdurre delle *nuove*. Il tutto, va da sé, in un'ottica di incentivo alla protezione del cliente.

Quindi *ius variandi* sia economico che normativo, in virtù dell'ovvia constatazione che gran parte delle clausole regolamentari partecipa alla definizione accessoria del margine di profitto dell'impresa bancaria: ma non introduzione di clausole *ex novo*, secondo d'altronde quanto già chiarito, per il tramite di una nota esplicativa del 2007, dal Ministero dello

Sviluppo Economico⁴. Se non fosse che il distinguo tra le due fattispecie è estremamente sottile e labile. *Quid iuris* ad es. se, per effetto della sopravvenuta gratuità legale di un servizio, onde ripristinare proporzionalmente l'equilibrio sinallagmatico originario, viene proposta l'inserzione nel contratto di una clausola contemplante una nuova forma di commissione oppure delle voci di addebito a nuovo (e diverso) titolo? La vicenda innescata dall'art. 2 *bis* d. l. 185/2009, sull'obbligo di adeguamento dei contratti di affidamento alle nuove disposizioni in materia di commissione di massimo scoperto, è in tal senso emblematica. Non è forse vero, infatti, che il *factum principis*, incidente sul prezzo del servizio finanziario offerto, è l'esempio tipico del giustificato motivo corroborante una proposta di modifica unilaterale del contratto? In senso contrario potendosi ovviamente sempre opporre che l'inserzione, in un contratto pendente, di nuovi costi sostitutivi dei pregressi (non più ammessi), finisce per offuscare la *ratio* protettiva del provvedimento abolitivo. C'è però, dopo di ciò, quanto basta per avvedersi come il decidere se trattasi di modifica o di clausola introdotta *ex novo* non sia una questione semplice da dirimere, tutto dipendendo dal modo in cui l'interprete è pronto ad intendere la *ratio* adeguatrice del cd. *ius variandi*: se, in un'ottica di *best customer protection*, nel senso di vincolarla allo stretto novero delle clausole figuranti nel contenuto formale del contratto ovvero come finalizzata ad assicurare una immutabilità (*in peius*) del *quantum* di profitto (*seu* di remuneratività) originariamente convenutosi.

2. L'ambito applicativo soggettivo.

E' forse l'aspetto più farraginoso. Tutto nasce dal fatto che il secondo comma dell'art. 125 *bis*, rubricato "Contratti e comunicazioni", sancisce l'applicabilità, ai contratti di credito ai consumatori, degli artt. 117, 2, 3 e 6 co., 118, 119, 4 co. e 120, 2 co., T. U. B.. Parrebbe doversene ricavare, perciò, che il *ius variandi* nei contratti di credito *b2c* è disciplinato *per estenso* dal solo art. 118; donde, di primo acchito, l'impressione di un'implementata consumerizzazione dei contratti bancari, nella prospettiva di un contratto asimmetrico, ove più correttivi controbilanciano il potere modificativo della banca, quale unico paradigma ordinante della contrattazione diseguale, se è vero che la *littera legis* non mostra di voler distinguere, riguardo al giustificato motivo ed alla comunicazione personale, tra consumatore, professionista e microimpresa. Un'impressione, del resto, certificata dallo spoglio dei lavori preparatori al

⁴ V. Circolare del 21.2.2007, n. 0005574.

decreto, visto che l'attuale versione dell'art. 118 non si discosta in nulla da quella invece discussa e apertamente criticata presso la commissione Finanze e Tesoro del Senato: da cui, non a caso, era venuta la proposta *in primis* di limitare il requisito del giustificato motivo ai soli contratti con un cliente consumatore⁵ e poi di prevedere, quando parti del regolamento contrattuale non fossero stati un consumatore o una microimpresa, la facoltà di una derogabilità pattizia, totale o parziale, delle condizioni (formali) di efficacia della clausola attributiva del *ius variandi*. Il che, con tutta evidenza, avrebbe implicato, ove i due distinguo fossero stati recepiti, in un caso il (discusso) restaurarsi della disciplina binaria, vigente prima del decreto 223/2006, nell'altro l'adozione di uno schema regolativo modellato su quello (tripartito) dei servizi di pagamento. Il che, specie riguardo alla prima nota distintiva, poteva davvero avere un senso, in seno beninteso ad un canovaccio normativo ornato dell'inderogabile valore informativo del preavviso scritto: autentica precondizione capace di permettere al professionista, non trattandosi di un soggetto afflitto da una costitutiva incapacità di vagliare responsabilmente il significato di un maggior costo, di ponderare la convenienza economica di un eventuale recesso.

Così, però, non è stato. E non è la sola perplessità visto che, nel rinnovato quadro normativo, è difficile comprendere quale rapporto l'interprete debba instaurare tra la lettera dell'art. 118 ed il testo in cui si scompongono il terzo e quarto comma dell'art. 33 c.cons. Questione che il legislatore, sebbene si venga a profilare un concorso di norme a contenuto non uniforme né sovrapponibile, ha incomprensibilmente eluso.

