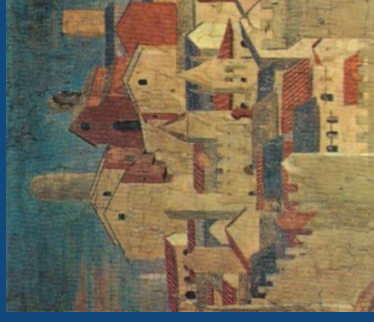


PERSONA E MERCATO



Rivista periodica on-line
www.personaemercato.it

Saggi

- La nullità, le nullità e ... Itaca. Prolegomeni allo studio della nullità, di Giancarlo Filanti p. 3
- L'integrazione del contratto tra Corte di Giustizia e nuova disciplina sui ritardi di pagamento: il segmentarsi dei rimedi, di Stefano Pagliantini p. 11

Materiali e commenti

- La doppia dimensione del danno non patrimoniale, di Alberto Viana* p. 22
- La Cassazione e il danno da "nascita malformata": un particolare approccio alla *wrongful life action*, di Alessandro Errante Parrino* p. 47

Attualità

- L'uniformazione del diritto contrattuale europeo, di Ilaria Amelia Caggiano* p. 68

Persona e Mercato è una rivista fondata da Giuseppe Vettori.

Direzione: Giuseppe Vettori

Comitato di direzione: Emanuela Navarretta; Stefano Pagliantini; Giovanni Passagnoli; Pietro Sirena.

Comitato dei revisori: Fabio Addis; Carmelita Camardi; Giuseppina Capaldo; Massimo Confortini; Giovanni D'Amico; Giancarlo Filanti; Carlo Granelli; Massimo Franzoni; Francesco Macario; Marisa Maugeri; Fabio Padovini; Maddalena Rabitti; Antonio Rizzi; Claudio Scognamiglio; Paolo Zatti; Massimo Zuccheo.

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.

ISSN 2239-8570

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: Francesco Donato Buscilli; Ilaria Amelia Caggiano; Alessandro Errante Parrino; Giancarlo Filanti; Stefano Pagliantini; Alberto Viana.

* Sedgio sottoposto a valutazione da parte di un membro del Comitato dei Revisori.

LA NULLITA', LE NULLITA' E ... ITACA. PROLEGOMENI ALLO STUDIO DELLA NULLITA' DEL PROVVEDIMENTO AMMINISTRATIVO*.

Di Giancarlo Filanti

| 3

SOMMARIO: 1. Prologo.- 2. La nullità nel linguaggio comune e nell'esperienza giuridica. - 3. Inesistenza e nullità del negozio. - 4. Nullità e annullabilità del negozio e del provvedimento. - 5. La carenza di potere: elementi essenziali e presupposti. - 6. Violazione di norme imperative. - 7. Il termine decadenziale. - 8. Epilogo

1. Prologo.

La nullità ha rappresentato nel diritto amministrativo una sorta di tabù, anche lessicale, a salvaguardia dell'unicità della patologia del provvedimento amministrativo, individuata nella illegittimità-annullabilità¹.

Gli effetti precari si consolidano se il privato non impugna il provvedimento entro sessanta giorni. Tutela debole, si è detto: sicuramente non piena ed effettiva (art. 1 CPA).

A tale squilibrio della posizione del privato nei confronti della p.a., da tempo lamentato², il legisla-

tore ha inteso porre rimedio affiancando all'annullabilità la nullità (art. 21 septies L. 241/1990, introdotto dalla legge 11 febbraio 2005, n. 15)³.

Tecnicamente è così colmato un vuoto nel trattamento dei vizi del provvedimento. Allo stesso tempo è aperta una strada verso la pienezza ed effettività della tutela giurisdizionale, che spetta all'interprete esplorare, percorrere.

L'unicità della qualificazione legale dei vizi in termini di illegittimità-annullabilità induceva a negare rilevanza giuridica soltanto al provvedimento affetto da vizi macroscopici, del quale il legislatore non si occupava in quanto giuridicamente inesistente⁴.

* Lo scritto riproduce, con modifiche marginali e con l'aggiunta di note essenziali, un mio discorso agli allievi della Scuola dottorale, tenuto il 24 maggio 2012 nell'Aula Magna del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Cagliari.

¹ B. SASSANI, *Arbor actionum - L'articolazione della tutela nel codice del processo amministrativo*, in *Riv. dir. process.*, 2011, p. 1380, sottolinea la novità del rimedio, evocato dalla dottrina e "cautamente abbozzato" dalla giurisprudenza. I casi sporadici in cui il legislatore aveva parlato di nullità (ad es. art. 288 del Testo Unico della legge comunale e provinciale del 1934) erano stati ricondotti dal Consiglio di Stato all'ortodossia, ossia alla annullabilità: R. CARANTA, *L'inesistenza dell'atto amministrativo*, Milano 1990, p. 117 ss.

² La dottrina amministrativistica aveva tentato di attenuare tale squilibrio "ampliando lo spettro delle ipotesi riconducibili all'inesistenza" (R. CARANTA, *L'inesistenza dell'atto amministrativo*, cit., p. 186 ss.) o accogliendo una nozione di nullità dell'atto amministrativo autonoma da quella civilistica (D. PONTE, *La nullità del provvedimento amministrativo*, Milano, 2007, p. 13 ss.; R. CHIEPPA, *Il regime dell'invalidità del provvedimento amministrativo*, in *Manuale breve di diritto amministrativo*, Milano, 2009, §3).

³ Dando così concretezza al principio di effettività della tutela attuata attraverso la giurisdizione amministrativa: art. 1 CPA.

⁴ Sull'inesistenza del provvedimento amministrativo, oltre alla monografia di CARANTA, v. BARTOLINI, *La nullità del provvedimento nel rapporto amministrativo*, Torino, 2002, p. 69 ss..



La nullità si collocherebbe in una zona intermedia: qualificazione negativa estrema oltre la quale si deve parlare di inesistenza⁵.

Oppure, configurazione ragionevole, la nullità assorbirebbe l'inesistenza, della quale accoglie espressamente l'ipotesi classica del difetto assoluto di attribuzione⁶.

L'inesistenza è figura dottrinale, mai nominata dal legislatore. Di qui l'esigenza di ricondurla all'ortodossia linguistica e concettuale, innanzitutto cambiandone il nome in nullità.

La quale è categoria logico-giuridica che sembra trascendere tempi e luoghi, evocando connotazioni tutte negative dell'atto, il cui archetipo è rappresentato dalla nullità contrattuale: inefficacia originaria, opponibilità ai terzi, insanabilità, azionabilità da parte di chiunque vi abbia interesse, imprescrittibilità, rilevanza d'ufficio. La categoria, anche sul piano del diritto positivo, ha il fascino della negatività assoluta⁷.

Il legislatore della Novella ne è stato sedotto.

Così il fulcro delle cause di nullità, come per le nullità contrattuali, è rappresentato dall'assenza degli elementi essenziali⁸.

Quanto alla disciplina la norma tace.

Silenzio interpretato dalla giurisprudenza e da larga parte della dottrina come implicito rinvio alla disciplina della nullità del contratto in generale (articoli 1418 ss., c.c.)⁹.

Senonché l'incantamento si è dissolto.

⁵ R. CARANTA, *L'inesistenza dell'atto amministrativo*, cit., passim, spec. 299 ss. E' la rappresentazione classica dell'inesistenza: F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1964, p. 242 ss.

⁶ S. VINTI-D. CAPORTORTO, *L'azione di nullità nel processo amministrativo*, Milano, 2008, p. 8 ss., dove si afferma che l'ampiezza delle previsioni regolanti la nullità non lascia spazio autonomo a difformità più gravi.

⁷ V. mia voce *Nullità I) Diritto civile*, in *Enc. Giur.*, XXIII, Roma, 1990, p. 1.

⁸ Che il legislatore omette di individuare. L'osservazione è comune: D. PONTE, *La nullità del provvedimento amministrativo*, cit., p. 20 ed ivi nota 50.

⁹ La questione di una configurazione della nullità del provvedimento amministrativo autonoma dalla nozione civilistica, si poneva ben prima della riforma: v. autori citati nella nota 2. In quel contesto l'operazione di importazione culturale dalla nozione civilistica sembrava la più appropriata allo scopo di sottrarre all'amministrazione sacche di privilegio. A. BAKOLINI, *La nullità del provvedimento nel rapporto amministrativo*, cit., p. 65. Dopo la riforma prevale, soprattutto in giurisprudenza, la tesi dell'assimilazione alla nozione civilistica e quindi del rinvio alla disciplina del codice civile. Esempiare, in tal senso, Cons. Stato, sez. V, 16 febbraio 2012, n. 792. Orientamento peraltro costante: Cons. Stato, sez. VI, 13 giugno 2007, n. 3173; Cons. Stato, sez. V, 15 marzo 2010, n. 1498; Cons. Stato, sez. V, 9 giugno 2008, n. 2872, nell'applicare in via analogica le disposizioni del codice civile, escluse che l'azione di nullità sia soggetta a termine decadenziale, successivamente introdotto dal CPA (*infra* §7).

Pochi anni dopo il Codice del processo amministrativo delinea alcuni profili di disciplina, fra i quali la decadenza dall'azione entro il termine breve di 180 giorni (art. 31, comma 4), suscitando la reazione sconcertata degli interpreti.

I quali si chiedono come possa conciliarsi simile previsione con la inefficacia radicale della quale l'imprescrittibilità dell'azione rappresenta un ineliminabile corollario¹⁰.

La tesi del rinvio alla nullità contrattuale resta comunque ferma per gli altri aspetti della disciplina -legittimazione all'azione, sanabilità, tutela dei terzi- e per una corretta definizione di quelli previsti (perpetuità dell'opposizione e rilevanza d'ufficio)¹¹.

Soluzione non peregrina, in quanto basata sulla regola interpretativa dell'analogia, richiamata dallo stesso Consiglio di Stato.

L'operazione, la cui praticabilità è tutta da verificare, poggia su quell'idea di nullità di cui si è detto, dai tratti ben definiti, consolidata in un dogma per lungo tempo indiscusso.

Questa sorta di "monolite" presenta in realtà fessure, forse crepe, che la disciplina privatistica delle nullità di matrice comunitaria - cosiddette nullità di protezione - ha allargato sensibilmente¹², ma già visibili nella disciplina complessiva delle nullità nazionali dettata dal codice civile¹³.

Stimolare una riflessione sul dogma e i suoi corollari.

A questo ambiscono i miei "Prolegomeni".

2. La nullità nel linguaggio comune e nell'esperienza giuridica.

Leibniz si chiede: perché ci occupiamo di qualcosa, mentre sarebbe più semplice occuparsi del niente?

¹⁰ B. SASSANI, "Arbor actionum", cit., p. 1383; V. LOPILATO, *Il processo amministrativo. Commentario al D.Lgs. 204/2010*, Milano, 2011, p. 321 s. Ritene inecce che la nullità o le sue regole siano nella piena disponibilità del legislatore. F. LUCIANI, *Processo amministrativo e disciplina delle azioni: nuove opportunità, vecchi problemi e qualche lacuna nella tutela dell'interesse legittimo*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 2, p. 512.

¹¹ La dottrina prudentemente invita a non applicare la disciplina di diritto comune senza una verifica in termini di compatibilità: così D. PONTE, *La nullità del provvedimento amministrativo*, cit., p. 174. Già da tal senso, prima della riforma. A. BERTOLINI, *La nullità del provvedimento nel rapporto amministrativo*, cit., p. 402 ss. Parla di imprescrittibilità dell'eccezione di nullità, T.A.R. Napoli Campania, Sez. III, 9 settembre 2011, n. 4355. Diffusamente sulla rilevanza d'ufficio, Cons. giust. amm. sic., 27 luglio 2012, n. 721.

¹² Mia voce *Nullità III) Nullità speciali*, in *Enc. Giur.*, XXIII, Roma, 2004, p. 2.

¹³ Mio lavoro *Inesistenza e nullità il negozio giuridico*, Napoli, 1983, passim, spec. p. 43 ss.



secondo cui la principale conseguenza dell'armonizzazione, intesa come il prodotto di una maggioranza stabile, che tende ad esternalizzare alla collettività i costi di scelte conformi alle proprie preferenze, sia rappresentata dallo sviluppo di una identità politica e culturale. In questo quadro, l'armonizzazione diventa un progetto portato avanti da coloro che si aspettano di vincere la sfida culturale nella formazione della identità europea⁶⁷.

Il medesimo argomento è stato condotto sotto il profilo della costruzione di una più consapevole "giustizia sociale" nel diritto privato europeo⁶⁸, sebbene anche sotto questo profilo lo stesso concetto di giustizia sociale risponda a distinti modelli nazionali⁶⁹.

Peraltro, si deve in ogni caso essere consapevoli che anche se lo volesse così intendere, un diritto contrattuale uniforme non rappresenta che un piccolo granello nella costruzione della identità europea⁷⁰.

4. Quali chances per un diritto comune della vendita.

Il dibattito appena illustrato, come si è visto, può estendersi a livelli più generali: dall'alternanza tra omogeneità o eterogeneità nel diritto; all'analisi della preferenza e la loro incidenza sul concetto di *ratio legis*.

Ma approfondire questi aspetti condurrebbe il discorso troppo lontano.

Le opinioni espresse, nella maggior parte dei casi, valutano negativamente la Proposita non riconoscendo in essa presente alcun incentivo che induca ad una scelta volontaria delle parti verso la CESL,

⁶⁷ Contra, POSNER, *The Questionable Basis of the Common European Sales Law* etc., pp. 10 – 13.

⁶⁸ LEVMORE, *Harmonization, Preferences, and the Calculus of Consent* etc., p. 17.

⁶⁹ Cf. STUDY GROUP ON SOCIAL JUSTICE IN EUROPEAN PRIVATE LAW, *Social Justice in European Contract Law: a Manifesto*, in *European Law Journal*, 2004, p. 653 ss., ove: proposals for the construction of a European contract law are not merely (or even primarily concerned) with a technical problem of reducing obstacles to cross-border trade in the Internal Market: rather, they aim towards the political goal of the construction of a union of shared fundamental values concerning the social and economic relations between citizens.

⁷⁰ Cf., MAK, *Unweaving the CESL: Legal-Economic Reason and Institutional Imagination in European Contract Law*, cit. p. 78.

⁷¹ Effettivamente, sotto questo aspetto, ancora POSNER, *The Questionable Basis of the Common European Sales Law* etc., cit. p. 11, ove si dubita che un'iniziativa molto meno significativa dell'unione monetaria possa far innalzare di molto il senso dell'identità europea. «If the CESL turns out to be a failure, then businesses will simply not use it, and European identity will be none the worse».

tale da poterne determinare una virtuosa diffusione nel mercato.

Una via possibile appare certamente quella di una armonizzazione, che pur nell'alveo dello strumento facoltativo, proponga un modello contrattuale comune, cioè un contratto standard già fornito alle imprese, reso applicabile sia agli scambi transfrontalieri sia a quelli domestici.

Questo significa valorizzare gli aspetti positivi già presenti nella Proposta: la stesura di "clausole contrattuali tipo europee", previste tra le misure di accompagnamento; la creazione di una banca dati accessibile al pubblico contenente le decisioni delle autorità giurisdizionali europee e nazionali; che interpellano le disposizioni dello strumento. Ma soprattutto, se si vuole che lo strumento predisposto – pure nei suoi contenuti oggetto di critica – possa cominciare a circolare, estenderne l'applicazione a tutte le contrattazioni: relativamente all'ambito soggettivo, cioè non limitandole ai c.d. "contratti asimmetrici", e a loro collocazione geografica (con il venir meno della distinzione tra contratti transfrontalieri e non).

Non andrebbe, invece, valutata con particolare rigore, la limitazione dell'ambito di applicazione al contratto di compravendita, per la sua storica funzione di modello archetipico di contratto⁷¹.

Solo in tal modo si potrà attivare un circolo virtuoso di diffusione di uno strumento che è, singolarmente, già disponibile in tutte le lingue dell'Unione e appare passibile, tramite l'operato della Corte di Giustizia, di una spinta decisiva verso la sua implementazione⁷².

I fisici, soprattutto gli studiosi delle particelle, sono in totale dissenso da Lebniz.

Essi sono affascinati dal nulla: ne sottolineano la complessità e la produttività. Basti pensare che gli atomi, ossia i componenti elementari della materia, sono vuoti al 99,999999 (non so quante volte) per 100. Ciò che resta è qualcosa.

Ma più in generale, scienziati di diverse discipline, dalla matematica, all'astrofisica, all'elettronica, non nutrono alcun dubbio in proposito: proprio da ciò che ci appare vuoto e privo di esistenza dipendono la realtà fisica e il nostro pensiero. Noi che non siamo filosofi né cultori di quelle scienze abbiamo del nulla un'idea angosciante (se non siamo sorretti dalla Fede): il nulla segue la fine della vita, è pura assenza di tutto ciò che conosciamo e percepiamo, il vuoto che resta se scompare l'esistente.

Un'idea relazionale. Questa stanza è vuota: non c'è nulla.

A considerazioni analoghe siamo indotti riguardando all'aggettivo "nullo".

Esso indica, coerentemente col significato etimologico, *non ullum*, l'assenza di quel qualcosa che il sostantivo esprime.

L'attenzione è nulla, i rischi, le speranze, le possibilità sono nulle. Non c'è attenzione, non ci sono rischi, non c'è speranza, non ci sono possibilità.

Anche qui la nullità esprime vuoto, assenza, non essere, ossia inesistenza.

Possiamo arrivare alle stesse conclusioni per le espressioni "negozio nullo", "provvedimento nullo".

Osservo innanzitutto come, a differenza delle espressioni "in questa stanza non c'è nulla" "le possibilità sono nulle", il linguaggio utilizzato non riflette la nostra esperienza della realtà empirica.

"Negozio nullo" è costruzione della nostra mente, appartiene al linguaggio astratto; della realtà empirica segnala non già la percezione ma una rappresentazione. E' una figura *tutis*¹⁴.

Quindi, per stabilire se essa equivalga a "non c'è negozio", "il negozio non esiste", occorre portare l'osservazione in una diversa dimensione: quella che chiamiamo realtà giuridica.

Che talvolta recepisce, ma più spesso modifica, manipola la realtà empirica.

Da questo peculiare punto di vista, ci dobbiamo porre anzitutto una domanda. Perché il legislatore non parla di possesso nullo, usucapione nulla, accessione nulla? Anzi non si occupa affatto di pos-

sesse imperfetto, usucapione imperfetta, accessione imperfetta?

La risposta è semplice. Previsioni normative fatte sarebbero inutili. Una volta che il legislatore ha delineato una fattispecie, o ricorre in concreto il fatto descritto e allora si producono gli effetti giuridici previsti, o il fatto non ricorre e gli effetti non si producono¹⁵.

Nella logica della fattispecie l'evenienza negativa, non vi è possesso, non vi è usucapione, non vi è accessione, ossia il "non fatto", non richiede previsione normativa, in quanto essa è mero corollario della evenienza positiva.

Evidentemente quando le imperfezioni riguardano il negozio, il provvedimento amministrativo, ma potremmo aggiungere la sentenza, la stessa legge, il legislatore non si affida alla logica della fattispecie, che non ammette risposte diverse dall'alternativa espressa nel binomio perfezione-imperfezione¹⁶.

Quegli atti sono essi stessi norme, in quanto hanno contenuto precettivo e funzione ordinante. Per questo loro valore meritano di essere conservati sebbene imperfetti¹⁷.

Il binomio perfezione-imperfezione e il corrispondente esito duale efficacia-inefficacia è a tal fine inadeguato.

Occorrono risposte diverse, graduate: nullità, annullabilità, forse inesistenza.

Certo l'abbandono della teoria della fattispecie e l'articolazione delle qualificazioni negative in nullità-annullabilità complica non poco il compito del legislatore e dell'interprete.

Tanto più ove si consideri che fra le cause di nullità del contratto ve ne è una, generale, la mancanza di requisiti cui corrisponde la mancanza degli elementi essenziali per il provvedimento, che sembra segnare un ineludibile ritorno alla imperfezione della fattispecie e in definitiva al non negozio, al non provvedimento¹⁸.

¹⁵ A. FEDELE, *La invalidità del negozio giuridico di diritto privato*, Torino, 1943, p. 33 ss., con riferimento alla fattispecie negoziale. Che la critica all'inesistenza ponga essenzialmente sulla teoria della fattispecie è già chiaro in D. RUBINO, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, Milano, 1939, p. 84 ss. Sulla riconducibilità del negozio giuridico allo schema della fattispecie, resta fondamentale la monografia di B. DE GIOVANNI, *Fatto e valutazione nella teoria del negozio giuridico*, Napoli 1958.

¹⁶ Si vedano sul punto le fondamentali pagine di R. SCOGNAMIGLIO, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, Napoli, 1969, pp. 331 ss., 351 ss.; v. anche, mio *Inesistenza e nullità del negozio giuridico*, cit., p. 14 ss.

¹⁷ La stretta connessione fra principio di conservazione e natura precettiva del negozio giuridico è già chiarita da A. THON, *Norma giuridica e diritto soggettivo*, Padova, 1939, p. 344 ss. V. anche mio *Inesistenza e nullità del negozio giuridico*, cit., p. 68ss.

¹⁸ V. mia voce *Nullità*, cit., p. 1 ss.



Si che non si presenta affatto agevole individuare i criteri in base ai quali ascrivere le singole imperfezioni alla nullità o all'annullabilità, forse all'inesistenza: o più esattamente, come dirò, ricondurle allo specifico profilo di disciplina considerato.

3. Inesistenza e nullità del negozio

Se nullità e annullabilità hanno un riscontroattuale, l'inesistenza non sembra tuttavia sfornita di giustificazione.

All'espressione "negozio nullo" si può attribuire il significato etimologico "nec ullum negotium" soltanto se con essa si vuole sottolineare un profilo che attiene all'efficacia: il negozio nullo, di per sé, non produce effetti giuridici.

Se "negozio nullo" sta invece ad indicare un elemento di (diversa) fattispecie o se ad esso è dedicata una specifica azione giudiziale, l'etimologia non soccorre.

Non si può dare della realtà (qui giuridica) una immagine puramente negativa. O, meglio, simile rappresentazione non ha valore conoscitivo.

Per individuare quell'elemento di fattispecie, per segnare il perimetro dell'azione di nullità, bisogna ribaltare in positivo la locuzione. Esigenza avvertita per le ipotesi di efficacia (eccezionale, si suole aggiungere) del negozio nullo (articoli 128, 590, 799, 2126, 2332 c.c.), e, sia pure con minore consapevolezza, anche per il giudizio di nullità, inconfutabile per i negozi palesemente difformi dalla fattispecie legale²⁰.

La dottrina dell'inesistenza offre una soluzione logica, lineare.

Negozio nullo sta per negozio esistente. Se il legislatore restringe l'ambito del giuridicamente irrillevante, attraendo "negozio nullo" nella disciplina da esso dettata, occorre segnare il limite dei difetti negoziali oltre il quale quella disciplina non opera. Tale limite è rappresentato dalla esistenza: il suo contrario, l'inesistenza, designa la giuridica irrilevanza.

Dico subito che questa dottrina, pur muovendo da una esigenza posta dal diritto positivo, non convince²¹.

¹⁹ Proprio in relazione a tali ipotesi si spiega il perdurante interesse della categoria della inesistenza: v. mio *Inesistenza e nullità del negozio giuridico*, cit. p. 24 ed autori ivi citati; in nota: R. SACCO, *Nullità ed annullabilità (Diritto civile)*, in *Noviss. dig. it.*, XI, Torino, 1965, p. 457 ss.

²⁰ In tal senso H. KEISEN, *La dottrina pura del diritto*, Torino 1952, p. 90 s. e *Teoria generale del diritto e dello Stato*, Milano, 1952, p. 162 ss., contra, B. DE GIOVANNI, *La nullità nella logica del diritto*, Napoli, 1963, p. 773.

²¹ La critica alla dottrina dell'inesistenza, che occupa la parte rimanente di questo paragrafo, è delimitata nel mio lavoro monografico più volte citato e, in sintesi, nella voce *Nullità* pure citata, ai quali si rinvia.

I requisiti di esistenza darebbero vita ad una figura univoca: sarebbero fissi, immutabili.

Poniamo a raffronto il matrimonio putativo e la c.d. sanatoria del testamento.

Negozi essenzialmente formali. Ebbene giurispudenza e dottrina considerano la forma del matrimonio, ossia la celebrazione, requisito di esistenza, senza la quale quindi non troverebbe applicazione la disciplina del matrimonio putativo; mentre la forma scritta non avrebbe lo stesso rilievo nella sanatoria del testamento, alla quale sarebbe riconducibile anche il testamento orale.

Ad una divaricazione analoga si può pervenire per l'illiciteità. Stavolta il raffronto si può operare fra sanatoria del testamento e trascrizione c.d. sanante (art. 2652 n. 6, c.c.).

Il testamento nullo per illiciteità è insanabile, perché non si può consentire che con la conferma si raggiunga un risultato vietato per il testatore. Illiceità che viceversa non precluderebbe l'operatività del meccanismo di tutela del terzo previsto dall'art. 2652, n. 6, c.c., sul quale non può ragionevolmente ripercuotersi il vizio che attiene al negozio principale.

Insomma non è riscontrabile una nozione univoca di negozio esistente, che peraltro nella sua assolutezza non sembrerebbe prestarsi a relativismi.

L'esame della giurisprudenza nelle ipotesi indicate, come pure nelle altre dianzi richiamate, dimostra che il significato dell'elemento di fattispecie indicato con la locuzione "negozio nullo", non è dato conoscere a priori, ma è da modellare sulla "ratio" di ciascuna delle diverse fattispecie.

Così la celebrazione non può mancare in quanto il matrimonio putativo produce, fino alla sentenza di nullità, gli effetti del matrimonio valido e, quindi, dà vita a situazioni soggettive, quali lo status di coniuge, la cittadinanza, lo status di figlio, che per la loro rilevanza sociale e pubblica non possono trovare fondamento in fattispecie cui lo Stato è rimasto estraneo.

La forma scritta non è invece necessaria perché operi la sanatoria del testamento, in quanto tale fattispecie è ispirata a ragioni squisitamente etiche: il rispetto dell'ultima volontà della persona, sulla quale il dato formale non incide.

Quanto al giudizio di nullità non è ragionevole ammetterlo quale che sia il vizio che inficia il negozio: allora si affaccia, anche se non sempre esplicitata, la categoria dell'inesistenza: il giudizio ha per oggetto il negozio nullo ma esistente.

Quindi, con particolare riguardo ai contratti con i consumatori, è lo stesso contenuto del provvedimento (ispirato alla tutela della "parte debole" del contratto) a rappresentare un ostacolo alla sua applicazione⁶⁰. Infatti, se è vero che nei contratti tra professionisti e consumatori (o PMI) sono i primi a proporre le condizioni generali, è dubbio che essi si indirizzino ad avanzare il richiamo ad una disciplina più favorevole alla controparte⁶¹.

Invero, a ciò potrebbe obiettarsi che una maggiore protezione del consumatore si riversa, comunque, in un aumento dei costi per questi, e, in definitiva, essa non viene sopportata dal professionista⁶². Ebbene in un contesto competitivo, ciò significa però che la scelta dell'impresa che opti per CESL potrebbe comportare un aumento del prezzo del bene offerto.

In questo senso, anche le grandi imprese, in un sistema opzionale, sono dissuase dall'"internalizzare" costi secchi e dal considerare prevalenti le aspirazioni all'uniformazione, in vista

di quanto avvenuto nell'esperienza americana dell'U.C.C., imprecisano di produrre benefici anche nel lungo periodo. Sul punto, similmente, BERNSTEIN, *An (Un)Common Frame of Reference: An American Perspective on the Jurisprudence of CESL*, cit., p. 10. Cf. *supra*, n. 48.

⁶⁰ O. BAR-GILL e O. BEN SHAHAR, *Regulatory Techniques in Consumer Protection*, cit., p. 1 ss., sostengono il carattere solo "superficialmente protettivo" delle norme CESL a favore del consumatore (distinte in *mandatory pro-consumer arrangements*; *mandated disclosure*; *regulation of entry and withdrawal*; *pro-consumer default rules and contract interpretation*) le quali non fanno che tradursi in un aumento del prezzo *ex ante*, nonché in una minaccia, anziché un sostegno, per la "giustizia sociale".

⁶¹ Invero, l'idea del *social dumping* (ovvero l'orientamento secondo cui uno strumento facoltativo di diritto contrattuale può essere scelto solo se prevede un abbassamento dei livelli di protezione del consumatore) è diffuso ampiamente anche nella letteratura europea. Si vedano, *ex multis*, R. SEFTON-GREEN, *Choice, Certainty, and Diversity: Why More is Less*, in *European Rev. Priv. Law*, 2011, p. 134 ss.; H. COLLINS, *The European Civil Code, The Way Forward*, Cambridge (CUP), 2008, p. 74 ss.; CONTRA, J. J. GANUZA e F. GOMEZ, *Optional Law for Firms and Consumers: An Economic Analysis of Opting into the Common European Sales Law*, disponibile al link http://www.law.uchicago.edu/files/Gomez%20paper_0.pdf

⁶² L'aumento del prezzo del bene o servizio derivante dal surplus di tutela imposto, e la conseguente perdita di scelta per il consumatore, possibilmente interessato (anche in ragione della tipologia di bene) ad un prezzo più basso, anziché a rimedi o diritti più incisivi, è meccanismo ben evidenziato dalla dottrina statunitense, in chiave critica. Cf. O. BEN SHAHAR, *The Myth of Opportunity to Choose in Contract Law*, in *5 European Rev. Contract Law*, 2009, p. 1 ss.; O. BEN SHAHAR e C. E. SCHNEIDER, *The Failure of Mandated Disclosure*, in *159 University of Pennsylvania Law Rev.* 2011, p. 647 ss. Per la dottrina italiana, spunti analoghi sono in M. MAUGERI, *Alcune perplessità in merito alla possibilità di adottare il DCFR come strumento opzionale (o facoltativo)*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, II, p. 253 ss., spec. p. 255.

di una prospettiva – solo eventuale – di risparmio di spesa nel lungo periodo –, rispetto ai costi iniziali da sopportare.

Quindi, la prospettiva del contenuto della disciplina conferma uno stridente contrasto rispetto all'obiettivo di una sua diffusione nei mercati transfrontalieri⁶³.

E' parea, altresì, inappropriata la scelta di limitare la disciplina in oggetto ai contratti transfrontalieri⁶⁴. Il *dual standard*, ovvero la diversa regolamentazione per i contratti domestici e quelli transfrontalieri, innalza i costi complessivi per l'impresa che operi nel mercato nazionale e in quello europeo poiché l'impresa non può ammortizzare i costi di verifica della nuova normativa sostenuti nel breve periodo.

Inoltre, questo assetto duale porterebbe ad estendere la disciplina di protezione a tutti i consumatori dell'impresa, il che costituisce un ulteriore aspetto negativo, se si ritiene tale regolamentazione inefficiente⁶⁵.

Il portio della CESL è apparso, quindi, inadatto agli obiettivi (economici) assunti a fondamento della Proposta.

Si è, quindi, avanzata l'idea di estenderne i possibili ambiti di incidenza a quelli politici, della creazione di una identità europea (*sub C*).

L'argomento è stato proposto con diverse prospettive⁶⁶: quella della teoria della scelta pubblica,

⁶³ Se è comunemente percepita l'evidente discrasia tra i due fini (protezione del consumatore e informazione del diritto con uno schema di *opt-in*), si è proposta una singolare strada alternativa. Per favorire lo sviluppo dei mercati, anche attraverso la semplificazione della comparazione tra prodotti, il regime opzionale previsto dovrebbe essere modificato nel senso di una minima protezione a favore del consumatore, e quindi di una alta appetibilità per il venditore (grande impresa). Soltanto una volta che tal regime risulti diffuso e familiare, sarebbe possibile introdurre modificazioni aventi un effetto redistributivo (cioè protettivo per i consumatori) divenendo a quel punto difficile per le imprese che abbiano già sviluppato una rete legale, distaccarsi da tale network. Cf. O. BAR-GILL e O. BEN SHAHAR, *Regulatory Techniques in Consumer Protection*, cit., p. 27.

⁶⁴ GANUZA e GOMEZ, *Optional Law for Firms and Consumers* etc., cit., p. 15; J. M. SMITS, *Party Choice and the Common European Sales Law*, *or: How to Prevent the CESL from Becoming a Lemon on the Law Market*, *Maastricht European Private Law Institute Working Paper No 2012/13*, p. 1 ss., spec. p. 12 ss. e 14.

⁶⁵ ERSTEIN, *Harmonization, Heterogeneity and Regulation* etc., cit., p. 7 s.

⁶⁶ LEVMORE, *Harmonization, Preferences and the Calculus of Consent* etc., cit.; per la dottrina europea, M. HESSELINK, *The Case for a Common European Sales Law in an Age of Rising Nationalism*, *Centre for the Study of European Contract Law Working Paper Series No. 2012-01*, disponibile al link http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1998174#; C. MAX, *Unweaving the CESL: Legal-Economic Reason and Institutional Imagination in European Contract Law*, *Centre for the Study of European Contract Law Working Paper No. 2012-10*, disponibile al link <http://ssrn.com/abstract=2088777>.



applicabile a tutti i tipi di contratti (nazionali e transfrontalieri) e sostitutiva dei diritti nazionali. Paradossalmente, la scelta adottata dal legislatore europeo (strumento facoltativo limitato ai contratti transfrontalieri), risulta la meno desiderata, soprattutto dalle PMI.

Quanto ai contratti B2C, ugualmente i dati sembrerebbero solo genericamente supportare le scelte compiute in sede europea.⁵³

A tali considerazioni, possono unirsi di ulteriori, relative allo strumento giuridico adottato e alla disciplina in esso contenuta (*sub B*).

Si è già segnalata l'insidia insita nella convinzione che un diritto uniforme (che comporta, certamente nel breve periodo, un aumento dei costi) sia in grado di abbattere i costi di transazione totali, e abbia la capacità di stimolare gli scambi.

E' in ogni caso da valutarsi se, ove anche ciò fosse rivalutato, una legge uniforme, proposta come strumento facoltativo (secondo il meccanismo dell'*opt-in*), possa considerarsi effettivamente efficace.⁵⁴

Come si è visto, la mancanza di una volontà politica comune, sulla quale non può escludersi abbiano inciso gli interessi della stessa classe di ceti professionali e della classe accademica nel mantenimento della loro specializzazione sulle leggi nazionali,⁵⁵ ha impedito un provvedimento con aspirazioni più ampie.⁵⁶

Come, ad esempio, il rilievo che più del 50% dei tentativi di acquisti online fallisce, sebbene ciò sia, in realtà, dovuto al fatto che le imprese non effettuano consegne all'estero. Non sarebbe quindi chiaro se tale rifiuto sia motivato dalla diversità di disciplina, ovvero dalla tendenza delle imprese ad avere un mercato locale e non il più ampio mercato presente su Internet, considerato che - in ogni caso - le spese di consegna potrebbero essere facilmente poste a carico del cliente. HUBBARD, *Another Look at the Eurobarometer Survey*, cit., p. 18, spec. nt. 42.

Come riporta lo stesso HUBBARD, *Another Look at the Eurobarometer Survey*, cit., p. 13, nt. 27, anche se si guarda semplicemente alla valutazione delle aspettative dei cittadini europei, uno dei principali punti deboli degli stessi dati empirici posti alla base della Proposta risiede nel fatto di aver chiesto opinioni sui benefici di un ipotetico diritto contrattuale europeo, senza specificarne i contenuti.

Come fa presente A. OGUS, *The Economic Approach: Competition between Legal Systems*, in AA. VV., *Comparative Law. A Handbook*, a cura di E. Ortoli e D. Nelken, Oxford - Portland (Hart Publishing), 2007, pp. 159 e 162 s., ove ulteriore bibliografia, il problema della comportamental opportunistic delle professioni legali può estrinsecarsi in diversi modi, comunque producendo il comune risultato di creare posizioni monopolistiche nell'offerta del servizio legale. Questo atteggiamento, allo stesso tempo, milita contro la soluzione più efficiente (ovvero, che meglio serve gli interessi delle parti coinvolte).

Si pensi alla posizione inglese, ben chiara in E. McKENDRICK, *Harmonization of European Contract Law: The State We Are In*, in AA. VV., *The Harmonisation of European Contract Law*, a cura di S. Vogenauer e S. Weatherill, Hart Publishing, 2006, p. 5 s., in part. p. 21 s., nonché in HALLSON, *A Common Lawyer's Perspective on Contract Law Codes*, cit.

Quest'ultimo aspetto è stato analizzato da molteplici prospettive: guardando, ad esempio, ai precedenti storici di normative uniformi caratterizzate dal meccanismo applicativo dell'*opt-in*⁵⁷; ovvero, verificando se possano sussistere forti incentivi economici alla scelta della nuova opzione.

Ebbene, anche questi ultimi sono stati riconosciuti come minimi, in considerazione di almeno tre rilievi: il già descritto iniziale e sostanziale aumento dei costi transattivi necessari per verificare l'eventuale maggior efficienza della nuova disciplina rispetto agli altri diritti utilizzabili nei contratti transfrontalieri, unitamente ai connessi costi dell'uniformazione (intesi come perdita delle possibilità di scelta di un diritto più conforme alle proprie preferenze); la generale tendenza verso la migrazione dei diritti contrattuali, cui non si sottrae la stessa CESI⁵⁸, l'elevata tutela del consumatore (e in ogni caso dell'acquirente) che renderebbe la disciplina affatto attraente per il venditore (impresa), che è la parte che fornisce le condizioni generali.⁵⁹

La tradizionale avversione del mondo anglosassone verso l'armonizzazione dei diritti sovranazionali, può essere ascritta a plurimi fattori, tra cui, non ultimo il sentimento nazionale, ma altresì, la perdita della primazia competitiva del diritto inglese rispetto agli altri diritti. Il rilievo trova conferma nei dati empirici: cf., ad esempio, i sondaggi di Clifford Chances sul diritto privato europeo (2005 e 2008), individuano tra i diritti scelti nei contratti commerciali, al primo posto, appunto, quello inglese. Ugualmente resistenza all'armonizzazione è storicamente espresa dalla dottrina francese, tacciata di una progressiva emarginazione, di ripiegamento su sé stessa, di pregiudizio a favore dei propri concetti, e infine, di lentezza e vincoli gerarchici della comunicazione accademica. Cf. G. BALDUS, *Enropa del Sud e diritto privato europeo*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2012, I, p. 460 s.

Cf. U. MAGNUS, *CISG and CESL*, cit., p. 228 ss., facendo riferimento, principalmente alla Convenzione dell'Aja del 1964 sulla vendita uniforme, e alla frequente applicazione nei Paesi nei quali è stato prescelto il sistema dell'*opting-out*, ovvero dell'applicazione automatica salva diversa volontà delle parti del contratto (es. Belgio, Italia), rispetto a Paesi, come la Gran Bretagna, ove la convenzione è stata ratificata con il sistema dell'*opt-in*, ovvero con un'applicazione basata sulla scelta dei contraenti.

La ragione di tale convergenza risiede nel carattere "facilitativo" anziché "regolativo" dei diritti contrattuali, ovvero la tendenza a lasciare spazio all'autonomia privata rispetto a discipline imperative. Cf. POSNER, *The Questionable Basis of the Common European Sales Law: The Role of an Optional Instrument in Jurisdictional Competition*, cit., p. 6 s., ove (p. 6): «[...] it is hard to believe that a new option - the CESL - will give the parties an option that is more than trivially better than the existing legal choices, while they will nonetheless sustain the costs of an uncertain instrument in the short to medium term».

POSNER, *The Questionable Basis of the Common European Sales Law etc.*, cit., p. 4 s s., spec. 7 s s. Si sottolinea come gli alti costi di "start-up" associati alla CESL, tra cui non possono essere sottovalutate, altresì, le difficoltà e le diversità nell'applicazione da parte delle corti nazionali (nonostante la supervisione prevista dalla Corte Europea di Giustizia, cf. COM(2011) 635 definitivo, p. 30 (art. 14 CESL)), alla stregua

Anche qui si rischia di cadere nell'arbitrio ove si pretenda di stabilire quale sia il requisito minimo di esistenza.

Si deve invece muovere dalla funzione del giudizio di nullità. Che è quella - a partire da Chiovenza fino a sentenze anche recenti della Cassazione - di rinvenire l'incertezza ex re, ossia oggettivamente nascente dal negozio nullo circa la sua validità.

Là dove non vi è incertezza ex re, ossia apparente di validità, non vi è azione di nullità. In tal caso l'incertezza può nascere solo da contestazione: per la quale provvede l'azione di mero accertamento.

4. Nullità e annullabilità del negozio e del provvedimento

Per ciò attiene alla distinzione fra nullità e annullabilità, il problema sembrerebbe risolto o quantomeno circoscritto dal legislatore del codice civile: tassatività delle cause di annullabilità, tutti gli altri difetti sono da ascrivere alla nullità.

Tale deduzione trae fondamento non tanto dalla prescrizione della nullità per violazione di norme imperative, quanto piuttosto da quella per "mancanza di uno dei requisiti indicati dall'art. 1325" (art. 1418, secondo comma, c.c.). La dottrina, negli ultimi tempi, si è dedicata alla prima e ha parlato di "virtualità" della nullità.

Ma tale espressione è più appropriata se riferita alla "mancanza di uno dei requisiti". E' qui che si finisce nel buco nero della imperfezione della fattispecie negoziale.²²

La nuova disciplina della invalidità del provvedimento amministrativo solleva questioni ancor più complesse.

La violazione di legge, si dice, è causa di annullabilità di carattere generale, le nullità sono testuali: secondo il Consiglio di Stato, un numero chiuso. Vi sarebbe una "relazione invertita" rispetto al sistema delineato dal codice civile: virtualità delle cause di annullabilità, tassatività delle cause di nullità.²³

Seronché fra le cause di nullità vi è la "mancanza di elementi essenziali" del provvedimento, del tutto equivalente alla mancanza dei requisiti del contratto.