Vero infatti che il 3 co. dell'art. 33, sulla modifica unilaterale delle condizioni regolamentari, è pressoché iterativo dell'art. 118, come unici (veri) distinguo avendosi una congruità non quantificata *ex lege* del preavviso ed una forma della proposta modifica non vincolata alla maniera dei *verba solennia*⁶: ma è vero pure che il 4 comma, riguardo la modifica delle clausole cd. economiche, formalizza uno statuto disciplinare molto diverso da quello figurante nel nuovo art. 118. Manca infatti a) il preavviso (sostituito dalla comunicazione immediata della modifica in atto) e b) il recesso del consuma-

5 Sull'inderogabilità, in questo caso, v. Cass. 21.5.2008, n. 13051, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2009, p. 676 ss nonché in *Foro it.*, 2008, I, 1, c. 2472 ss.

6 Alla stregua cioè di locuzioni costitutivamente necessarie ai fini della stipula ("Proposta di modifica unilaterale del contratto"). Donde, ove queste manchino, l'inefficacia delle variazioni contrattuali 'se sfavorevoli al cliente'. Sul tema, per tutti, v. le classiche pagine di G. CIAN, *Forma solenne e interpretazione del negozio*, Padova, 1969, p. 10.

tore ha la foggia non del consenso tacito sospensivo (v. *infra* § 4) ma del rifiuto eliminativo, cancellante retroattivamente gli effetti di una modifica sfavorevole: la quale perciò, seppur in maniera del tutto precaria, è immediatamente efficace⁷. Se poi dovesse accedersi all'interpretazione che reputa il limite del carattere indeterminato non riprodotto nel 4 co., si avrebbe che, nei contratti *b2c* a termine finale, può convenirsi *persino* la facoltà di modifica unilaterale delle clausole economiche aventi ad oggetto i tassi di interesse. Quindi un pasticcio interpretativo di non poco momento.

Di qui, allora, l'esigenza di un coordinamento che, scartata l'idea di un'abrogazione tacita per incompatibilità (ex art. 15 disp. prel. c.c.), può condursi *prima facie* in due modi: o pensando ad uno *ius variandi* che, nell'art. 33, 3 e 4 co., c. cons. trova titolo in una *norma di legge dispositiva* oppure immaginando che l'art. 118 regoli i soli rapporti di consumo ad esecuzione istantanea differita, stante la circostanza che, rispetto ad essi, la presunzione di vessatorietà ex art. 33, 2 co. lett. m), vige -parrebbe- senza deroga alcuna.

La prima interpretazione di un *ius variandi ex lege*, che la lettera dell'art. 33, 3 co., non parrebbe denegare, genera degli effetti innegabilmente irragionevoli. Se infatti l'art. 33 scatta allorché, pur se sempre e solo in un contratto *b2c* a tempo indeterminato, il cd. *ius variandi* (economico e normativo) non è stato derogativamente pattuito, si ottiene come risultato che il codice del consumo contempla comunque, giusta la lettera del 4 co. (v. *supra* a e b), una disciplina assai meno protettiva dell'art. 118 T.U.B.: con l'annesso corollario di uno statuto normativo differenziato, tra contratti *b2c* e *b2b*, che per di più si riverbera a tutto vantaggio del cliente professionista. Il che, in termini di razionalità ermeneutica, non pare un esito propriamente persuasivo. La seconda interpretazione, col circoscrivere il perimetro di operatività dell'art. 118 ai contratti con termine finale, limita ma non azzera queste aporie: considerato, in aggiunta, che la distinzione tra modifica e clausole *ex novo*, nell'art. 33, 3 co., lett. b), non c'è. Ecco per quale ragione la lettura che si lascia preferire è di pensare, in una prospettiva di regime speciale, ad un art. 33 che si limita a stralciare i contratti a tempo indeterminato da una presunzione legale, altrimenti esistente, di vessatorietà, col richiamo al disposto dell'art. 1469 *bis* c.c., inteso come norma che assicura *sempre* la prevalenza della

7 Per la verità, già la direttiva 2008/48 CE poneva un problema di adattamento visto che, ai sensi dell'art. 11, § 1, 'il consumatore è informato della modifica del tasso debitore' -quindi fattispecie tipica di *ius variandi* economico- 'con comunicazione su supporto cartaceo o altro supporto durevole, prima dell'entrata in vigore della modifica' (c.vo aggiunto)