Riprende dunque il centro della scena l'imperfezione della fattispecie, stavolta del provvedimento.

²² Alla dialettica fra imperfezione della fattispecie negoziale e nullità possono ricondursi le contrapposte opinioni sulla rilevanza del negozio nullo: v. mio *Inesistenza o nullità del negozio giuridico*, cit., p. 45 s s.

²³ Di "relazione invertita" parla Cons. Stato, Sez. V, 16 febbraio 2012, 792; in senso analogo: Cons. Stato, sez. IV, 28 ottobre 2011, n. 5799; Cons. Stato, sez. IV, 2 aprile 2012, n. 1957. V. anche sentenze citate alla nota 9.

vedimento amministrativo, e la sua essenziale virtualità.²⁴ Ma allora occorre ripensare la stessa virtualità della annullabilità, che finisce per relegare i vizi più gravi nella inesistenza, oggi nella nullità.²⁵

Virtualità della nullità e virtualità della annullabilità: la loro convivenza è un paradosso.

Tutto ciò mi sembra che porti ad un rimescolamento delle carte in gioco.

Alcuni punti fermi nella teoria della invalidità del provvedimento devono essere riconsiderati. L'alternativa è abbandonarsi allo scetticismo di chi parla di: scarsa utilità della previsione della nullità per mancanza di elementi essenziali destinata addirittura "a rimanere lettera morta".

Aggiungendo che se, viceversa, si volesse veramente dare attuazione alla norma, il quadro delle invalidità di complicherrebbe notevolmente.²⁶

Il mio punto di vista, anche metodologico, è diverso. Un corretto approccio con il diritto positivo deve indurre l'interprete a cogliere nelle norme, specialmente se così innovative, tutte le potenzialità, anche quelle più eversive del sistema.

La linea di tendenza espressa con forza nel principio di effettività della giurisdizione amministrativa - la quale "assicura una tutela piena ed effettiva secondo i principi della Costituzione e del diritto europeo" (art. 1 CPA) - può essere assecondata dall'interprete riconducendo nell'ambito della nullità casi che fino ad oggi la giurisprudenza amministrativa ha qualificato di illegittimità e quindi di annullabilità.²⁷

²⁴ E' significativo che sulla mancanza degli elementi essenziali si addensino le maggiori perplessità della dottrina amministrativa: D. PONTE, *La nullità del provvedimento amministrativo*, cit., p. 88 s s.

B. SASSANI, *Arbor actionum*, cit., p. 1382. Cerca di individuare gli elementi essenziali del provvedimento, M. D'ORSOGNA, *La nullità del provvedimento amministrativo*, in *La disciplina generale dell'azione amministrativa* a cura di V. Cerulli Irelli, Napoli, 2006, p. 363 s s.

²⁵ Cons. Stato, Sez. V, 16 febbraio 2012, n. 792: "L'essenza della nullità risiede proprio nell'inconferibilità della fattispecie concreta rispetto a quella astratta". Una definizione della nullità che riprende quella classica e talvolta della inesistenza (F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, cit., p. 242, parla di mancanza di elementi che "impedisce l'identificazione del negozio, per cui giuridicamente inesistente") che nella prima resterebbe dunque assorbita.

²⁶ F. G. SCOGNA, *Esistenza, validità ed efficacia degli atti amministrativi: una lettura critica*, in *La nuova disciplina dell'attività amministrativa dopo la riforma della legge: atti della giornata di studio svoltasi a Caserta il 20 maggio 2005*, a cura di Guido Clemente di San Luca, Torino, 2005.

²⁷ Contrasta tale sviluppo il Consiglio di Stato, il quale, come si è visto, parla di tassatività delle cause di nullità: Fra le molle: Cons. Stato, Sez. V, numeri 792/2012, 1498/2010, 830/2008, 2872/2008. Prevede una compressione delle cause di annullabilità - a seguito della introduzione legislativa della nullità, C. FELIZIANI, *Nullità del provvedimento amministrativo ex art. 21*



5. La carenza di potere: elementi essenziali e presupposti

Penso al caso classico di carenza di potere in concreto rappresentato dal decreto di esproprio adottato in assenza di dichiarazione di pubblica utilità o ad altri casi in cui, si dice, manca soltanto un "presupposto" del provvedimento e non il potere in astratto in capo all'autorità amministrativa.

Considerati casi di illegittimità-annullabilità in contrasto con la giurisprudenza della Cassazione sembra una forzatura.²⁸

Eppure la previsione del difetto assoluto di attribuzione, come specifica causa di nullità, è dai più considerata equivalente alla carenza in astratto: si che la distinzione dalla carenza in concreto troverebbe oggi fondamento nel diritto positivo.²⁹

A me sembra che, al di là dei dubbi sulla equivalenza di significato fra difetto assoluto e difetto in astratto, la strada intrapresa non porti lontano.

Ci si affida a distinzioni classificatorie, quali quella fra elementi, requisiti, presupposti, quanto mai controversa, frutto per lo più di astratto concettualismo.³⁰

Esse allontanano l'interprete dalla sostanza della questione. Che, come ho cercato di dimostrare, è quella di ascrivere il difetto del negozio, qui del provvedimento, al profilo di disciplina considerato, secondo ratio.

seppies I. 241 del 1990 e successive modifiche, in *Foro amm.*, C.d.s. 2008, 10, p. 2753.

²⁸ Cass. SS.UU., 24 ottobre 1958, n. 3457, ha ritenuto inidoneo a degradare il diritto soggettivo l'atto amministrativo adottato in carenza di "un presupposto che pur non essendo di astratta attribuzione del potere abbia la funzione di tutela del diritto soggettivo". Si trattava di un decreto di esproprio fondato su una dichiarazione di pubblica utilità non notificata al proprietario in base a legislazione speciale. Ad analogia conclusione si è pervenuti con riguardo al decreto di esproprio emanato scaduti i termini della dichiarazione di pubblica utilità. Osserva R. CARANTA, *L'inesistenza dell'atto amministrativo*, cit., p. 188 s., come la qualificazione dell'atto nel caso di carenza in concreto di potere debba essere la stessa della carenza in astratto, ossia inesistenza, oppure una figura diversa e autonoma, da chiamare nullità. Oggi, assorbita l'inesistenza nella nullità, si dovrebbe parlare senz'altro di nullità anche per la mancanza di potere in concreto.

²⁹ Anche a voler identificare il difetto assoluto di attribuzione con la carenza in astratto, l'indicazione come autonoma causa di nullità non sembra avere altro significato se non quello di ricondurre esplicitamente nell'ambito della nullità l'ipotesi classica di inesistenza. Lasciando peraltro impregiudicata la questione della carenza in concreto del potere, da risolvere, come si dice nel testo, non già in base ad astratto classificazioni, ma poggiando sulla coerenza con la ratio.

³⁰ Rileva R. CARANTA, *op.cit.*, p. 191 s., come il riferimento al potere o all'atto non sposta i termini della qualificazione della fattispecie "perché la disciplina dell'atto non può che coincidere, senza residui, con quella del potere".

Per quanto nella specie interessa alla nullità o all'annullabilità. In termini di ratio occorre stabilire se quel vizio rende (o, meglio, deve rendere) il provvedimento privo di effetti o semplicemente invalidabile.

Da questo diverso angolo visuale, tornando al caso concreto, è vano chiedersi se la dichiarazione di pubblica utilità è elemento essenziale o presupposto.

Il decreto di esproprio in assenza di essa non è in grado di realizzare l'interesse pubblico: si che priva di giustificazione sarebbe l'ablazione (sia pure provvisoria, fino all'annullamento) del diritto di proprietà.

E' la Costituzione, è la Convenzione europea dei diritti dell'uomo che individuano il fulcro, la ragion d'essere dell'espropriazione nella pubblica utilità. La quale, se pure si volesse ragionare in termini classificatori, sarebbe un presupposto sì, ma causale, ossia un presupposto necessario perché il decreto di esproprio possa realizzare la propria funzione, la propria causa.

Si che la mancanza del presupposto ridonderebbe nella mancanza di un elemento essenziale, conducendo dritto alla nullità del decreto di esproprio.

6. Violazione di norme imperative

La mancata previsione fra le cause di nullità della violazione di norme imperative confermerebbe l'assunto giurisprudenziale, ripetuto come un "mantra", secondo il quale l'agire della pubblica amministrazione è regolato da norme sempre imperative: la cui violazione pertanto non può che indurre illegittimità-annullabilità.³¹

Per la verità non mancano in dottrina voci dissonanti.

Così è stato richiamato anche l'insegnamento kantiano delle norme imperative categoriche. Tali sarebbero le norme che vietano o impongono un determinato atto senza lasciare spazio alla discrezionalità della amministrazione. La loro violazione sarebbe causa di nullità.³²

³¹ Tesi risalente a G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, I, Milano, 1954, p. 306. In giurisprudenza, fra le molte, prima della riforma: Cons. Stato, Sez. VI, 14 luglio 1999, n. 948; Cons. Stato, Sez. V, 13 febbraio 1998, n. 166; e, dopo l'introduzione normativa della nullità: Cons. Stato, Sez. IV, 27 ottobre 2005, n. 6023; Cons. Stato, Sez. V, 15 marzo 2010, n. 1498. Nel senso, invece, della nullità per violazione di norme imperative, E. CANNADA-BARTOLI, *Partecipazione di comuni e comitati di diritto privato senza personalità giuridica*, in *Riv. trim. dir. pubblico*, 1959, p. 786.

³² A. BARTOLINI, *La nullità del provvedimento nel rapporto amministrativo*, cit., p. 182 ss., dopo aver criticato la tesi dell'assorbimento delle violazioni di norme imperative nella

Inoltre, la tutela dei soggetti c.d. deboli (consumatori e PMI) contenuta nella disciplina viene ritenuta in grado di innalzare i costi totali (per effetto dell'aumento di quelli a carico, apparentemente, delle grandi imprese), che potrebbero non essere compensati da corrispondenti guadagni.

Merita, quindi, di esser valutata con attenzione, in questa prospettiva ancora generale di alternativa tra omogeneità e eterogeneità di discipline, il bilanciamento tra costi e benefici di una disciplina uniforme.

Il ragionevole dubbio che quindi sorge, e che non sembra esser stato affrontato in sede europea, è se l'abbassamento dei costi transattivi derivante dal non doversi più informare e conformare a leggi straniere (che può produrre un'economia di scala, ma per le grandi imprese, tendenzialmente⁴⁸) riesca a bilanciare e sia maggiore dei sopra indicati costi connessi all'uniformazione.

Le istituzioni europee sembrano non aver considerato questi effetti, sostenendo, invece, convintamente l'equazione: uniformazione giuridica = riduzione costi transazione = aumento degli scambi nel mercato europeo.⁴⁹

Se come abbiamo visto, l'equazione può non essere vera per valori positivi nelle prime due espressioni, risulta altresì indimostrata, pur assumendo per buone le prime due, la variazione del terzo fattore. In altri termini, non è provato in che misura una disciplina uniforme sia in grado di trainare un aumento delle operazioni nel mercato interno.

⁴⁸ «[...] le situazioni transfrontaliere di norma comportano costi aggiuntivi a carico dei professionisti, connessi alla difficoltà di reperire le norme straniere applicabili, alla consulenza legale, alla necessità di negoziare la legge applicabile nelle transazioni tra imprese e di adeguare i contratti ai requisiti della legge del consumatore nelle transazioni tra un'impresa e un consumatore. Nelle transazioni transfrontaliere tra imprese e consumatori notevole è l'incidenza dei costi legati al diritto dei contratti e degli ostacoli giuridici indotti dalla diversità delle norme imperative nazionali a tutela del consumatore [...]». Pertanto, le differenze tra i diritti dei contratti, i costi di transazione aggiuntivi e le conseguenti complessità delle transazioni transfrontaliere disadunano un numero considerevole di professionisti, soprattutto PMI, dall'espandersi su mercati di altri stati membri. Proposta di regolamento, cit., p. 2 (relazione).

⁴⁹ Anche per le PMI, avverse al rischio, la possibile loro preferenza per leggi locali, che consentirebbero di adottare differenti strategie aziendali nei differenti sistemi è, tuttavia, superata dai costi di interfacciarsi con differenti sistemi legali e una diversa tipologia di domanda in ciascuno di essi. Cfr. LEVAMORE, *Harmonization, Preferences, and the Calculus of Consent in Commercial and Other Law*, cit., p. 7.

⁵⁰ «[...] le situazioni transfrontaliere di norma comportano costi aggiuntivi a carico dei professionisti, connessi alla difficoltà di reperire le norme straniere applicabili, alla consulenza legale, alla necessità di negoziare la legge applicabile nelle transazioni tra imprese e di adeguare i contratti ai requisiti della legge del consumatore nelle transazioni tra un'impresa e un consumatore. Nelle transazioni transfrontaliere tra imprese e consumatori notevole è l'incidenza dei costi legati al diritto dei contratti e degli ostacoli giuridici indotti dalla diversità delle norme imperative nazionali a tutela del consumatore [...]». Pertanto, le differenze tra i diritti dei contratti, i costi di transazione aggiuntivi e le conseguenti complessità delle transazioni transfrontaliere disadunano un numero considerevole di professionisti, soprattutto PMI, dall'espandersi su mercati di altri stati membri. Proposta di regolamento, cit., p. 2 (relazione).

Si rischia, pertanto, che tutto il processo di uniformazione, se condotto esclusivamente in ragione degli effetti favorevoli sul mercato, si basi sostanzialmente su un equivoco.

Una recente contributo, che rilegge i sondaggi condotti sui cittadini europei per conto dell'Unione come fondamento della Proposta di Regolamento⁵¹, dimostra che i dati empirici ricavabili da tali indagini rivelino una relativa bassa incidenza della diversità giuridica tra gli ostacoli percepiti dagli operatori europei nelle operazioni transfrontaliere. Ed, in ogni caso, atteso il basso, ma comunque economicamente significativo, numero di imprese e consumatori che risultano scoraggiati nelle operazioni transfrontaliere per effetto della diversità di diritti contrattuali, la disciplina proposta non risulterebbe in grado di sortire l'effetto voluto⁵². Ciò, peraltro, con riferimento alle operazioni commerciali, risulta conforme proprio ai sondaggi dell'Euro-barometro, che vedono la preferenza relativa del campione di imprese analizzato a favore di una legge uniforme,

⁵¹ Eurobarometro 320 sul diritto europeo dei contratti nelle transazioni tra imprese, 2011, e Eurobarometro 321 sul diritto europeo dei contratti nelle transazioni fra imprese e consumatori, 2011, entrambi condotti dalla Gallup nel gennaio 2011. Si ricorda tuttavia che nel documento di accompagnamento COM(2011) 636 definitivo vengono altresì citati il Flash Eurobarometro 299, e SEC 385 (2010). Terza edizione del quadro di valutazione dei mercati dei beni di consumo.

⁵² W. H. HUBBARD, *Another Look at the Eurobarometer Survey*, *Chicago Institute for Law and Economics Working Paper No. 615 (2d series)*, disponibile al sito <http://www.law.uchicago.edu/Lawecon/index.html>, spec. 5. Lo studio dimostra come il numero di imprese scoraggiate dai commerci transfrontalieri non sia elevato, né la diversità dei diritti dei contratti costituisca un ostacolo agli stessi. Allo stesso tempo l'abbassamento delle (assunte) barriere ai traffici tra Stati membri non innalza significativamente né il numero dei professionisti intenzionati ad entrare per la prima volta nel mercato interno (c.d. *extensive margin*), né innalza il livello di partecipazione al mercato interno (estensione dei traffici con altri Stati membri per le imprese già impegnate in almeno uno scambio transfrontaliero) di coloro che già vi ci operano (c.d. *intensive margin*). Ciò risulta dovuto, al fatto che la quota più rilevante di PMI (le piccole e micro imprese, che il documento di accompagnamento alla Proposta - COM (2011) 636, definitivo, p. 2 - valuta come maggiormente penalizzate dai costi di conoscere plurimi sistemi nazionali) risultano, invece, interessate ad un mercato strettamente locale (p. 7 s.), come confermato dai dati (citati, p. 12) che vedono, addirittura, le grandi imprese più preoccupate da tali costi rispetto alle piccole e micro imprese. Ciò, tuttavia, nello stesso pensiero dell'a. (p. 13), non significa che anche una piccola variazione in aumento degli scambi intra-europei non comporti un incremento significativo del valore degli scambi (pari a migliaia di milioni di euro). Si veda, altresì, R. HALLSON, *A Common Lawyer's Perspective on Contract Law Codes*, in *Jersey & Guernsey Law Rev.*, 2011, disponibile al link http://www.jerseylaw.ie/Publications/jerseylawreview/june11/LK1106_Hallson.aspx, in part. testo corrispondente a nt. 88, ove vengono sollevati analoghi dubbi sull'attendibilità dei dati empirici.



funzione della posizione e delle preferenze all'interno ciascun Stato membro⁴³.

Pertanto, il richiamo alla dottrina statunitense può prestarsi a rappresentare un iniziale e apparentemente più neutrale punto di vista da cui partire.

Procediamo, quindi, a verificare quali siano le principali problematiche sollevate.

A) Si è, anzitutto, dubitato che l'uniformazione in sé sia in grado di abbassare i costi transattivi, in maniera così rilevante da far aumentare il numero delle transazioni all'interno del mercato unico europeo. Tali dubbi sono stati sollevati considerando altresì l'effettiva incidenza della diversità giuridica come componente dei costi transattivi, come percepiti dagli operatori, nelle contrattazioni europee.

B) Ci si è, quindi, chiesti se, quand'anche si ammetta che l'obiettivo economico dello sviluppo del mercato unico europeo sia raggiungibile attraverso l'adozione di uno strumento giuridico che escluda il conflitto di leggi, la scelta di una disciplina facoltativa, e limitata ai rapporti transfrontalieri, possa rappresentare la scelta più appropriata. In questo ambito, ulteriori profili critici derivano dal merito stesso della disciplina proposta, relativamente, ad esempio alla scelta di aumentare il livello di protezione del consumatore, ovvero di limitarne l'applicazione ai contratti commerciali con PMI.

C) Si è, infine, ipotizzato come, al di là degli obiettivi proclamati e di cui può dubitarsi la realizzabilità, il provvedimento in esame (ma più in generale lo strumento di diritto comune) non possa realizzare diverse e più vaste finalità, come ad esempio cementare il senso dell'identità europea.

Con riguardo alla prima delle questioni poste (sub A), si è messo in dubbio, in via generale, che l'uniformazione giuridica possa effettivamente garantire un più alto benessere sociale rispetto alla competizione tra gli ordinamenti⁴⁴.

⁴³ Cf. J. M. SMITS, *What do Nationalist Maximise? A Public Choice Perspective on the (Non-) Europeanization of Private Law*, *Maastricht European Private Law Institute Working Paper No. 2012/9*, disponibile sul sito <http://www.ssm.com>, S. LEVMORE, *Harmonization, Preferences, and the Calculus of Consent in Commercial and Other Law*, *Chicago Institute for Law and Economics Working Paper No. 602 (2d series)*, disponibile all'indirizzo <http://www.law.uchicago.edu/Lawecon/index.html>

⁴⁴ R. A. ERSTEIN, *Harmonization, Heterogeneity and Regulation: Why the Common European Sales Law Should Be Scrapped*, disponibile al link <http://www.law.uchicago.edu/Lawecon/index.html> e in corso di pubblicazione in *Common Market Law Rev.*, 2012. L'a. ritiene non sufficientemente dimostrato dalle stesse istituzioni europee come la soluzione dell'uniformazione giuridica sia in grado di far innalzare il benessere collettivo, anche tenuto conto del tenore della normativa prevista, che non consente variazioni in *melius* o in *petus* delle norme, e che quindi esclude qualsiasi tipo di differenziazione in grado di soddisfare le preferenze dei diversi soggetti. In altri termini, qualsiasi forma di regolazione,

Questa posizione, pur rispondendo ad una visione fortemente liberista secondo cui la normativa di matrice europea vada complessivamente valutata nei termini di *over-regulation*⁴⁵, sottolinea come una disciplina uniforme ed imperativa porti a non soddisfare le preferenze eterogenee dei diversi attori del mercato⁴⁶.

La stessa uniformazione è, quindi, di per sé fonte di costi, di cui il principale è la perdita dei *welfare gains* che possono derivare ai cittadini dalla varietà di scelta tra le leggi applicabili⁴⁷.

A questa sono poi da aggiungersi i costi amministrativi, imputabili alla modifica della normativa, i quali possono grossolanamente dividersi in costi di promulgazione e applicazione. Essi risultano normalmente elevati, specie nel breve periodo, in considerazione anche dell'usuale scarsa qualità delle normative attuali, soggette ad ambiguità o modifiche da gruppi di interesse politici⁴⁸.

soprattutto se nella forma di disciplina imperativa che non ammette alcuna eterogeneità di soluzioni, non è in grado di tener conto delle diversità interne alla stessa classe protetta e quindi rischia di non soddisfare le preferenze degli attori dello scambiorio. Così, nel caso dei contratti di consumo, essa favorirebbe solo i consumatori non sofisticati. Si afferma, pertanto, che «the more heterogeneous the class, the more difficult it is to determine the impact of regulation, first in the individual case and then in the aggregate. That high level of variance makes it virtually certain that regulation that is intended to protect the needy and unsophisticated will necessarily increase the transactional burdens of other merchants and consumers who do quite well on their own» (p. 4). Ma sulla posizione contraria secondo cui sono i consumatori più sofisticati gli unici in grado di avvalersi delle tutele offerte dal diritto (europeo), O. BAK-GILL e O. BEN SHAIKHA, *Regulatory Techniques in Consumer Protection: A Critique of European Consumer Contract Law*, *Law, Law and Economics Research Paper Series Working Paper No. 12* — 12, disponibile all'indirizzo <http://ssrn.com/abstract=2061148>, p. 9.

⁴⁵ ERSTEIN, *Harmonization, Heterogeneity and Regulation* etc., cit., p. 2 «As a general matter, we should all be suspicious of these state imposed tie-in arrangements».

⁴⁶ In senso analogo, E. POSNER, *The Questionable Basis of the Common European Sales Law: The Role of an Optional Instrument in Jurisdictional Competition*, cit., p. 1: «When people enter in transactions, they prefer to deal with people or entities within the borders of their country, and so will go across borders only when price or quality differences are sufficiently high. Although it is not clear that there is anything wrong with this, European officials concluded that cross-border transactions were hindered by the conflict of laws».

⁴⁷ LEVMORE, *Harmonization, Preferences, and the Calculus of Consent in Commercial and Other Law*, cit., p. 7.

⁴⁸ ERSTEIN, *Harmonization, Heterogeneity and Regulation* etc., cit., p. 4, nonché L. BERNSTEIN, *An (Un)Common Frame of Reference: An American Perspective on the Jurisprudence of CESL*, p. 1 ss., spec. p. 10, e disponibile al link <http://ssrn.com/abstract=2067196>, ove, nel dettaglio, e con specifico riguardo all'applicazione delle clausole generali (di correttezza e buona fede), nonché agli usi negoziali, si precisa come la previsione di tali criteri di valutazione accresca ulteriormente i costi connessi all'uniformazione, per effetto della necessità di conoscere come tali clausole vengano applicate nel

Anche in tal caso, mi sembra, può soccorrere il criterio della ratio.

La violazione di un termine perentorio, ad esempio, non può essere valutata in astratto, sempre e comunque alla stregua o di una violazione di legge, ed indurre annullabilità, o, invece, quale violazione di un imperativo categorico e causa quindi di nullità.

A quest'ultima conclusione si deve peraltro giungere nel caso di decreto di esproprio emanato dopo la scadenza del termine di efficacia della dichiarazione di pubblica utilità.

Ancora una volta l'ablazione del diritto di proprietà sarebbe priva di giustificazione causale.

Né alcun dubbio si può nutrire nel caso in cui la norma violata è posta a tutela di diritti fondamentali della persona umana.

I quali possono essere recessivi di fronte al potere pubblico soltanto in casi eccezionali, espressamente e tassativamente previsti. Altrimenti non possono essere compressi neppure provvisoriamente (ossia fino all'annullamento) dal provvedimento vietato.

7. Il termine decadenziale

Nonché la maggior tutela offerta dalla nullità è stata significativamente depotenziata, come è noto, dalla previsione, di un termine di decadenza di 180 giorni per proporre l'azione.

Non voglio sottrarmi alla sperimentazione più delicata delle idee proposte. Il criterio della "ratio", che solo a me sembra consentita di modellare il "ne-gozio nullo" sul profilo di disciplina considerato, deve a mio avviso costituire guida alla soluzione del problema analogo per il "provvedimento nullo".

Come dianzi sottolineato, ratio e funzione del giudizio di nullità è rimuovere l'incertezza sulla validità dell'atto³³.

Là il negozio, qui il provvedimento. È interesse del privato ma anche della amministrazione, e pubblico in generale, rimuovere simile incertezza. Per il legislatore, sbilanciato nella specie verso l'interesse pubblico, la certezza dell'agire della p.a. è un valore. Pertanto deve essere ripristinata

violazione di legge e, quindi nella annullabilità, espone la tesi indicata nel testo. Riferisce in sintesi le varie opinioni sulle violazioni di norme imperative da parte del provvedimento amministrativo, G. ZARRO, *L'archetipo della nullità virtuale in diritto amministrativo in Foro amm.*, T.A.R. 2007, 12 p. 3995.

³³ Già in tal senso G. CHIOVENDA, *Azioni e sentenze di mero accertamento*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1933, I, p. 29, il quale parla di incertezza ex re ipsa V., oggi, LUCIANI, *Processo amministrativo*, cit., p. 513. La giurisprudenza è conforme: in termini chiari ed incisivi, Cass., 14 febbraio 2000, n. 161.

in modo sollecito: perciò è fissato un termine breve di decadenza per l'impugnazione; mentre la perdurante inefficacia sostanziale dovrebbe essere garantita dalla perpetuità dell'eccezione e dalla rilevanza d'ufficio.

Ma se incertezza non sussiste perché il difetto è macroscopico o comunque evidente, tale da escludere l'apparenza di validità, siamo fuori del perimetro del giudizio di nullità³⁴.

In tal caso l'incertezza nasce soltanto se vi è contestazione³⁵. Ossia se l'amministrazione pretende di attuare siffatto provvedimento o in via reale o con atto esecutivo.

Allora, si deve riconoscere al privato l'azione di mero accertamento, volta a rimuovere appunto l'incertezza da contestazione³⁶.

Secondo tradizione processualistica, tale azione non soggiace a termine di prescrizione.

³⁴ Mio *Investenza e nullità del negozio giuridico*, cit., p. 116 s.

³⁵ L'incertezza, riferita a fatti presenti o passati si traduce in uno stato subiettivo di ignoranza, di regola privo di rilevanza nell'ordinamento giuridico: M. GIORGIANNI, *Accertamento (me-gozio di)*, in *Enc. Dir.* I, Milano, 1958, p. 228 ss. Rilevanza che è invece da riconoscere allorché l'incertezza si obietivizza nella diversità di valutazioni, ossia nella contestazione. A rimuovere tale incertezza è volta l'azione generale di mero accertamento: SALV. SATTA, *L'esecuzione forzata*, Milano, 1937, p. 10 ss.

³⁶ L'ammissibilità di un'azione generale di mero accertamento nei confronti degli interessi legittimi è assai discussa in dottrina da tempo. La questione si ripropone oggi con forza. Nella bozza licenziata dalla Commissione incaricata della redazione del CPA si prevedeva, senza distinzioni tra giurisdizione di legittimità e giurisdizione esclusiva, che "chi vi ha interesse può chiedere l'accertamento dell'esistenza o dell'inesistenza di un rapporto giuridico contestato con l'adozione delle conseguenziali pronunce dichiarative". La dottrina sul punto è divisa: già R. CARANTA, *L'inesistenza dell'atto amministrativo*, p. 306 ss., due decenni or sono sosteneva l'ammissibilità di simile azione con argomenti ancor oggi validi e anticipatori del principio di effettività della tutela amministrativa espresso nell'art. 1 del CPA. L'autore, rilevata l'ostilità generalizzata verso l'azione di mero accertamento davanti al giudice amministrativo, sottolineava come l'art. 24 Cost., nell'accumulare diritti soggettivi ed interessi legittimi richiede pienezza ed effettività di tutela giurisdizionale per gli uni e per gli altri. L'art. 1 CPA, a sua volta, pone il principio di effettività nei seguenti termini: "la giurisdizione amministrativa assicura una tutela piena ed effettiva secondo i principi della Costituzione e del diritto europeo". Non-dimeno l'azione di mero accertamento è oggetto di diffidenza: così, ad es., G. VELLURI, *Le azioni di accertamento, adempimento, nullità ed annullamento nel codice del processo amministrativo*, Intervento al seminario di studi su: "Problemi e prospettive nell'applicazione delle norme del primo libro del codice del processo amministrativo", Reggio Calabria, 8 febbraio 2011, in www.giustizia-amministrativa.it la esclude in caso di atti amministrativi lesivi; contrario, in termini più recisi, B. SASSANI, *Arbor actionum*, cit., p. 1361. La giurisprudenza amministrativa ammette tale azione in via residuale ossia in assenza di azioni tipiche che tutelino in modo efficiente il privato: Cons. Stato, Ad. plen., 29 luglio 2011, n. 15; Cons. Stato, sez. V, 27 novembre 2012, n. 6002.



8. Epilogo

Certo muoversi nell'ambito delle innumerevoli ipotesi di imperfezione del provvedimento ed individuare in base alla "ratio" del profilo di disciplina considerato vuol dire navigare in mare aperto.

La nullità offre, invece, un approdo sicuro. E non sono pochi coloro che ad essa restano fedeli: altri, disorientati, smarriti, cercano di tornare ad Itaca.

Ma è tempo di capire che Itaca non è l'approdo, Itaca è il viaggio.

Appare evidente, allora, che la politica europea abbia avuto riguardo, in funzione di un loro incremento, esclusivamente alle operazioni transfrontaliere, suggerendo, quale soluzione, la creazione di un diritto comune³⁷.

Mancando una volontà politica verso uno strumento normativo più incisivo, si è pervenuti alla Proposta di regolamento in oggetto.

Come si è visto, più nel dettaglio, la disciplina contenuta nella Proposta di regolamento presenta una serie di caratteristiche:

1. si applica solo a *contratti di vendita soggettivamente qualificati* tra imprese e consumatori, e ai contratti commerciali in cui almeno una parte sia una piccola/media impresa, in entrambi i casi solo se le parti risiedono in Stati membri differenti (contratti transfrontalieri);

2. è una disciplina di *diritto sostanziale uniforme, facoltativa*, la cui applicazione è rimessa alla scelta delle parti (*meccanismo dell'opt-in*). Tale normativa è, peraltro, fortemente votata all'*autosufficienza*, non tollerando il richiamo a diritti nazionali³⁸,

e medie imprese (PMI), esitano a lanciarsi nel commercio transfrontaliero e ad espandersi su nuovi mercati e i consumatori non riescono ad accedere ai prodotti offerti in altri Stati membri» e ancora «Rispetto alle situazioni nazionali, le situazioni transfrontaliere di norma comportano costi aggiuntivi a carico dei professionisti, connessi alla difficoltà di reperire le norme straniere applicabili, alla consulenza legale, alla necessità di negoziare la legge applicabile nelle transazioni tra imprese e di adeguare i contratti ai requisiti della legge del consumatore nelle transazioni tra un'impresa e un consumatore».

³⁷ «Obiettivo generale della proposta è migliorare l'instaurazione e il funzionamento del mercato interno facilitando l'espansione degli scambi transfrontalieri per le imprese e gli acquisti transfrontalieri per i consumatori. Questo obiettivo può essere conseguito con un corpus autonomo e uniforme di norme di diritto dei contratti, comprensivo di norme a tutela del consumatore – il diritto comune europeo della vendita – [...]» «i professionisti si risparmiano i costi di transazione aggiuntivi legati al diritto dei contratti per operare in un ambiente giuridico meno complesso per gli scambi transfrontalieri [...] I professionisti saranno nelle condizioni di approfittare meglio del mercato interno operando anche oltre frontiera, con il risultato che aumenterà la concorrenza nel mercato interno. I consumatori godranno di un accesso migliore alle offerte provenienti da tutta l'unione europea a prezzi inferiori [...] avranno poi maggiori certezze quanto ai loro diritti in caso di acquisti transfrontalieri grazie a un corpus unico di norme imperative che offrono al consumatore una tutela elevata» (Proposta di Regolamento relativo a un diritto comune europeo della vendita cit., p. 4 (relazione)).

³⁸ Cfr. art. 4 CESL: «1. Il diritto comune europeo della vendita deve essere interpretato in modo autonomo e conformemente agli obiettivi e ai principi che lo ispirano. 2. Le questioni rientranti nel campo di applicazione del diritto comune europeo della vendita che non siano da questo espressamente disciplinate devono essere risolte in base agli obiettivi e ai principi che lo ispirano e a tutte le sue disposizioni, senza ricorrere alla legge nazionale che sarebbe applicabile qualora non ne fosse stata concordata l'applicazione, né a qualunque altra legge [...]».

3. da un punto di vista contenutistico, infine, appaiono essere presenti due diversi registri. Relativamente ai rapporti di consumo, la Proposta offre una disciplina imperativa di forte protezione per il consumatore³⁹, quanto invece ai rapporti con le PMI sembra cambiare marcia, affermando che «i professionisti godono di totale autonomia e nella redazione delle loro clausole contrattuali sono incoraggiati ad ispirarsi al diritto comune europeo della vendita»⁴⁰. Va, tuttavia, chiarito come, anche i rapporti tra le imprese siano governati dalle clausole di buona fede e correttezza, applicabili in via generale, e, specificamente, dalla ragionevolezza, dagli usi e dalle pratiche commerciali o professionali⁴¹.

Ciò chiarito, torna a riproporsi la domanda che ci si poneva all'inizio di questo paragrafo: sono i mezzi che si propone di adottare coerenti con gli obiettivi asseriti? Lo strumento proposto può considerarsi efficace?

Il presente lavoro prova ad analizzare questi interrogativi, approcciandoli dalla prospettiva di autorevoli *outsiders*.

In un ambito che vede quale motivazione espresa della produzione legislativa l'impulso economico alle transazioni (intese nell'accezione tecnico-economica, propria del legislatore europeo, di operazioni economiche) transfrontaliere, può ritenersi confacente verificare i suggerimenti di quella parte di dottrina che tradizionalmente utilizza lo strumento dell'analisi economica del diritto: quella statunitense⁴².

Tale punto di vista e le problematiche in questo ambito proposte possono risultare particolarmente efficaci se si considera che sull'altra sponda dell'oceano, le prospettive riguardo all'armonizzazione giuridica, nelle opinioni della dottrina europea, appaiono fortemente condizionate dall'appartenenza territoriale di ciascun autore, in

³⁹ Si vedano, a mo' d'esempio, le norme che – al pari di quanto avvenuto in sede di direttiva 2011/83/UE – elevano a 14 gg. il termine per l'esercizio del diritto di recesso da parte del consumatore, nei contratti a distanza e negoziati fuori dai locali commerciali (art. 42 CESL), ovvero la inderogabilità della responsabilità per danni causati al consumatore per violazione degli obblighi di informazione pre-contrattuali (art. 29, para. 4 CESL). O ancora, quali espressione della maggiore protezione accordata dalla CESL, si vedano gli artt. 114, para. 2, 109, 106, para. 3, lett. a). Cfr., inoltre, *supra* nrt. 21 e 26.

⁴⁰ Proposta Reg., Allegato I (CESL), consid. 21, p. 20.

⁴¹ Cfr. artt. 2, 3, 5, 23, para. 2 lett. (b), 66, 67, 68.

⁴² Si farà principalmente riferimento ai contributi e al dibattito emergente da una importante conferenza tenutasi presso la University of Chicago e organizzata dall'Institute for Law and Economics dal titolo *European Contract Law: A Law-and-Economics Perspective* (Chicago, 27 – 28 aprile 2012), cui, tra l'altro hanno preso parte autorevoli esponenti della dottrina europea. Il presente lavoro mira, tuttavia, a scerverne il punto di vista



Il riferimento alle altre possibili alternative, ed in particolare della CISG, può fornire, però, almeno per quanto riguarda l'ambito di applicazione coincidente con la CESL, primi dubbi sulla possibile operatività di uno strumento opzionale di diritto sostanziale uniforme, in considerazione dei dati che sono ricavabili dall'utilizzo del primo³².

Inoltre, l'esistenza di un panorama ampio di scelte possibili per i contraenti (nei rapporti B2b, con PMI) e comunque di opzioni omogenee (nei rapporti B2c e B2b)³³, può fornire alcuni elementi per predire l'efficacia³⁴.

In altri termini, ci si chiede se la CESL, nelle vesti di strumento facoltativo, possiede caratteristiche tali da renderlo, anche nel breve periodo, strumento preferibile ai propri concorrenti.

³² La CISG non solo ha costituito la linea guida nella redazione dei successivi strumenti di diritto sostanziale uniforme (rispetto ai Principi Unidroit, ma anche alla legislazione europea, cfr. nt. successiva), ma rappresenta altresì – come si è detto *supra* nt. 30 – lo strumento di diritto uniforme più diffuso a livello internazionale, in virtù del numero di ratifiche, anche perché strutturato secondo un meccanismo di *opting out*. Pur nel riconoscimento di tale preminenza, studi empirici dimostrano come la stessa CISG risulti derogata, quasi automaticamente, in numerosi Stati: in media, dagli avvocati nord-americani (nonché canadesi e australiani) ma anche europei (le statistiche riguardano la Germania, Svizzera, Austria), intorno 50% dei casi (55 – 71 % per da parte degli avvocati negli Stati Uniti, 45% in Germania, 41% in Spagna, 55% in Austria, solo 37% in Cina). Sul punto, cfr. L. SPAGNOLO, *Through the Kaleidoscope: Choices of Law and the CISG (Kaleidoscope Part I)*, in I *Vidobona J. Intl. Comm. Law & Arb.*, 2009, p. 135 ss., spec. p. 135 s., nonché EAD., *Rais in the Kaleidoscope: Rationality, Irrationality, and the Economics and Psychology of Opting In and Out of the CISG (Kaleidoscope Part II)*, in I3 *Vidobona J. Intl. Comm. Law & Arb.*, 2009, p. 157 ss., ove le ragioni del rigetto della CISG sono ascritte alla scarsa conoscenza della stessa, il che non esclude l'innestarsi di un circolo virtuoso per effetto dell'utilizzo della CISG da parte delle controparti cinesi (notamente dotate di un alto *bargaining power*). Si veda, inoltre, C. R. DRAHOZAL, *Contracting out of National Law: an Empirical Look at the New Law Merchant*, in 80 *Noire Dame L. Rev.*, 2005, p. 523 ss., che, servendosi di ulteriori studi empirici, dimostra l'utilizzo marginale degli strumenti di diritto uniforme (genericamente indicato come *lex mercatoria*) nelle clausole compromissorie di devoluzione ad arbitrati internazionali (su percentuali inferiori al 3% dal 1989 fino al 2003).

³³ In particolare, su come la CISG abbia costantemente ispirato la normativa europea, cfr. U. MAGNUS, *The CISG's Impact on European Legislation*, in F. FERRARI (cur.), *The 1980 Uniform Sales Law: Old Issues Revisited in the Light of Recent Experiences*, 2003, p. 129 ss.

³⁴ L'idea che l'abbondanza di scelta sia in grado di frenare il processo decisionale è stata espressa più compiutamente, con riguardo alle scelte di acquisto, di recente da B. SCHWARTZ, *The Paradox of Choice*, Harper Collins, 2003.

3. Critiche di merito e di metodo da parte della dottrina statunitense.

Come si è visto, l'essere la CESL uno strumento opzionale ne mette subito in evidenza il confronto "competitivo" con altre normative applicabili.

Prima, tuttavia, di poter trarre le conseguenze di questo aspetto, appare necessario fare un passo indietro e verificare la funzionalità del provvedimento in sé considerato, valutazione che può essere fatta solo avendo riguardo alle ragioni della sua adozione.

Solo mettendone in campo le *rationes*, che corrispondono più in generale a quelle del processo di uniformazione del diritto contrattuale, sarà possibile procedere ad una valutazione ponderata della utilità e utilità dello strumento che in concreto le istituzioni europee intendono adottare, in funzione degli obiettivi stessi che esso si prefigge, e quindi dell'impatto nel contesto in cui si verrebbe ad inserire.

Come tutto il processo di integrazione europea, anche l'idea della creazione di un sistema giuridico comune agli Stati membri si ispira all'obiettivo di abbattere le barriere commerciali tra questi ultimi, e quindi di favorire l'aumento degli scambi nello spazio giuridico europeo. Con riguardo, più in particolare, all'armonizzazione del diritto privato e del diritto dei contratti, tali vantaggi economici si spiegano, principalmente, in virtù dell'abbattimento dei c.d. costi di transazione.

La differenza tra i diritti nazionali è da tempo considerata un ostacolo allo sviluppo degli scambi tra soggetti appartenenti a diversi Stati membri³⁵. L'incertezza circa la disciplina applicabile nel paese dell'altro contraente – se ipotizziamo, al minimo, un contratto con due sole parti – è in grado di determinare, infatti, un innalzamento dei costi di transazione, necessari per l'acquisizione di conoscenza dell'altro sistema giuridico e le negoziazioni relative alla legge applicabile. Tale maggior costo frena, quindi, gli operatori economici (compresi i consumatori) dal rivolgersi al mercato interno³⁶.