disciplina più favorevole al consumatore, a fare il resto: nel senso di un art. 118, se è indifferente la natura generale o speciale della fonte che prescrive il maggior *favor* per il consumatore, a regolare *per extenso* il cd. *ius variandi* nei contratti bancari unilateralmente commerciali (eccettuate le ipotesi di cui all'art. 23, 4 co., T.U.F.)⁸. Il che poi implica che, nei rapporti al portatore, la comunicazione della modifica non dovrà più essere personalizzata (art. 118, 2 co.). Per altro, quest'ultima innovazione, contrariamente a quanto era stato fatto adombrare in sede di commento della direttiva⁹, non si traduce in una dimidiata tutela del consumatore. L'eccezione alla regola -inderogabile- di una comunicazione personale preventiva pare infatti originare dalla circostanza che l'art. 11, § 2 della direttiva 2008/48 CE riconosce alla banca la facoltà di includere nel contratto clausole affidanti ad una comunicazione periodica successiva, da effettuarsi da sé mediante estratti conto, la notizia dell'avvenuta modifica del tasso debitore ove questa risulti essere l'effetto di una correlata modifica del tasso di riferimento (purché però "il nuovo tasso ... sia reso pubblico con mezzi appropriati e l'informazione disponibile presso i locali del debitore"). Da un lato infatti, visto com'è formulata la previsione comunitaria, pare chiaro che il terz'ultimo periodo dell'art. 118, 2 co., sia da intendere restrittivamente, con esclusione quindi di una comunicazione impersonale per le modifiche relative alle *altre* condizioni economiche del contratto (spese e commissioni in special modo); dall'altro bisogna tener conto del fatto che, con l'espressione "modifica di un tasso di riferimento", pur non volendo alludere alle oscillazioni di mercato del tasso debitorio variabile¹⁰, l'art. 11, § 2 ha inteso soltanto dire che il *ius variandi* soggetto a comunicazione periodica standard è *quello* praticato nella forma di un aggiornamento occasionato dalla modifica, in percentuale, occorsa all'indice *pubblico* preso a parametro di riferimento. Ben poca cosa quindi: e, vista l'operatività trasversale dell'art. 118,

8 Cioè i servizi e attività di investimento, collocamento di prodotti finanziari nonché le operazioni ed i servizi che siano componenti di prodotti finanziari assoggettati alla disciplina dell'art. 25-bis ovvero della parte IV, titolo II, Capo I del TUF: tutte fattispecie per le quali l'art. 23, 4 esclude espressamente che le disposizioni del T.U.B. trovino applicazione. Donde, è da credere, l'applicarsi *in parte qua* dell'art. 33, 3 e 4 co. c. cons.: che mostra, così, di avere un raggio di operatività proprio (?). V. art. 122, 1 co., lett. g) T.U.B.

9 Giacché parrebbe restaurare il sistema di pubblicità vigente prima della riforma del 2006 (d. l. 223).

10 Anche se in questo senso il 32 *considerando* della direttiva parrebbe voler orientare l'interprete.

senza discriminazioni di rilievo tra professionisti e consumatori¹¹.

3. La redazione della clausola di *ius variandi*.

Pure qui il legislatore ha innovato senza, però, coordinare nitidamente i dati normativi.

Stando infatti a quanto prescriveva l'art. 117, 5 co., la clausola contemplante il *ius variandi* doveva essere espressamente riportata nel contenuto del contratto e specificamente approvata per iscritto. Donde, come veniva dai più rilevato, un implicito richiamo all'art. 1341, 2 co., c.c.: ma in termini, va chiarito, di rimedio protettivo e non di fattispecie, perché il requisito (di efficacia) della doppia sottoscrizione veniva unanimemente riferito sia al caso della clausola annoverata nelle condizioni generali di contratto della banca sia all'ipotesi del contratto predisposto per una singola operazione economica. Ne scaturiva così un problema di coordinamento con l'art. 118, 1 co., per via del richiamo espresso che questo faceva all'art. 1341, 2 co.: per lo più risolto, allo scopo di evitare un'interpretazione abrogativa, ipotizzando un doppio regime del *ius variandi*, retto dall'art. 117, 5 co., allorché avesse avuto per oggetto il tasso d'interesse, ogni altro prezzo o condizione (economica) e disciplinato invece, nelle sue altre forme manifestative, dall'art. 118, 1 co. Il che, ovviamente, poneva però l'innegabile questione di un *deficit* di tutela del cliente, che fosse risultato parte di un contratto singolo, contemplante una clausola di *ius variandi* regolamentare: visto che l'art. 118, 1 co., era indiscutibilmente circoscritto all'ipotesi del contratto standard.

Orbene, nel nuovo quadro normativo è scomparso il quinto comma dell'art. 117 e la formulazione dell'art. 118, 1 co., è adesso seccamente nel senso di una clausola "approvata specificamente". Quindi un richiamo implicito all'art. 1341, 2 co., c.c. ? E' quel che, istintivamente, verrebbe da suggerire: se non fosse che, nei contratti *b2c*, è acclarata l'inattitudine della specifica sottoscrizione ad emendare la vessatorietà di una clausola. Si potrebbe perciò pensare ad un rinvio, parimenti non testuale, alla lettera dell'art. 34, 4 co., c. cons. immaginando così che soltanto una specifica trattativa individuale annulli l'abusività della clausola pattizia di *ius variandi*. Ma, questo poi diviene l'aspetto determinante, nella sola classe dei rapporti di consumo, col risultato di

11 Ipotizzabile in virtù del fatto che l'art. 11, § 2 dir. 2008/48 CE letteralmente è riferito ai soli contratti di credito ai consumatori. Il che, ove l'art. 118 non fosse stato modificato nei termini richiamati, avrebbe comportato il paradosso di una comunicazione (individuale) della modifica (del tasso di riferimento) per i soli professionisti.