³⁵ Per i documenti europei anteriori alla Proposta di regolamento, si veda, ad esempio, il Piano d'azione 2003, ove (punto 25) la divergenza tra i diritti contrattuali, nonché le divergenze nell'applicazione e nel recepimento delle direttive comunitarie, sono considerate costituirne «ostacoli e disincentivi alle transazioni transfrontaliere derivanti direttamente o indirettamente dal divergere dei diritti contrattuali nazionali o dalla complessità giuridica di tali divergenze, suscettibili di proibire, ostacolare o rendere altrimenti meno vantaggiose tali transazioni».

³⁶ Secondo la Proposta di Regolamento relativo a un diritto comune europeo della vendita cit., p. 2 (relazione): «Il sussistere di differenze tra i singoli diritti dei contratti degli Stati membri è un ostacolo per chi, professionista o consumatore, intende effettuare scambi transfrontalieri nel mercato interno. Proprio a causa di questi ostacoli, i professionisti, in particolare le piccole

L'INTEGRAZIONE DEL CONTRATTO TRA CORTE DI GIUSTIZIA E NUOVA DISCIPLINA SUI RITARDI DI PAGAMENTO: IL SEGMENTARSI DEI RIMEDI

Di Stefano Pagliantini

SOMMARIO: 1. L'integrazione del contratto asimmetrico in due nuove vicende: gli interessi moratori eccessivi in un contratto b2c ed il testo riformato dell'art. 7 d. lgs. 231/2002. - 2. La polivalenza interpretativa della sentenza Banco Español de Crédito (causa C-618/10): esclusività, nel segno del più, di una caducazione pura? - 3. La seconda interpretazione possibile: la riduzione conservativa come rimedio contra legem ed il primato assiologico del diritto dispositivo. - 4. Segue: la deterrenza limitata della pronuncia. 5. Segue: un ritratto di questioni incerte. - 6. La terza interpretazione plausibile: divieto di riduzione conservativa e neutralità integrativa. - 7. L'art. 7 d. lgs. 231/2002 riformato: un caso legale di *renouissance conservativa* nella riduzione conservativa quale *in re professionisti* ovvero tra impresa e P.A.? 8. Nota finale: la riduzione conservativa quale c.d. rimedio di equità.

1. L'integrazione del contratto asimmetrico in due nuove vicende: gli interessi moratori eccessivi in un contratto b2c ed il testo riformato dell'art. 7 d. lgs. 231/2002.

Due episodi hanno, di recente, scosso la tormentata materia dell'integrazione contrattuale: il primo, di conio giurisprudenziale, ha visto la Corte di giustizia sentenziare che il giudice, dopo aver espunto la clausola vessatoria da un contratto di consumo, non può provvedere ad integrarlo rivedendo il contenuto della clausola¹; il secondo, di stretta matrice legislativa, si innesta invece nel testo riformato - dal d. lgs. n. 192/2012 - dell'art. 7, c. 1 del d. lgs. 231/2002, sui ritardi di pagamento nelle transazioni

¹ V. C. giust. UE, 14 giugno 2012, causa C-618/10, in questa rivista 2013, 22 ss. con nota critica di D'ADDA, *Giurisprudenza comunitaria e massimo effetto utile per il consumatore: nullità (parziale) necessaria della clausola abusiva e integrazione del contratto*, in precedenza, per chi lo voglia, PAGLIANTINI, *Nullità di protezione, integrazione dispositiva e massimo effetto utile per il consumatore: variazioni sul tema dell'asimmetria contrattuale*, in Id., *La tutela del consumatore nell'interpretazione delle Corti*, Torino, 2012, 162 ss.

commerciali. Vi si legge infatti che le pattuizioni in deroga a quelle di legge relative «al termine di pagamento, al saggio degli interessi moratori o al risarcimento per i costi di recupero», ove si mostrino gravemente inique in danno del creditore, sono nulle. In luogo però della tecnica rimediale che figura nel vecchio testo al terzo comma - un sindacato giudiziale basculante tra un'applicazione dei termini legali ed una riconduzione ad equità dell'accordo nullo - viene adesso seccamente previsto che trovano applicazione gli artt. 1339 e 1419, c. 2 del codice civile.

Epitaffio perciò, se si combinano i due fattori, dell'integrazione giudiziale? È un'ipotesi probabile, ma non la sola plausibile: e la disamina che segue cercherà di esplicitare le ragioni che motivano un approccio di tipo interlocutorio. Quel che v'è di certo è che qualcosa si è mosso e si sta muovendo nella tematica -farragosa- degli effetti conseguenti ad una declaratoria di nullità parziale del contratto.



2. La polivalenza interpretativa della sentenza Banco Español de Crédito (causa C-618/10): esclusività, nel segno del più, di una caducazione pura?

Nella sentenza *Banco Español de Crédito*, la Corte di giustizia ha statuito che, accertata giuridicamente la vessatorietà di una clausola, il contratto dovrà «sussistere, in linea di principio, senz'altro modifica che non sia quella risultante dalla soppressione delle clausole abusive (§ 65)»: lo impongono, questi i due argomenti su cui si impernia la motivazione, la lettera dell'art. 6 della direttiva 93/13 (il contratto, purgato dalla pattuizione abusiva, rimane vincolante «secondo i medesimi termini») ed il principio di effettività della tutela consumeristica giacché, se si ammettesse una correzione giudiziale del contratto, verrebbe disatteso «a favore del professionista» l'effetto dissuasivo di una «pura e semplice non applicazione» delle suddette clausole. Di qui la statuizione di una contrarietà al diritto comunitario dell'art. 83 del codice del consumo spagnolo contemplante per il giudice, ove il contratto possa continuare a sussistere, «poteri di moderazione rispetto ai diritti e obblighi delle parti».

Questo allora significa, visto che nella vicenda occasionale la domanda di pronuncia pregiudiziale si dibatteva sulla vessatorietà del tasso degli interessi moratori in un contratto di credito al consumo, che il consumatore nulla deve opporre che lo stesso è tenuto a corrispondere gli interessi al saggio legale?

Ebbene, se -come altrove è capitato a scrivere²- il *dictum* della Corte vuol significare che la *mida caducazione* della clausola scansa anche l'integrazione dispositiva perché il professionista, a mo' di prognosi postuma, potrebbe da subito prefigurarsi il costo economico di un'eventuale declaratoria di vessatorietà, allora il dissenso è netto. E la ragione, accantonando qui l'apparato analitico degli argomenti concorrenti, sta nella circostanza che la nullità parziale necessaria è *sanzione* nei riguardi del professionista quanto alla non propagazione del vizio all'intero contratto: non si può viceversa, se quel diritto dispositivo derogato unilateralmente corrisponde ad una misura di giustizia, discostare il regolamento da «canoni di normalità del contratto»³ a vantaggio di un'assorbente funzione punitiva. Certo, è vero che un'integrazione dispositiva, in quanto «allinea le condizioni contrattuali ad un livello con-

forme alla legge»⁴, modifica il contratto nell'ottica di una vicenda ancora utile o apprezzabile per il professionista. Ma il fatto è che una nuda espunzione, questo in realtà l'equivoco nel quale incorre la Corte, non esiste. Quando infatti il legislatore, come nel caso dell'art 1815, c. 2 c.c., sancisce che *nulla è dovitio*, in realtà un'integrazione opera: epperò per il tramite di *norme imperative* di sostituzione speciale, alternative alle regole di una integrazione ex art. 1374 c.c. Sono delle regole espresse, dettate caso per caso, comandanti un *effetto sfavorevole* che serve spiccatamente da *sanzione* per il professionista scorretto.

Insomma la *summa divisio* non è tra un'integrazione dispositiva e nessuna sostituzione bensì tra due forme di correzione, comune la prima ed imperativa la seconda, con quest'ultima che sostiene una vicenda *unidirezionalmente sfavorevole*. Ed il contratto, caduta la clausola vessatoria, non si può affatto intendere come «*logiquement rééquilibré*»⁵.

Risultato: è vero che la norma dispositiva genera un effetto compensativo ridotto per il professionista. E tuttavia quel che si imputa al suddetto professionista è pur sempre il *rischio tipico di legge*: elidendo per sottrazione, altro non si fa che riservare al consumatore una tutela iperprotettiva. E, se la *ratio* della disciplina europea è di restaurare la parità *inter partes*, allora riconoscere al consumatore una condizione migliore di quella solitamente spettante a due contraenti operanti in condizione di parità, sembra scopertamente cozzare col principio di ragionevolezza di questa tutela.

D'altro canto, non è forse vero che il § 306, Abs. 3 del BGB⁶, quanto all'inefficacia dell'intero contratto, perché causa di un sacrificio insopportabile, è reputato una norma eccezionale, dato che la disciplina dispositiva, ove esistente, soltanto in casi *rares* può riconfermare la *lex contractus* secondo una foggia dischiudente un *unzumutbare Härte*? Ed il § 306, articolato in un trittico che va dalla limitatoria di un'inefficacia parziale (Abs. 1) ad una totale (Abs. 3) passando per il medio di un'integra-

⁴ Il passo si legge in TRSTENIAK, *Conclusioni nella causa C-618/10*, § 88.

⁵ Questo, viceversa, è l'avviso di DIALLO, *Clauses abusives: les pouvoirs du juge précisés*, in *Rev. Lamy*, 2012, n. 74, 54 s.

⁶ Tutti i riferimenti dottrinali e giurisprudenziali in BAKSDOW, *sub* § 306 BGB, in *MünchKommBürgerl. Gesetzbuch*, 6 ed., München, 2012, Rn. 33 e SCHLOSSER, *sub* § 306, in *Staudin-KommBürgerl. Gesetzbuch*, §§ 305-310, *Recht der Allgemeinen Geschäftsbdingungen*, 12^e ed., Berlin, 2006, Rn. 29 - 34.

⁷ V., da ultimo, GRATZ V. WESTPHALEN, *Unrechtsrechtliche Folgen des AGB-Missgriffs. Zum Bestehenbleiben 'skelletierter' Verträge*, in *NjW*, 2012, 1771 e v. anche, nel senso del testo, D'ADDA, *Giurisprudenza comunitaria e massimo effetto utile per il consumatore: nullità (parziale) necessaria della clausola abusiva e integrazione del contratto*, cit. 24.

consumo prevista dalla CESL - viene ad intersecarsi (quanto ad ambito) e sovrapporsi (quanto a contenuto) dando luogo, per aspetti rilevanti dei rapporti di consumo, a duplicati normativi contemporaneamente vigenti nello stesso ordinamento²⁷.

Ciò comporta un assetto di discipline, che proprio per la loro somiglianza, e nella prospettiva del meccanismo opzionale della CESL, non possono costituire delle reali alternative l'una un rispetto all'altra.

Nel caso di contratti conclusi da un professionista ed una piccola o media impresa (PMI), il discorso si fa più complesso.

La CESL viene ad aggiungersi ad un ventaglio di ipotesi già amplissimo. Ai sensi del Regolamento Roma I, le parti possono scegliere di sottoporre la disciplina del contratto non solo ad una delle leggi degli Stati membri, ma astrattamente anche leggi diverse da quelle degli Stati membri (salvo, in casi specifici, il rispetto della disciplina inderogabile comunitaria o di uno Stato membro, *arg. ex art. 3*, para. 3 ss. Reg. Roma I), ma, altresì, ad un diritto non statale ovvero ad una convenzione internazionale (consid. 13 Reg. Roma I)²⁸.

Inoltre, ancora con riguardo ai contratti tra imprese (di cui almeno una sia una PMI²⁹), non può sfuggire che la CESL si trovi a concorrere con altri strumenti di diritto uniforme, tra cui probabilmente il più riuscito a livello internazionale (considerato il

²⁷ I contenuti specifici della direttiva 2011/83/UE e sull'impatto rispetto alla normativa previgente, nonché sull'ambito soggettivo di applicazione, si veda MAZZAMITO, *La nuova direttiva sui diritti del consumatore*, in *Eur. dir. priv.*, 2011, p. 861 ss. Tale direttiva risulta poi totalmente disgiunta dal CFR, come già nota M. W. HESSELINK, *The Consumer Rights Directive and the CFR: two worlds apart*, cit., p. 290 ss. Penaltro, come si è già visto (cfr. *supra* nt. 16) questo distacco tra gli strumenti per l'uniformazione e l'*acquis* in materia di diritto dei consumatori, si era già manifestato con il Libro Verde de 2007, in forte discontinuità rispetto all'*Action Plan* il quale, invece, intendeva migliorare la coerenza interna all'*acquis* attraverso il CFR, quale strumento in grado di fornire una base di norme, terminologia, principi comuni.

²⁸ Alla luce di questo dato, acquisita miglior luce la diffusa affermazione secondo cui la Proposta di Regolamento (DCESL) avrebbe dato vita ad un ventosissimo diritto all'interno dell'Unione, accanto a quelli di ciascuno Stato membro. Tale notazione non va tuttavia confusa con l'idea che i possibili concorrenti della CESL siano soltanto i diritti dell'Unione, come pure ci sembra facciano voci autorevoli: cfr. CASTRONOVO, *Sulla proposta di regolamento relativo a un diritto comune europeo della vendita*, cit., p. 295; E. POSSNER, *The Questionable Basis of the Common European Sales Law: The Role of an Optional Instrument in Jurisdictional Competition*, *Chicago Institute for Law and Economics Working Paper No. 597* (24 settembre), online al link <http://ssrn.com/abstract=2049594> p. 1 ss., spec. p. 6.

²⁹ Ricordiamo sempre, tuttavia, che è lasciata agli Stati membri la possibilità di estendere l'ambito di applicazione anche ai contratti e rapporti tra professionisti di cui uno non sia una PMI (art. 13 lett. b) della Proposta).

numero di Stati firmatari e di ratifiche) relativo ai contratti commerciali di vendita è la Convenzione di Vienna sulla vendita di beni mobili³⁰.

La valutazione comparativa nel merito delle opzioni normative a disposizione, e, quindi, delle ragioni di una preferenza tra queste, appare eccedente l'ambito del presente lavoro, ed è, peraltro, oggetto di contrastanti interpretazioni³¹.

³⁰ Convenzione delle Nazioni Unite sui Contratti di compravendita internazionale di beni mobili, siglata a Vienna l'11 aprile 1980, altresì nota con l'acronimo CISG (*Convention on the International Sales of Goods*), riguarda rapporti tra imprese, di qualsiasi dimensione. ed è uno strumento che mira alla uniformazione a livello internazionale globale. Difatti, la sua applicazione non è rimessa alla volontà delle parti ma opera automaticamente nelle vendite internazionali di beni mobili per i Paesi che abbiano ratificato la Convenzione (attualmente 77), salva la possibilità per le parti di escluderne l'applicazione o di derogare alle sue disposizioni (art. 6 CISG), esclusa fatta per alcuni effetti inderogabili (art. 12, ma anche la promozione della buona fede nei rapporti commerciali internazionali, ex art. 7). Ciò dimostra come l'ambito applicativo dei due strumenti (CESL e CISG) non coincida totalmente, per presupposti e requisiti soggettivi (gli Stati in cui si applica e i contratti, soggettivamente qualificati i modo diverso), nonché per requisiti oggettivi (non è compresa nell'ambito di applicazione della CISG, ad esempio, la vendita di contenuti digitali). Per ulteriori aspetti, si veda altresì U. MAGNUS, *CISG and CESL*, cit., p. 232 ss., nonché M. J. BONELLI, *The CISG, European Contract Law and the Development of a World Contract Law*, in *56 Amer. J. Comp. Law*, 2008, 1, 6.

Si ricordi, altresì, che potenzialmente applicabili (solo, però, ove le parti abbiano rinviato agli stessi, ai principi generali di diritto, ovvero alla *lex mercatoria*, vedi Preambolo), nei contratti commerciali internazionali, sono i Principi Unidroit dei contratti commerciali internazionali (ormai giunti alla terza edizione, 2010), editi per la prima volta nel 1994, successivamente alla Convenzione di Vienna, e che, oltre da quest'ultima, s'ispirano altresì, più propriamente, alla c.d. *lex mercatoria*, ovvero a documenti della Camera di Commercio internazionale e dell'UNCITRAL.

Se si guarda, tuttavia, all'utilizzo dei due strumenti, il ricorso a CISG appare esponenzialmente più frequente (a partire dal 1988 risultano decisi 915 casi, a fronte dei 295 regolati dai Principi UNIDROIT), a partire dal 1994). Dati tratti dal database Unilex, disponibile sul sito <http://www.unilex.info/dynasite.cfm?dssid=2375&dmsid=1427>

³¹ M. B. M. LOOS e H. SHELHAAS, *Commercial sales: the Common European Sales Law compared to the Vienna Sales Convention*, *Centre for the Study of European Contract Law - Working paper series No. 2012 - 014*, disponibile al sito <http://ssrn.com/abstract=2166839>, che, anche sul terreno della concorrenza con la CISG, difende il migliore assetto offerto dalla CESL, in punto di formazione del contratto - carente in CISG, che vi dedica solo 11 articoli - e di controllo sulle clausole abusive. *Contra*: U. MAGNUS, *CISG and CESL*, cit., p. 254 ss. che, invece, della CISG esalta non solo il meccanismo dell'*opt-out solution* (anziché dell'*opt-in* presente nella CESL, che la rendere presuntibilmente lettera morta), ma altresì, tenuto conto del lungo e faticoso lavoro che ne è alle spalle, lo stile normativo e l'essenzialità, ritenendo che, le integrazioni apportate dalla CESL - non comportando principalmente i rapporti di consumo - non comportino significative differenze rispetto alle vendite commerciali.



prescelto, esclude l'applicazione di qualsiasi altra norma di diritto nazionale, quand'anche – astrattamente – incompatibile o più favorevole²².

Tale scelta si differenzia, quindi, dalla individuazione che le parti possono fare della legge applicabile, e che, in materia contrattuale nello spazio giuridico europeo, è disciplinata dal regolamento di Roma I²³.

Il Regolamento Roma I regola il conflitto tra leggi in materia di obbligazioni contrattuali (secondo i criteri di cui agli art. 4 e 6, quest'ultimo per i rapporti soggettivamente qualificati dalla presenza di un consumatore), solo per l'ipotesi in cui le parti non abbiano scelto la legge regolatrice (art. 3, para. 1 ss.), e stabilisce, altresì, in casi determinati, clausole di salvaguardia a favore di una normativa indole di tutela a favore della legge regolatrice (art. 3, para. 2). In verità, con tutti gli ordinamenti con cui vi siano elementi di connessione, art. 3, para. 3, ovvero in materia di protezione del consumatore, ex art. 6, para. 2)²⁴.

La disciplina sul diritto comune della vendita si pone, quindi, accanto e come alternativa ulteriore a regimi disciplinari già oggetto di facoltà di scelta delle parti, e, ove prescelta, non è sottoposta alle regole di risoluzione dei conflitti tra leggi.

Spetta ora verificare quale sia la platea di possibili competitori, sul terreno delle leggi che le parti possono scegliere²⁵.

Innanzitutto, è stata, a ragione, stigmatizzata come un ostacolo alla promozione della normativa stessa, in quanto metterebbe in allerta il consumatore circa il pericolo di perdere, con l'adesione alla CESL, una possibile maggiore tutela garantita dal proprio ordinamento nazionale. Tale rischio, avendo riguardo alla complessiva disciplina, è stato considerato altamente remoto. Sul punto, CASTRONOVO, *Sulla proposta di regolamento relativo a un diritto comune europeo della vendita*, cit., p. 297 ss.

22 Cf. Proposta di Regolamento cit., p. 6.
23 Regolamento (CE) n. 593/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio del 17 giugno 2008 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (Roma I), in *G.U.U.E.* n. 177 del 4.7.2008, p. 6 ss., la cui applicazione resta impregiudicata dall'entrata in vigore della CESL. (Cf. Proposta di Regolamento cit., p. 6).
24 Già, peraltro, il Regolamento Roma I apriva alla possibilità di uno strumento comunitario di diritto sostanziale (contrattuale) che prevedesse la possibilità per le parti di sceglierlo.

25 È stato, tuttavia, rilevato come, onde evitare possibili conflitti con l'art. 6, para. 2 del Regolamento Roma I, sarebbe opportuno prevedere che la CESL ne costituisca una esplicita eccezione, potendo sorgere altrimenti interpretativi. Si veda U. MAGNUS, *CJEG and CESL*, *Max Planck Private Law Research Paper No. 12/27*, online sul sito <http://ssrn.com>, p. 225 ss., spec. pp. 238 – 241. In verità, trattandosi di fonti paritetiche (regolamento), ci sembra che un'interpretazione sistematica della CESL e l'applicazione del criterio cronologico siano sufficienti a determinare la prevalenza della CESL sul Regolamento Roma I.

26 Faremo riferimento all'ipotesi base comune, quella di un contratto transfrontaliero, tra soggetti (che si tratti di un rapporto tra professionista e PMI o professionista e consumatore) di cui

La CESL come "strumento opzionale", si trova a concorrere almeno con un diritto nazionale, ovvero la sua disciplina inderogabile di una delle parti del contratto: il consumatore (nel caso di contratti conclusi da consumatori, ex art. 6, para. 2, Reg. Roma I). Infatti, nel caso in cui la CESL venga preferita, anche ove astrattamente meno favorevole per il consumatore, non potrà essere, neppure parzialmente, soppiantata dalla legge nazionale più favorevole²⁶.

In questo campo, peraltro, i diritti nazionali, pur diversificati per effetto della tecnica normativa propria dell'*acquis*, che è stato quello delle direttive ad armonizzazione minima, hanno ricevuto una spinta verso l'armonizzazione massima dalla recente direttiva sui contratti a distanza e negoziati fuori dai locali commerciali, la quale – con una disciplina identica o simile rispetto alla disciplina dei rapporti di

almeno uno abbia la residenza abituale in uno Stato Membro (art. 4 DCESE). Ma le soluzioni non differiscono anche ove si estenda lo spettro delle fattispecie al contratto puramente domestico, facoltà (dell'estensione dell'ambito di applicazione) che – come si è visto – potrebbe essere concessa agli Stati membri.

26 In verità, con riguardo alla tutela dei consumatori, il pericolo che l'applicazione della CESL possa comportare un arretramento è considerato marginale. Cf. D'AMICO, *Dirittura sui diritti dei consumatori e Regolamento dell'Unione europea in materia di vendita: quale strategia dell'Unione europea in materia di armonizzazione?*, cit., p. 620 ss. Si tratta cioè di ipotesi eccezionali. Si consideri, ad esempio, il caso spagnolo relativamente al controllo giurisdizionale sul contenuto economico del contratto. Come di recente confermato dalla stessa Corte europea di giustizia (Sez. I, 3 giugno 2010, caso C-484/08, altresì nota come sentenza Caja de Ahorros), l'ordinamento spagnolo (l. n. 26/1984, modificata dalla l. n. 7/1998, che ha trasposto nel diritto interno la direttiva 93/13/CEE) non violato alcun obbligo nel non recepire l'art. 4, n. 2, della direttiva 93/13/CEE (il quale esclude che la valutazione del carattere abusivo verta su una clausola concernente l'oggetto del contratto, nei contratti stipulati con i consumatori), non costituendo tale disposizione norma inderogabile ai fini dell'armonizzazione minima della direttiva. Ciò ha determinato il permanere in vigore della normativa nazionale, che prevede il controllo da parte del giudice sull'oggetto principale del contratto o sulla perfezionazione a prezzo/remunerazione e benefici/servizi forniti, indipendentemente dalla trasparenza (ovvero dalla chiarezza espositiva) della clausola.

Va, tuttavia, rilevato come: 1. la CESL (All. I alla Proposta), che negli art. 79 ss. disciplina le clausole abusive, esclude la valutazione dell'oggetto principale del contratto o dell'adeguatezza del prezzo dovuto solo nei contratti tra professionisti (art. 80, para. 3 dell'All. 1). In questa prospettiva, l'avanzamento della tutela del consumatore approntato dalla CESL esclude un possibile conflitto anche con l'ordinamento spagnolo. 2. In ogni caso, può ritenersi che, per ogni altra ipotesi, possibile di maggiore protezione accordata dall'ordinamento nazionale, il Parlamento e la Commissione abbiano – anche attraverso la predisposizione di un meccanismo di consapevole avvertimento al consumatore circa il rischio di perdita di protezione su specifici aspetti – considerato come prevalente il beneficio dell'uniformazione a fronte della perdita, possibile ma infrequente, di protezione per il consumatore.

zione applicando le disposizioni di legge (*nach den gesetzlichen Vorschriften*), ha rappresentato il paradigma di riferimento dell'art. 6 dir. 93/13.

Per inciso, anche l'insistenza sul fatto che il contratto debba rimanere vincolante secondo i *medi termini* pare dissonante: se la non vincolatività introietta una correzione, allora – va da sé – il contratto mutilato *pro parte* non sarà *identico* a quello di prima. Al pari di un integrato per legge od officiosamente, è e si presenta come un *contratto differenziale*. Quel che muta è il tratto di *differentia specifica*, se è vero – come la migliore dottrina ci rammenta⁸ – che un'integrazione correttiva può aversi anche per «sottrazione».

Quindi, sembra corrispondere ad un malinteso sostenere che l'annientamento della clausola, se abbinato ad un'inclusione successiva del *quid* mancante, restituisce l'immagine di un «cheval de Troie»⁹, penalizzante oltremisura il consumatore. Semmai, infatti, è vero esattamente l'opposto: un'*amputazione pura* accresce i costi del professionista, non sono costi compensati da un'accresciuta razionalità decisionale del consumatore, l'obiettivo sistematico di facilitare i contratti¹⁰, nella prospettiva di un'estensione del mercato, è tutt'altro che assecondato.

E poi, *nulla quaesio* fin quando – come nel caso deciso dalla Corte di giustizia – l'abusività involge una clausola accessoria: ma se dovesse, tutt'al contrario, trattarsi di un *essenziale negotii*, sulla premessa che non si può interpolare *ex post* alcunché, bisognerà concludere per una *nullità integrale* del contratto. Nel sistema tedesco la *Totalnichtigkeit* prelude ad una tutela risarcitoria per *culpa in contrahendo* (§§ 241 e 311 BGB)¹¹: ma il bilanciamento degli interessi che si viene così a delineare – un risarcimento dell'intero danno patito dal consumatore a causa della *Verletzung vorvertraglichen Rückschutzmehrpflichten* – davvero corrisponde ad un ampliamento di tutela per il consumatore? Non v'è

8 Così ROPPO, *Nullità parziale del contratto e giudizio di buona fede*, in *Rev. dir. civ.*, 1971, I, 707. E v. poi MAUGERI, *Contratti caratterizzati da squilibrio di potere. Costruzione di un modello unitario di rimedio invalidativo o pluralità di modelli?*, in *Studi per Giovanni Nicotri*, Milano, 2007, 254.
9 Lo fa notare anche ROTTI, *Case note on Banco Español de Crédito v. Joaquín Calderón Camino*, in *ERCL*, 2012, 470 ss. (ove un'ininteressante disamina delle «legal consequences of the unfairness of a standard term»).

10 Ottica «empirica» di facilitazione dei contratti sulla quale molto insistono GRUNDMANN – ATAMER, *European Contract Law and Banking Contracts after the Financial Crisis: Challenges for Contracting and Market Transactions*, in *Financial Services, Amsterdam*, 2011, 7.
11 Per una più ampia articolazione del ragionamento sia consentito il rinvio a PAGLIANTINI, *Nullità di protezione. Integrazione dispositiva e massimo effetto utile per il consumatore: variazioni sul tema dell'asimmetria contrattuale*, cit., 209 ss.

chi non veda come una caducazione pura, a margingarla senza troppe cautele, finisce per marginalizzare la tecnica della nullità parziale necessaria sovvertendo nel contempo, per una singolare eterogeneità dei fini, il principio – ancora opaco – di «priorità sistematica dei rimedi specifici rispetto a quelli riservati»¹².

3. La seconda interpretazione possibile: la riduzione conservativa come rimedio *contra legem* ed il primato assiologico del diritto dispositivo.

E tuttavia la collazione di tutta una serie di passaggi argomentativi – §§ 65, I cpv., 69, I cpv., e 69, 2 cpv. *in fine*¹³ – può anche riversare un'immagine diversa della sentenza, legittimando almeno altre due interpretazioni utili.

Cominciamo dalla prima, etichettabile come la meno *tranchanti*, condensabile nella seguente formula: la Corte, in realtà, dà il colpo di grazia – *Todessstoff*¹⁴ – ad un certo potere del giudice.

Tutto muove, riesaminando *funditus* la motivazione della Prima Sezione, dalla derubricazione della revisione giudiziale ad una tecnica *a senso unico*, *premiante* per il professionista.

Ebbene, se così davvero fosse, dovrebbe concludersi che la Corte di giustizia è allora incorsa in una stridente illusione ottica. Non è vero infatti che l'integrazione giudiziale sia rimedio di per sé meno protettivo per il consumatore e difettante, *pour cause*, di una stringente efficacia deterrente. O meglio, *sic stantibus rebus* se si modella la correzione giudiziale sulla veste di una *geltungsverhaltende Reduktion*: che significa, così come la si è congegnata in passato nel sistema tedesco¹⁵, un aggiustamento

12 L'osservazione è di LIBERTINI, *Autonomia individuale e autonomia d'impresa*, in *I contratti per l'impresa*, a cura di Gitti – Mauerger – Notari, Bologna, 2012, I, 66.

13 Rispettivamente, i giudici nazionali, esornati unicamente ad escludere l'applicazione di una clausola contrattuale abusiva affinché non produca effetti vincolanti nei confronti del consumatore. E poi («se il giudice nazionale potesse rivedere il contenuto delle clausole abusive inserite in simili contratti, una tale facoltà potrebbe compromettere la realizzazione dell'obiettivo... di cui all'art. 7 della direttiva 93/13»).

14 Così, anche sagacemente, si esprime – già dal titolo – SCHLOSSER, *Todesstoff für ergäuzende Vertragsauslegung von AGB-Bestandteilen in Verbraucherverträgen*, in *Praxis des internationalen Privatrechts und Verfahrensrechts*, 2012, 507 – 515.

15 V., in luogo di tanti, SCHLOSSER, sub § 306, cit. Rn 12 e, nella dottrina italiana, RIZZO, *Le «clausole abusive» nell'esperienza tedesca, francese, italiana e nella prospettiva comunitaria*, Napoli, 1994, 291 s. (al quale si rinvia anche per la fitta e diffusa bibliografia tedesca ante *Schuldrechtsmodernisierung*). Con specifico riferimento alla sentenza della Corte, utili spunti in WENDENBURG, *Prüfung missbrauchlichen Klauseln im Ma-*

modificativo della clausola abusiva nella misura in cui essa non importa più un significativo squilibrio ai danni del consumatore. Insomma, una riscrittura della clausola «entro i confini dell'ancora ammissibile»¹⁶. E tuttavia, in quanto revisione accantonante quell'elisione della clausola abusiva che dà ingresso in via dispositiva all'ordinamento, pur sempre una tecnica veicolante - se non altro il più delle volte - minus di tutela per il consumatore. Si pensi al tasso degli interessi moratori ridotto ad una percentuale che non sia più abusiva ma pur sempre superiore al saggio legale. Quindi, in senso peggiorativo rispetto all'interpolazione dispositiva della lacuna sopravvenuta e con un minore coefficiente di rischio/mancato profitto per il professionista. Ciò esattamente quanto successo nel caso *de quo* ove il tasso era stato ridotto dal 29% al 19%, sul presupposto che si trattava del saggio normale nel settore creditizio.

Ma il discorso, com'è facile intuire, cambia radicalmente allorché si provveda a declinare l'integrazione giudiziale secondo il canone -senz'altro più abituale- di una tutela correttiva-modificativa, dopo aver espunto dal regolamento unilateralmente predisposto la pattuizione abusiva, provvede a sostituirlo con il giudizioale di un «punto di equilibrio diverso»¹⁷ più favorevole al consumatore: se è vero il rilievo è di un'evidenza immediata - che una regola migliorativa rispetto a quella del diritto dispositivo, postergato a motivo di una sua minor rispondenza alla «giustizia»¹⁸ del singolo scambio, assicura il massimo effetto utile al consumatore. Anzi, una sostituzione giudiziale che va oltre il corredo delle norme dispositive, sebbene vulneri la stabilità delle relazioni contrattuali mimando nel contempo la certezza delle regole governanti la circolazione giuridica, è indubbiamente più penalizzante per il professionista, spogliato dell'attitudine a presagire quali potrà essere la percentuale casistica di rischio che gli incombe per effetto di una possibile - se non probabile - declaratoria di vessatorietà¹⁹. In quest'ottica,

¹⁶ *Inverfahren und geltungsverhaltende Reduktion*, in *Eur. Zeits. f. Wirtschaftsrecht*, 2012, 758 s.

¹⁷ Così RIZZO, *op. loc. ult. cit.* Per altro, onde evitare equivoci, va chiarito che la riduzione conservativa, a stretto rigore, non postula la nullità della clausola: anzi, in luogo della nullità, dovrebbe assumersi che la clausola da ridurre sia valida. E tuttavia, sia pure in modo meno pregnante, può anche immaginarsi una riduzione conservativa *ope iudicis* che, alla stregua del sistema spagnolo, segue e non precede la declaratoria di nullità.

¹⁸ È il periodo di MINERVINI, *La nullità per grave ingiustizia dell'accordo sulla data del pagamento o sulle conseguenze del ritardo del pagamento*, in AA. VV., *Illiceità, immeritevolezza, nullità*, a cura di Di Marzio, Napoli, 2004, 216.

¹⁹ La felice espressione è di GENETTI, *La "nullità di protezione"*, in *Europa dir. priv.*, 2011, 82 (nt. 13).

allora, è senz'altro pertinente e corretto far notare che l'argomentazione dei giudici di Lussemburgo «*peine a convaincre*» è zoppica perché incistata sul falso presupposto di un potere correttivo «*comme une faveur faite au professionnel*». Donde, in applicazione del brocardo *simul stabunt simul cadent*, l'auspicio, dopo aver dimostrato l'infondatezza di questo assunto, a che la Corte riveda a breve «*sa positio*»²⁰.

E tuttavia, siccome la contraddizione parrebbe fin troppo vistosa, si può anche cedere alla sensazione di supporre che la Corte, in realtà, abbia voluto banalmente statuire - intanto il rigetto di una rettificazione *ope iudicis* che, per il fatto di mostrarsi orientata non alla soppressione della clausola ma ad una sua correzione *pro parte*, in vista di un miglior equilibrio del *smallag-* ma, comprime il livello della tutela consumerista anche in vista della finalità di *moral suasion* - a lungo termine - contemplata dall'art. 7 della dir. 93/13:

-poi - e *maxime* - il primato dell'integrazione dispositiva quale effetto naturale complessivo -leggi un ragionevole compromesso²¹ - per un contratto divenuto lacunoso. Potrebbe pensarsi ad un *automatismo* nel respandersi della disciplina di legge derogata in quanto è venuto meno il *fatto impeditivo* - cioè la clausola abusiva - schermante l'operare originario di norme si suppletive ma soltanto sotto la condizione di una disapplicazione non abusiva²². Salvo che non si versi in uno dei casi nei quali è la legge a richiamare suppletivamente un apprezzamento equitativo della corte²³; un'equità giudiziale, peggiorativa di quella dispositiva in quanto finalizzata a restaurare un mero riequilibrio del *smallagma* contrattuale, è invece *troppo* a favore del professionista.

Sinteticamente, l'equilibrio della *singola operazione* perde di vista *l'insieme* delle contrattazioni: la normalità funzionale alla tutela del consumatore è solo quella dispositiva, non anche una riscrittura del contratto nei limiti di quanto il giudice reputi *anconra legito*.

Oppure che, nella motivazione, manca un qualche addentellato di richiamo al diritto dispositivo, non varrebbe granché. Non si tratta infatti di un *si-*

²⁰ Così, anche per le citazioni progressse, PAISANT, *L'élargissement, par la CJUE, du pouvoir d'office et le refus de la révision d'une clause déclarative abusive*, in *Sem. Jur.* - Ed. gén., 2012, 1640.

²¹ Come nota ROTT, *Case note on Banco Español de Crédito, et al., 477* «between the interests of banks and consumers».

²² Per tutti D'AMICO, *L'abuso dell'autonomia negoziale nei contratti con i consumatori*, in *Il diritto europeo dei contratti d'impresa*, a cura di Sirena, Milano, 2006, 339 ss.

²³ Sull'equità come fonte d'integrazione suppletiva del contratto v., per tutti, ROPPO, *Il contratto*, in *Tratt. dir. priv.*, a cura di Ludica e Zatti, 2 ed., Milano, 2011, 463.

In quest'ottica, la Proposta di regolamento dell'ottobre 2011 rappresenta l'«esito minimalista» del processo di uniformazione¹⁷, in cui gli obiettivi della armonizzazione o uniformazione vengono fatti passare tramite la creazione di un sistema legale aggiuntivo¹⁸.

Per altro verso, proprio le soluzioni da ultimo avanzate dalle istituzioni europee inducono a rimettere sul banco le ragioni di fondo e le caratteristiche del processo di uniformazione delle legislazioni degli Stati membri, e ad interrogarsi sulle prospettive di metodo e di merito assunte/ o da assumere in sede comunitaria.

Anche contributi autorevoli, principalmente nel segno di una prospettiva liberista e improntata all'analisi economica, hanno infatti segnalato il prevedibile insuccesso del regolamento, se entrasse in vigore¹⁹.

mento europeo, 2 marzo 2009, disponibile all'indirizzo <http://ssrn.com>, poi pubblicato anche in *European Rev. Contr. Law*, 2009, p. 290 ss.

¹⁷ Parla di esito minimalista CASTRONOVO, *Sulla proposta di regolamento relativo a un diritto comune europeo della vendita*, cit., p. 289 ss. Il quale pur avanza il dubbio interpretativo che l'ambito di applicazione della Proposta di regolamento possa essere esteso, dalla vendita al contratto in generale, per le parti (I - III, nonché VI - VIII), aventi appunto portata generale, e come testimonia l'*iter* dell'atto, nato e a lungo incentrato sul diritto generale dei contratti (cfr. *supra* nt. 12), e il fatto di concretare un tipo contrattuale e non - come usualmente in ambito comunitario - un *transipecto* (cfr. CASTRONOVO, *ult. op. cit.*, p. 293 s.). Sulla valenza di una disciplina sulla vendita nel contesto più generale del diritto dei contratti e delle obbligazioni, più ampiamente, *infra* para. 4.

¹⁸ Il significato politico della CESL può comprendersi con quella paura per la codificazione che il prof. Von Bar già dichiarava con riguardo al DCFR: «I've learned my lesson: if we want to achieve something, if we wish to convince lawyers that a common basis for private law in whatever legal format is a good idea, we must avoid the notion of a 'European Civil Code' at nearly any cost; it raises emotions and fears which for the time being are impossible to overcome. That is another reason why the concept of a 'Common Frame of Reference' is not that bad. It is worth pursuing: it has the charm of the unknown and, at least on the face of it, the political innocence» C. VON BAR, *Coverage and Structure of the Academic Draft Common Frame of Reference*, in 3 *ERCL*, 2007, p. 353.

¹⁹ La Proposta di regolamento è stata criticata sotto molteplici profili: da un punto di vista strettamente tecnico - giuridico (ad esempio per il sovrapporsi ad altre discipline già vigenti, come evidenziato ampiamente da CASTRONOVO, *Sulla proposta di regolamento relativo a un diritto comune europeo della vendita*, cit., p. 296 ss. e già prima, nell'audizione al Parlamento europeo, Commissione affari giuridici, del 1 marzo 2012, <http://www.europarl.europa.eu/document/activities/cont/201203/20120307ATT40133/20120307ATT40133EN.pdf>); per-

ancora una volta, la cattiva qualità della formalizzazione/linguaggio legislativi (CASTRONOVO, *Sulla proposta*, cit., p. 315, e nello stesso senso R. ZIMMERMANN, *The Civilian Experience Reconsidered on the Eve of a Common European Sales Law*, p. 24). Tuttavia, i principali aspetti critici riguardano la tecnica legislativa adottata (quella di una disciplina suppletiva), uniformamente ai contenuti, che sembrano rendere lo strumento

Accanto a questi orientamenti interpretativi si colloca l'opinione di coloro che ne stigmatizzano la timidezza ovvero tendono a difenderne una certa valenza in funzione della creazione della identità europea.

È da avvertirsi sin d'ora che, tuttavia, quest'ultimo risvolto dia l'impressione di esser piuttosto secondario, rispetto al primario risultato di un qualsiasi provvedimento normativo, cioè la sua applicazione, soprattutto quando essa sia rimessa alla scelta delle parti e, in ogni caso, non possa prescindere dal primo.

2. La CESL: profili problematici. In particolare la scelta dello strumento opzionale per le parti del contratto.

La Proposta di regolamento relativo ad un diritto comune europeo della vendita (il cui contenuto normativo è comunemente indicato dall'acronimo *CESL*, *Common European Sales Law*) rappresenta, la dopo anni di dibattiti, consultazioni, progetti, la prima proposta comunitaria di atto normativo per l'uniformazione del diritto contrattuale, non limitato all'ambito dell'*acquisti*.

Con la consapevolezza di questo importante ruolo, è necessario procedere ad analizzarlo.

Il regolamento ha per oggetto la disciplina delle operazioni transfrontaliere (art. 4) di vendita di beni mobili materiali, di fornitura di contenuti digitali e dei relativi servizi accessori (art. 1, 5), in cui il venditore sia un professionista e l'altra parte un consumatore, ovvero una piccola o media impresa (PMI) (art. 7). fatta salva la possibilità per gli Stati membri di estendere la disciplina ai contratti tra professionisti, di cui nessuno sia una PMI (art. 13, lett. b), e/o di estenderlo anche ai contratti domestici (art. 13, lett. a)).

Il testo della relazione di cui la proposta di regolamento costituisce l'allegato I espressamente esclude che si tratti di uno strumento di diritto internazionale privato, bensì «un secondo regime di diritto nazionale di ciascuno Stato membro»²⁰, la cui scelta è rimessa all'accordo delle parti²¹, e che, una volta

appetibile ai suoi destinatari, tenuto conto della consueta prospettiva «protezionistica» rivolta a determinate categorie di «contratti deboli» (consumatori, PMI). Su questi aspetti ci è sembrato utile provare ad adottare una *perspective of outsiders*, segnatamente quella della dottrina statunitense, che mette in discussione, più radicalmente, l'approccio europeo alla questione della uniformazione giuridica.

²⁰ Cfr. Proposta di Regolamento cit., p. 6.

²¹ Tuttavia, la mancanza delle forme prescritte per la scelta della CESL (artt. 8 e 9 della Proposta: nota informativa, dichiarazione separata dal restante accordo), in caso di contratto con-



gruppi di esperti⁹, e relativo a materie del diritto privato europeo¹⁰.

All'elaborazione del DCFR, seguono provvedimenti della Commissione europea, nuovamente incentrati sul più ristretto ambito del diritto dei contratti¹¹, secondo cui un diverso gruppo di Esperti (Gruppo di esperti per un quadro comune di riferimento nell'area del diritto europeo dei contratti) avrebbe dovuto incaricarsi della redazione di un quadro comune di riferimento del diritto europeo dei contratti, basato sul DCFR e sull'*acquis*¹². Il progetto elaborato dal Gruppo sarà successivamente ribattezzato studio di fattibilità¹³.

I lavori di tale commissione, instaurata nel 2010, sono poi rapidamente confluiti nella Proposta di regolamento del Parlamento europeo del Consiglio relativo a un diritto comune europeo della vendita (di beni mobili)¹⁴, di cui qui si discute.

⁹ I redattori del progetto sono stati accademici internazionali, e segnatamente, il Gruppo di Studio sul Codice Civile Europeo (*Study Group on a European Civil Code* guidato da Christian von Bar), il Gruppo di Studio sul Diritto Privato comunitario in vigore (noto come Gruppo di ricerca sull' *Acquis communautaire* - *Research Group on the Existing EC Private Law (Acquis Group)* guidato da Hugh Beale) e il Gruppo sul Diritto del Diritto delle Assicurazioni.

¹⁰ Il progetto copre l'ambito del diritto dei contratti, della responsabilità extracontrattuale e si riferisce sia a contratti commerciali sia ai contratti dei consumatori. Tra le funzioni del quadro di riferimento, oltre a quello di costituire un "sostrato" per la formulazione di condizioni contrattuali standard, sono indicati: il suo impiego negli arbitrati, da parte dei legislatori come guida nel recepimento delle direttive, e di ispirazione per la Corte di giustizia delle Comunità Europee. Cfr. COM(2004) 651, p. 6 (versione italiana). È ben noto come il gruppo di studio sul DCFR si sia accuratamente richiamato, in sede di redazione, ai contenuti dei PECL.

¹¹ Cfr. Libro verde della Commissione sulle opzioni possibili in vista di un diritto europeo dei contratti per i consumatori e le imprese (COM(2010)348 definitivo).

¹² 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/UE), in *G.U./L.E. L 105*, p. 109 ss., peraltro determinando criteri di selezione *subject to considerable criticism*, così R. ZIMMERMANN, *The Civilian Experience Reconsidered on the Eve of a Common European Sales Law*, p. 27 del dattiloscritto.

¹³ Il progetto appare nel maggio 2011. EXPERT GROUP, *A European contract law for consumers and businesses: Publication of the results of the feasibility study carried out by the Expert Group on European contract law for stakeholders' and legal practitioners' feedback* (3 maggio 2011), disponibile all'indirizzo http://ec.europa.eu/justice/contract/files/feasibility_study_final.pdf. Lo studio era destinato a sollecitare, a stretto giro (entro il 1° luglio 2011), le risposte delle categorie interessate, sul merito dello studio.

¹⁴ Non risulta chiaro perché la Commissione si sia orientata verso il profilo ridotto della vendita. Così CASTRONOVO, *Sulla proposta di regolamento relativo a un diritto comune europeo della vendita*, in *Diritto privato europeo*, 2012, p. 289 ss., spec. 292 e D'AMICO, *Dirittiva sui diritti dei consumatori e Regolamentazione sul Diritto comune europeo della vendita: quale strategia*

In base all'ambito e alla portata, la successione dei provvedimenti adottati in sede europea sembrerebbe seguire un andamento parabolico, per quanto confuso: con un primo tratto tendenzialmente ascendente, nonostante le evidenti soluzioni non lineari e di compromesso dovute alla divergenza di opinioni tra gli Stati Membri. Tale stadio corrisponde all'impulso dato dalle istituzioni europee per un progetto di uniformazione del diritto dei contratti, con una prospettiva estesa all'intero diritto privato (o di suoi vasti settori), sebbene molto spesso non ne sia stato ben evidenziato il reale obiettivo (come già detto nel caso dell'*Action plan* obiettivi specifici erano il miglioramento dell'*acquis*, e la solo eventuale redazione di uno strumento opzionale).

Discendente, ovvero ulteriormente riduttivo, risulta, invece, il secondo ramo di questa ideale parabola⁵, confluyente in un provvedimento limitativo per ambito (la vendita transfrontaliera di beni mobili, materiale digitale e servizi accessori) e per valenza, dato ormai il definito distacco dei progetti di uniformazione dall'*acquis* in materia di diritto dei consumatori¹⁶.

gia dell'Unione europea in materia di armonizzazione?, cit., p. 617. Il riferimento alla vendita (ma anche alla fornitura di servizi), come tipologie di contratti più frequenti, compare in verità per la prima volta nella Risoluzione del Parlamento europeo dell'8 giugno 2011 sulle opzioni possibili in vista di un diritto europeo dei contratti per i consumatori e le imprese (2011/2013(INI)), dell'8 giugno 2011 (sub 25).

¹⁵ Va rammentato (cfr. *supra* nt. 6) come, invece, la possibilità di uno strumento opzionale, cioè cui le parti possano decidere di fare rinvio, costituisca uno degli oggetti di consultazione già a partire dall'*Action Plan* (punto 89 ss.). Di tale strumento rimaneva aperta la determinazione dell'ambito (se quello del CFR ovvero contratti specifici, cfr. punto 95). Segnatamente, si specificava come: «90. Sono stati avanzati degli argomenti a favore di uno strumento opzionale [...] di regole particolarmente adatte ai contratti transfrontalieri nel mercato interno. [...] 91. Col passare del tempo gli operatori economici acquisitebbero un grado di familiarità con tali regole equivalente a quello acquisito con il loro diritto contrattuale nazionale vigente [...]». La Commissione esaminerà se misure non settoriali, come un siffatto strumento opzionale, possano essere utili per risolvere i problemi consistanti nell'ambito del diritto contrattuale europeo.

[...] 95. [...] Il contenuto del quadro comune di riferimento dovrebbe di norma fungere da base per lo sviluppo del nuovo strumento opzionale. Se il nuovo strumento debba coprire tutte le materie che saranno riprese dal quadro comune di riferimento o solo da una parte di esse, oppure se debba comprendere soltanto regole di diritto contrattuale aventi portata generale oppure anche regole differenti a contratti specifici è una questione che attualmente rimane aperta» (c.v.o nostro).

¹⁶ Cfr. Libro Verde *Revisione dell'acquis relativo ai consumatori* COM(2006) 744 definitivo, in cui, per il miglioramento del quadro normativo esistente non si fa più alcun riferimento al CFR. Tale soluzione, tuttavia, discostando possibili critiche sul merito degli strumenti poi in concreto adottati per l'obiettivo della uniformazione, potrebbe essere considerata come un passo auspicabile verso la redazione di un codice europeo del consumatore. Cfr. M. W. HESSELINK, *The Consumer Rights Directive and the CFR: two worlds apart*, testo dell'audizione al Parla-

lenzio inespessivo: anzi, se le norme dispositive danno corpo al miglior coefficiente di equilibrio intersoggettivo²⁴, la mancata evidenza testuale di questo principio, per ragioni che sono tutt'uno con la sua ovvietà, diventa l'indice paradigmatico della sua stessa esistenza. Viene facile notare che, argomentando così, l'incompletezza dell'art. 36, c. 1 c. cons. finisce per rivelarsi del tutto apparente. La disposizione verrebbe infatti a trovare la sua ragione complessiva *altrove*.

4. Segue: la deterrenza limitata della pronuncia.

Orbene, se così fosse, davvero all'ora-niente di stupefacente: soltanto una Corte che, senza appello, ha cassato la tecnica della riduzione conservativa, quale specie di *conversione mascherata*, negando la qualifica di criterio concorrente quanto all'integrazione di un contratto divenuto incompleto?

Non è affatto da escludere, anzi è plausibile anche in ragione di quanto si legge in quel § 70 ove i giudici escludono recisamente che, in *subjecta materia*, possa operare l'art. 8 della direttiva 93/13. In quanto direttiva di armonizzazione minima, com'è facile rammentare, v'è spazio soltanto per il conio di regimi protettivi *in melius*: e se la revisione giudiziale si sostanzia in una riduzione nei limiti della non abusività -*recte* in una applicazione seppur depurata della clausola impugnata- allora non c'è motivo di ammetterla senza scivolone nella formalizzazione di un livello *in peius* di tutela²⁵.

Risultato: la *geltungserhaltende Reduktion* quale paradosso che sminuisce, prima ancora di urtare con questa o quella previsione singola, la ratio di pre-

²⁴ Per un'acuta ed analitica disamina già D'AMICO, *"Regole di validità" e principio di correttezza nella formazione del contratto*, Napoli, 1996, 269 ss. e 334 ss.

²⁵ In un contesto siffatto, la Corte non lo dice ma è una deduzione automatica, analoga, sorte avranno naturalmente quelle figure, diverse dalla *geltungserhaltende Reduktion* ma a questa teleologicamente contigue, note come le *salvatorische Klauseln* ovvero clausole della regola alternativa (v., per alcuni puntuali richiami, RIZZO, *Le 'clausole abusive' nell'esperienza tedesca, francese, italiana e nella prospettiva comunitaria*, cit., 293). ambedue, in anni passati, di sperimentato utilizzo nell'esperienza tedesca e rivolte essenzialmente a bypassare il diritto comune. Gli è infatti che il rischio interpretativo «deve essere sopportato [dal professionista]»: così RIZZO, *op. cit.*, 291. Altrimenti, notazione tutt'altro che di contomo, se costui potesse affidamento su di una giudiziale *geltungserhaltende Reduktion*, gli verrebbe accordata l'opportunità di continuare ad avvalersi delle clausole contenute nell'art. 33, c. 2 l. av. c. cons. senza esporti a chissà quale rischio. E di qui poi, a cascata, anche l'effetto, non v'è chi non lo veda, di una preattività dello stesso principio di trasparenza ridotto al minimo.

venzione della direttiva 93/13²⁶. E, per conseguenza, il *dictum* denegativo della Prima Sezione.

Un *dictum*, questa in *limine* l'obiezione che gli si potrebbe però muovere, fin troppo fiducioso sul fatto che il confine tra *non apporzione* e *riduzione conservativa* sia sempre nitidamente stilizzabile. Vero infatti, come messo in risalto dalla dottrina tedesca²⁷, che la prima alligna nell'ambito dell'efficacia e la seconda è più correttamente iscrivibile nel terreno dell'interpretazione. Epperò, ad incrementare il tasso di vischiosità, provvede la circostanza che molte delle clausole presuntivamente sospette *ex lege* di vessatorietà sono a contenuto indeterminato o espresse con formule lessicali aperte: il che, essendo spesso incerto il coefficiente estremo di vessatorietà che la legislazione europea ha inteso in concreto bandire dal traffico giuridico, finisce per innescare una sovrapposizione -*recte* una commistione- di piani in un vorticoso e spesso implicito alternarsi dei due rimedi, ad orientare l'oculata applicazione selettiva dei quali nient'altro è che il contingente strutturarsi dell'onere della prova: e qui il discorso si ingarbuglia. Nell'ordine -intanto la c.d. presunzione di vessatorietà, di cui all'art. 33, c. 2-, quale che sia il modo prescelto di costruirla, assiste soltanto le clausole riportate nel catalogo di legge²⁸. Sicché, quando si faccia questione della clausola generale di cui all'art. 33, c. 1, è al consumatore che spetta provare lo squilibrio a suo danno e la rilevanza significativa dello stesso. Poi sarà il giudice che valuterà.

-la c. d. presunzione di vessatorietà, in realtà norma sull'inversione dell'onere della prova rispetto al disposto generale dell'art. 2697 c.c., riduce molto il tasso di discrezionalità valutativa del giudice se la si legge come attribuita al professionista della sola facoltà di provare il sussistere di uno dei -*due*- fatti impeditivi della vessatorietà ricompresi nella lettera dell'art. 34, cc. 3 e 4. Perché, premessa logica sottintesa, la clausole dell'elenco sono allora intese come vessatorie *ex lege*²⁹, con esclusione della pro-

²⁶ Sotto questo aspetto, ha indubbiamente ragione ROTT, *Care note on Banco Español de Crédito*, cit. 477 ad affermare che, assumendo «the perspective of deterrence, the Court's solution is obvious». E tuttavia questo non implica per forza anche un pronunciarsi sul tipo di integrazione da adottare per ovviare alla soppressione della clausola. Ma v. *infra* § 5, testo e note.

²⁷ V., in luogo di tanti, già MEDICUS, *Rechtsgloß für den Vertrag bei Unwirksamkeit von Allgemeinen Geschäftsbedingungen*, in Heinrichs u.a. (Herausgeber), *Zen Jahre AGBG*, 1987, 94.

²⁸ *Inter alios* MINERVINI, *I contratti dei consumatori*, in *Tratt. del contratto*, a cura di Roppo, IV, I rimedi - 1, a cura di Gentili, Milano, 2006, 580 s. e FICI, *sub art. 33*, in *Dei contratti in generale*, a cura di Navarra - Onestano, IV, Torino, 2011, 760.

²⁹ L'atecnicismo della presunzione in oggetto è -notoriamente- ben messa in risalto da MENGONI, *Problemi di integrazione del-*



va contraria. Viceversa il contesto muta radicalmente se dovesse accedersi alla tesi di una vessatorietà dell'art. 33, c. 2 soltanto in astratto e da rimettersi ad un successivo accertamento in concreto³⁰, se è vero che, a ragionare così, sarebbe proprio il giudice, piuttosto che l'arbitrato, a dover intervenire in tal senso del professionista, a poter rilevare la non vessatorietà della clausola. Evidentemente optando per l'interpretazione *meno ostile* al consumatore. Ma, sia detto per inciso, anche nella versione più blanda il consumatore semplicemente *allega* il ricorrere di una clausola dell'elenco, il professionista è onerato del fatto impeditivo ex art. 34, cc. 3 e 4 ovvero del fatto negativo della vessatorietà non ricorrendo nel caso contestato quel significativo squilibrio rappresentante il fatto costitutivo dell'abusività³¹ - il margine di incertezza legato ad un apprezzamento giuridico di *strittivamente conservativa* della clausola, permane. Si pensi, per limitare l'esemplificazione ad un solo caso, alla clausola penale che, in un contratto di mediazione, sia prevista a carico del consumatore per le ipotesi di un suo recesso, prima che sia scaduta la proposta irrevocabile di vendita, senza un giustificato motivo ovvero se la compravendita dovesse realizzarsi senza l'intervento dell'agenzia immobiliare. Clausola sì in forte predicato di *quid pro venditoria*, epperò se si assume che il *quid* rilevante della fattispecie di cui alla lettera f) dell'art. 33, c. 2, si incisi sul carattere manifestamente eccessivo del *quantum* preteso.

In conclusione, proprio nell'ottica curiale di una valorizzazione dell'art. 7 della dir. 93/13, il legame l'effetto di prevenzione al solo divieto di riduzione della disciplina dei «contratti del consumatore» nel sistema del codice civile, in *Rass. giur. en. el.*, 1997, 305 e da CASTRONOVO, *Profili della disciplina nuova delle clausole c.d. vessatorie cioè abusive*, in *Europa dir. priv.*, 1998, 10 s. 30 V. CIAN, *Il nuovo capo XVII-bis (Titolo II, Libro IV) del codice civile, sulla disciplina dei contratti con i consumatori*, in *Studium iuris*, 1996, 416 e, sia pure in una maniera più sfumata, MINERVINI, *I contratti dei consumatori*, cit., 577.

31 Così, per es., articolano la ricostruzione SIRENA, *sub art.* 1469-bis, 3 comma, in *Clausole vessatorie nei contratti del consumatore*, a cura di Alpa e Patti, in *Il Codice Civile. Commentario Schlesinger*, Milano, 2003, 207 ss. e PATTI, *La presunzione di vessatorietà, e altri aspetti di diritto delle prove*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2000, II, 515. Col risultato però, se il professionista è ammesso a provare la non vessatorietà, che l'attributo qualificativo dell'abusività non è dato dalla c.d. presunzione bensì è l'effetto di una omessa prova fornita dal professionista. Non a caso De Nova, *Le clausole vessatorie*, Milano, 1996, 18, sulla premessa che la presunzione dell'art. 33, c. 2 sia abbia lo stesso effetto di una presunzione legale in senso proprio, ritiene che il professionista sia ammesso a dimostrare l'assenza del fatto costitutivo perché quel che la legge verrebbe a statuire sarebbe null'altro che un'esenzione del consumatore dal dimostrare la vessatorietà. In deroga espressa al disposto dell'art. 2697 c.c. e senza alcuna valutazione qualificativa ex iure.

conservativa, rischia di palesarsi come una misura operativamente di *bassa intensità*: se all'enuciamento del divieto *de quo* non si abbina uno strutturale la c.d. presunzione di vessatorietà alla stessa guida di una preclusione alla prova di un fatto negativo ex art. 34, c. 1 - del significativo squilibrio (cioè del fatto costitutivo dell'abusività). Lo ha messo opportunamente in risalto chi, sul presupposto che l'eservizi di un fatto impeditivo non osta al sussistere di un certo fatto costitutivo, iscrive la riproduzione di previsioni di legge (art. 34, c. 4) e la trattativa individuale (art. 34, c. 5) tra i fatti idonei ad impedire che una data fattispecie possa produrre i suoi effetti³². L'art. 34, c. 1, calco parziale dell'art. 4 dir. 93/13, sarebbe da intendere - in quest'ottica - come provvisto di un perimetro applicativo circoscritto alla vessatorietà giudiziale ex art. 33, c. 1. E la sensazione è che ragionare sull'atteggiarsi dell'onere della prova avvantaggi il consumatore più di quanto non faccia un assimilare il potere del giudice ad una *veritabile frappe chirurgicale*³³.

5. Segue: un tritico di questioni incerte.

Ad ogni buon conto, se anche fosse quella descritta la cornice argomentativa di riferimento, non tutto troverebbe una sistemazione adeguata. Tre questioni - allo stato - rimarrebbero, infatti, decisamente incerte:

- *quid* nel caso di una riduzione conservativa che si mostri più conveniente per il consumatore di una applicazione del diritto comune? È il caso, lo si è evidenziato altrove³⁴, della clausola penale eccessiva alorquando non sia stata convenuta la risarcibilità del danno ulteriore (art. 1382, c. 1 c.c.). Una riducibilità giudiziale, nella forma di cui all'art. 1384 e limitante il *quantum* dovuto, può infatti mostrarsi premiale rispetto ad un *integrale* risarcimento del danno, patito dal professionista, liquidato secondo il diritto comune.

- *quid*, a seguire, allorché la correzione riduttiva della clausola, in luogo della sua caducazione, sia domandata dal consumatore proprio in applicazione del diritto comune?

Per entrambe le fattispecie, se si muove dall'assunto di una reviviscenza incondizionata delle norme dispositive, potrebbe concludersi che non c'è modo di ammettere una qualche deroga. E tuttavia,

³² Così FICI, *sub art.* 33, cit., 763 (sebbene il richiamo all'art. 8 della direttiva, in un contesto siffatto, suoni superfluo).

³³ L'espressione si legge in DIALLO, *Clausole abusive: les pouvoirs du juge précois*, cit., 54 s.

³⁴ V. PAGLIANTINI, *Nullità di protezione, integrazione dispositiva e massimo effetto utile per il consumatore: variazioni sul tema dell'asimmetria contrattuale*, cit.

Infatti, è alla luce dei risultati prodotti dai lavori dei gruppi di studiosi su indicati che, nel 2001, l'Unione europea inaugura una politica più decisa - mentre volta alla armonizzazione del diritto contrattuale dei paesi membri, con la Comunicazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo, dell'11 luglio 2001, sul *diritto contrattuale europeo*³, e quindi con la Comunicazione su una *migliore coerenza del diritto contrattuale europeo - Piano d'azione* (c.d. *Action Plan*) del 12 febbraio 2003. Già quest'ultima iniziativa, tuttavia, rivela quella che poi sarebbe stata la cifra costante dei provvedimenti europei in materia di uniformazione del diritto contrattuale in ambito europeo: certa soluzione di compromesso tra un'idea più decisa di uniformazione, concretantesi in principi e regole comuni ai diritti degli Stati membri, pur al prezzo di variazioni rispetto ai singoli diritti nazionali, e la limitazione dell'ambito di operatività di tale diritto uniforme a singoli settori, pur rilevanti (l'*acquis* comunitario in materia di consumatore, o i contratti transfrontalieri)⁵.

punto - principi, anche se l'esito finale è stato quello di nome di dettaglio. Cfr. R. ZIMMERMANN, *ius commune and the Principles of European Contract Law: Contemporary Renewal of an Old Idea*, in *AA. VV., European Contract Law: Scots and South African Perspectives* a cura di Mac Queen e Zimmermann (curr.), Edimburgo, 2006, p. 1 ss., e nella versione italiana, *Lo ius commune e i Principi di diritto europeo dei contratti: rivisitazione moderna di un'antica idea*, in *Contr. e Impresa/Europa*, 2009, p. 101 ss., spec. p. 106 ss.

Diversamente, l'Accademia dei Giuristi europei, fondata nel 1990, e coordinata da Giuseppe Gandolfi, ebbe sin dall'inizio l'obiettivo di redigere il testo di un possibile codice europeo dei contratti (*Code européen des contrats*, *Live premiere*, riguardante il contratto in generale e pubblicato nella prima parte, relativa alla vendita, del Libro II, attualmente disponibile all'indirizzo <http://www.academiagiuristieuropei.it>). Sulla diversa impostazione dei due progetti scientifici, si veda ancora R. ZIMMERMANN, *Lo ius commune e i Principi di diritto europeo dei contratti* [...], cit., p. 103 ss., le cui valutazioni appaiono, tuttavia, alquanto riduttive circa l'impegno di lavoro profuso dall'Accademia, rispetto al processo di redazione dei Principi.

⁴ COM(2001) 398 definitivo, volta ad avviare un dialogo sui problemi per il mercato interno derivanti dalla frammentazione giuridica tra gli Stati membri (n. 71 s. delle Conclusioni).
⁵ La questione delle ragioni e dei moventi dell'indirizzo assunto dalle politiche di armonizzazione dei diritti sostanziali (in ambito privatistico) rappresenta ovviamente una questione amosa e complicata. Se si condivide che l'uniformazione, realizzata, tuttavia, secondo ben precise modalità (diritto unico sostitutivo dei diritti domestici o, quanto meno, applicabile in via opzionale ai contratti interni e transfrontalieri), possa rappresentare un fattore di crescita economica nello spazio europeo (ma, sul punto più dettagliatamente si veda *infra* para. 3), l'ostacolo (politico) fondamentale è rappresentato dalle difficoltà di far convergere le volontà sovrane di tutti gli Stati membri verso la adozione di uno strumento normativo coerente e conseguenziale rispetto alle premesse.

Il provvedimento, infatti, espressamente vede la creazione di un quadro comune di riferimento, ma come «passo intermedio verso il miglioramento della qualità dell'*acquis* comunitario in materia di diritto contrattuale»; l'elaborazione di clausole contrattuali standard; l'indagine sull'opportunità di uno strumento opzionale⁶.

In esecuzione dell'*Action Plan* e della successiva Comunicazione su *Diritto contrattuale europeo e revisione dell'acquis: prospettive per il futuro*, dell'11 ottobre 2004⁷, si è giunti nel 2009 alla pubblicazione della versione definitiva del *Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, un *corpus* di principi, definizioni, norme modello⁸, elaborato da

⁶ COM(2003) 68 definitivo, che aveva come obiettivi, oltre alla continuazione del dibattito aperto con istituzioni, aziende, consumatori, professionisti giuridici, avviato dalla Comunicazione del 2001, quello di «sollecitare» «reazioni e commenti sulla proposta combinazione di misure normative e non normative [...] nonché dei contributi all'ulteriore riflessione sullo strumento opzionale (c.v.o. nostro) nel campo del diritto contrattuale europeo». Sull' *Action Plan*, cfr. L. GATT, *Le incoerenze dell'Action Plan*, in *AA. VV., Contratto e diritto uniforme*, a cura di L. Gatt e P. Pollicese, Napoli, 2005, p. 127 ss., ma altresì, *Id.*, *Action Plan on European Contract Law - Response to Communication on European Contract Law - COM (2003) 68 final* disponibile al http://ec.europa.eu/consumers/cons_int/safe_shop/fair_bus_pra/efcont-lawstakeholders/5-2.pdf

⁷ COM(2004) 651 definitivo, che ha per oggetto: la promozione di condizioni contrattuali standard applicabili in tutta l'Unione europea (punto 81 ss.); la progettazione del dialogo sull'opportunità dello strumento opzionale (c.v.o. nostro) (punto 89 ss.); il miglioramento dell'*acquis*, con particolare riguardo al potenziamento della protezione del consumatore, attraverso la formulazione di un quadro comune di riferimento nel campo del diritto contrattuale europeo (punto 55 ss.). Va a questo punto richiamata la stretta connessione evidenziata, a partire dalla Comunicazione del 2001, tra la convergenza tra i diritti contrattuali degli Stati membri (rilevata anche sulla base del metodo comparatistico, alla stregua di quanto fatto per i PECL) e il miglioramento e l'uniformazione dell'*acquis* comunitario in ambito contrattuale (spec. punti 34 ss. sull'applicazione uniforme, e 57 ss. sul miglioramento qualitativo della legislazione esistente COM(2001) 398; e punto 55 ss. della COM(2003) 68, con particolare riguardo al ruolo del Quadro comune di riferimento nel miglioramento dell'*acquis*). Tale connessione è stata poi abbandonata nell'ambito della revisione dell'*acquis* comunitario in materia di diritto dei consumatori, culminata con la Direttiva sui diritti dei consumatori (direttiva 2011/83/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 25 ottobre 2011, in *G.U.U.E.* L. 304 del 22 novembre 2011), secondo una direzione che quindi sembra svincolare il diritto contrattuale europeo generale dal diritto europeo del consumatore. Sul punto e sul ruolo svolto in proposito dalla Commissione giuridica del Parlamento europeo, si veda G. D'AMICO, *Direttiva sui diritti dei consumatori e, solitamente, sul Diritto comune europeo della vendita: quale strategia dell'Unione europea in materia di armonizzazione?*, in *Contratti*, 2012, p. 611 ss., spec. p. 613 ss.

⁸ Sulle diverse tipologie normative, cfr. U. BRACCIA, *Principles, definitions e model rules nel "comune quadro di riferimento europeo"* (Draft Common Frame of Reference), in *Contratti*, 2010, p. 95 ss.

L'UNIFORMAZIONE DEL DIRITTO CONTRATTUALE EUROPEO. AMERICAN PERSPECTIVES*

Di Ilaria Amelia Caggiano

SOMMARIO: 1. I tentativi di uniformazione del diritto contrattuale europeo fino alla Proposta di regolamento per un diritto comune della vendita (DCESL, Draft of Common European Sales Law). – 2. La CESL: profili problematici. In particolare la scelta dello strumento opzionale per le parti del contratto. – 3. Critiche di merito e di metodo da parte della dottrina statunitense. – 4. Quali chances per un diritto comune della vendita.

1. I tentativi di uniformazione del diritto contrattuale europeo fino alla Proposta di regolamento per un diritto comune della vendita (DCESL, Draft of Common European Sales Law).

A più di un anno dall'emanazione da parte del Parlamento Europeo e del Consiglio della Proposta di regolamento per un diritto comune europeo della vendita¹ e alla luce della riflessione che è maturata in proposito, appare opportuno dar conto dei possibili esiti di una entrata in vigore del Regolamento, già oggetto di diffuse critiche.

Come noto, la Proposta di regolamento per un diritto europeo della vendita rappresenta l'ultimo passo di un percorso avviato dalle istituzioni europee sul finire degli anni Ottanta e poi più incisivamente condotto a partire dal 2001², volto alla armo-

* Saggio sottoposto a revisione da parte di un membro del Comitato dei Revisori.

¹ COM(2011) 635 definitivo del 11 ottobre 2011.

² Il primo atto ufficiale riguardante la politica di convergenza dei diritti contrattuali nell'ambito europeo, nell'ambito dei provvedimenti di cooperazione giudiziaria in materia civile, è costituito dalla Risoluzione del Parlamento Europeo A2-157/89 sulla azione di allineare i diritti privati degli Stati Membri, in

nel primo dei casi richiamati, il consumatore, se la non applicazione fosse un canone rimediabile intangibile, non verrebbe spogliata di un plus di tutela bensì proprio di quella tutela che il diritto comune riserva ad ogni contraente. Di conseguenza, visto che la riduzione conservativa integra quel risultato concretamente più favorevole al consumatore imposto dall'art. 1469-bis c.c., sembra pertinente immaginare che tra due norme di diritto comune debba preferirsi quella esplicitante il miglior effetto utile per il consumatore. Quanto invece alla seconda ipotesi, non parrebbe da scartare neanche un'estensione di quel diritto di interpellio foggiate in sede di rilevabilità officiosa della vessatorietà: col consumatore, reso debitamente edotto dei suoi diritti, ammesso così soltanto se lo vuole a convertire la propria domanda originaria in una nuova volta al cassarsi della clausola abusiva.

Residua il terzo interrogativo, il più macroscopico, allorché il diritto dispositivo -per quanto latamente inteso- manchi. Nel sistema tedesco, sebbene il § 306, Abs. 2 non la contempli in modo esplicito, opera l'ergänzende Auslegung per il tramite della regola generale di cui al § 157 BGB. Il che, sebbene la questione sia molto controversa, finisce per riprodurre con una diversa veste quella riduzione conservativa prima scacciata³⁵. Gli è infatti che tra un mallagma equo (perché espressivo della migliore rispondenza all'intento delle parti) ed una amputazione della clausola entro i limiti del sacrificio ammissibile ex iure, il discrimine è tenue e tendenzialmente sbiadisce.

6. La terza interpretazione plausibile: divieto di riduzione conservativa e neutralità integrativa.

Veniamo adesso alla seconda variabile interpretativa, la più agnostica, declassante questa sentenza ad un arresto di segno interlocutorio.

Muovendo infatti dalla premessa che la riduzione conservativa ad una misura just fair, in quanto penalizzante per il consumatore, non può valere quale tecnica di tutela concorrente, diventa forse plausibile pure sostenere che Banco Español de Crédito non ambisce -in realtà- a presentarsi come una pronuncia ad ampio spettro. I giudici europei, questo il possibile significato minimalista della sen-

³⁵ Problema, non a caso, avvertito da SCHLOSSER, *Todesstoß für ergänzende Verträglichkeit von AGB-Bestandteilen in Verbraucherverträgen*, cit. Sembra quindi semplicistico mostrarsi neutri su quale sia il meccanismo di integrazione del contratto atto a colmare la lacuna lasciata dalla fallida della clausola nulla: così LA SPINA, *Destruirazione della nullità e inefficacia adeguata*, Milano, 2012, 284.

tenza, accantonando qualsiasi proposito di rivisitazione complessiva dell'intricata materia, hanno soltanto bandito -perché inefficiente- le oramai declinante *geltungserhaltende Reduktion* lasciando tuttavia impregiudicata la questione a latere di quale debba essere la tecnica integrativa da preferirsi per colmare le lacune del contratto impugnato. Non quindi, caduta la clausola vessatoria, l'avallo implicito per un'automatica reviviscenza della disciplina dispositiva quale tecnica riempitiva ottimale bensì una neutralità integrativa implicitamente declassante le conseguenze di legge ad «un possibile modello», preconizzato «in vista del risultato voluto»³⁶. D'altro canto, non sempre una clausola abusiva è tale perché in deroga al diritto dispositivo e, nel contempo, vi sono clausole abusive -v. le fattispecie di cui alle ll. g. q ed s. dell'art. 33, c. 2 c. cons.- la cui espunzione non importa una lacuna in senso stretto del contratto.

Conforta, seppur obliquamente, questa interpretazione quel passo della motivazione nel quale si mette in risalto che una potestà giudiziale di moderazione della clausola non sarebbe in grado di «garantire, di per sé, una tutela... efficace quanto quella risultante dalla non applicazione delle clausole abusive» (§ 70, 1 cpv.). Da cui poi la notazione che il giudice, *caducatis la clausola*, tragga dall'elisione tutte le conseguenze «che ne derivano secondo il diritto nazionale». Nello spirito, tra le altre, delle sentenze *Asturcom Telecomunicaciones* e *Pohotovost*.

Se così fosse, visto che la Corte si sarebbe allora pronunziata soltanto sull'inammissibilità di un potere mitigativo della clausola rigorosamente funzionalizzato ad una oggettiva e viceevolmente congruità del singolo scambio, non si potrebbe discorrere di una sentenza che archivia il canovaccio di un regime duale dell'integrazione, tale per via di un'intrinseca pluralità dei criteri di conformazione «del contratto parzialmente invalido»³⁷. Quale tipo di adeguamento, per un contratto divenuto incompleto, sia da anteporre in termini di efficienza della tutela consumatoristica, rimarrebbe così questione ancora da divisamentare³⁸. Dunque, all'opposto di quanto poc'anzi evidenziato, un silenzio inesplicito.

³⁶ Così VENUTI, *Nullità della clausola e tecniche di correzione del contratto*, Padova, 2004, 151.

³⁷ L'espressione si legge in D'ADDA, *Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto*, Padova, 2008, 271.

³⁸ Quale sia il retroterra culturale di un siffatto modo di ragionare lo si intuisce: un contratto concepito come «lo strumento funzionale alla miglior esplicazione della capacità di azione delle parti» (così DENOZZA, *Merito, razionalità degli agenti e disciplina dei contratti*, in *I contratti per l'impresa*, a cura di Gitti - Mangeri - Nolari, cit. I, 77) implica il selezionare la disciplina integrativa in ragione del risultato atteso in termini di



Per inciso, visto che l'art. 8 della direttiva 93/13 contempla deviazioni dall'armonizzazione minima se per il loro tramite si accede ad una tutela rafforzata, nella misura in cui una riconduzione giudiziale ad equità dovesse risultare *più vantaggiosa* per il consumatore di quanto non gli garantisca il diritto dispositivo, non la si potrebbe affatto etichettare come una vicenda che tradisce la *ratio* della direttiva. Andrebbe piuttosto avvalorata, catalogandola alla stessa stregua di una nullità parziale che evolve in totale su richiesta del consumatore (*Perenichová e Perenich c. SOS financ. spol. s r.o.* causa C-453/10)³⁹ ovvero di un sindacato giudiziale sulle clausole principali del contratto in deroga all'art. 4 della dir. 93/13 (*Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid*, causa C-484/08)⁴⁰. Inoltre, come si è cercato pocanzi di evidenziare⁴¹, nella prospettiva di una *deterrence* quale parte essenziale *«of the principle of effectiveness»*, un'equità trascendente le *default rules* ha senz'altro un connotato dissuasivo sensibilmente più marcato⁴². Altro è poi criticamente rilevare, facendo però così virare il discorso su di un diverso piano, come un apparato rimediabile di tale foggia sarebbe stridente col canone - indefettibile - di una ragionevolezza della tutela consumeristica e senza, nel contempo, fungere da parametro incentivante la concorrenzialità del mercato di riferimento.

7. L'art. 7 d. lg. 231/2002 riformato: un caso legale di *renaissance* della riduzione conservativa nei contratti tra professionisti ovvero tra impresa e P.A.?

Ma è tempo di venire all'art. 7. Orbene, premesso che la prospettiva di un'unica modalità integrativa, comune a qualsiasi forma di nullità protettiva, scade in un genericismo elidente la variegata complessità delle singole situazioni di debolezza contrattuale⁴³, il discorso sull'art. 7 nuova versione è suntueggiabile in questi termini: nonostante la lettera del comma 1, nei contratti aventi ad oggetto la fornitura di beni o servizi tra *professionisti*

³⁹ «esercizio della razionalità individuale... nei singoli contesti in cui [questa] viene esercitata» (78). E tale, evidentemente, sarà quella che confeziona il contratto nella veste che meglio permea - nel senso di più efficiente - all'autonomia delle parti di svolgersi.

⁴⁰ V. C. gust. UE, 15 marzo 2012.
⁴¹ V. C. gust. UE, 3 giugno 2010.
⁴² V. *supra* § 3, testo e nt. 19.

⁴³ Sembra questa l'obiezione che si può formulare al ragionamento di ROTT, *Case note on Banco Español de Crédito*, cit., 476 (per la citazione).

⁴⁴ V., tra gli altri, DENOZZA, *Mercato, razionalità degli agenti e disciplina dei contratti*, cit., 89 e MAUGERI, *Contratti caratterizzati da squilibrio di potere. Costruzione di un modello unitario di rimedio invalidativo o pluralità di modelli?*, cit., 254.

ovvero tra un'impresa e la P.A., residua un margine di operatività per una riconduzione giudiziale ad equità in luogo ed alternativa a quella di legge? Un'integrazione *«per incidens»* che, proprio in ragione del testuale richiamo al combinato disposto degli artt. 1339 e 1419, c. 2, è destinata ad operare tanto nell'ipotesi di un *silenzio* delle parti quanto nel caso in cui la deroga pattizia, finanche legittima, non sia avvenuta nella *forma espressa* prescritta dall'art. 4, cc. 3, 4 e 6. Insomma, sull'automaticismo di questa integrazione o, meglio ancora, sul fatto che gli artt. 4, 5 e 6 rappresentino delle norme insere *di diritto* nel contenuto del contratto, non restano dubbi.

Volendo fare un parallelismo, in seno alla classe dei rapporti asimmetrici, con quei contratti bancari ove allignano forme di eterointegrazione parziale (art. 117, c. 7 t. un bancario), subito ci si avvede che la disciplina sui ritardi di pagamento ignora una previsione apparentabile a quella contenuta nel corpo dell'art. 127, c. 1 t. un bancario: le disposizioni *«del presente titolo sono derogabili solo in senso più favorevole al cliente»*⁴⁴. Di conseguenza, ove dovesse ammettersi un persistere del potere di riscrittura giudiziale della clausola nulla, si dovrebbe concludere che questa revisione ha conservato l'originale tratto bivalente: *astrattamente* sia in *melius* che *in peius* quindi, per il creatore della somma di denaro. Per conseguenza nessuna norma unilateralmente imperativa⁴⁵.

E tuttavia l'interrogativo verte proprio sulla fattibilità di una deroga *ope iudicis* di norme si dispositive - se è vero che *«termini superiori ai 60 giorni... devono esser pattuiti espressamente»* (art. 4, c. 3)⁴⁶ - ma destinate pur sempre a valere come *materiale sostitutivo* di una difforme pattuizione gravemente iniqua in danno del creditore. Per es., contrariamente a quanto prima si suggeriva, neanche c'è più modo di riconoscere al giudice un potere di mitigare una disciplina legislativa stringente e di *aper-tito favor* per il creditore?⁴⁷

Di primo acchito potrebbe sostenersi che, quanto all'ampiezza di un sindacato giudiziale prodromico ad una declaratoria di nullità, operante officiosamente ed imperniato sullo spoglio di *tutte* le circostanze del caso, poco o niente è mutato. In particolare, nell'encastrazione esemplificativa del contesto circoscrivibile in seno al quale è rinserrato il vaglio

⁴⁴ Su questa disposizione, da ultimo, v. MIRONI, *La trasparenza bancaria*, Padova, 2012, § 9.

⁴⁵ L'espressione si legge in ROPPO, *Il contratto*, cit., 475.

⁴⁶ Oppure, ma soltanto nei contratti tra imprese, che è «consentito alle parti di concordare un tasso di interesse diverso» (art. 5, c. 1).

⁴⁷ Così, rispetto al testo abrogato, G. DE NOVA - S. DE NOVA, *I ritardi di pagamento nei contratti commerciali*, Milano, 2003, 28.

La complessità del ragionamento della S.C. offre la misura della complessità delle questioni trattate e degli interessi in gioco.

Il risarcimento del danno si mostra nella sua duplice veste, di riparazione della situazione lesa del danneggiato e di misura del comportamento del danneggiante. I profili più interessanti della sentenza sono legati a questi due aspetti.

Il danno viene valutato sotto due profili: uno concettuale, ovvero cosa sia un *«danno»* (la nascita malformata); uno strutturale, per cui il danno è un fatto storico (l'evento nascita malformata) che viene valutato nel contesto degli altri elementi del giudizio di responsabilità. La S.C. si cura certamente di questo secondo profilo che prevale nel suo ragionamento e che pone in secondo piano il *«danno»* in quella che potremmo definire la sua *«ontologia»*, seppure per le finalità citate in precedenza.

Il secondo aspetto, del risarcimento quale misura della condotta del danneggiante, potrebbe sembrare impropriamente menzionato, in ragione del fatto che tale caratteristica è propria della responsabilità extracontrattuale e non di quella contrattuale, in cui la giurisprudenza riconduce la responsabilità del medico.

In realtà si è visto che al medico viene imputato l'inadempimento e al contempo la violazione del diritto di autodeterminazione⁹⁷. Ciò deve porre l'attenzione dell'interprete sulla natura dell'obbligazione del medico dal punto di vista della struttura del rapporto obbligatorio: il medico è inadempiente rispetto all'obbligo primario di prestazione? Sta violando un obbligo di protezione? Ledo un diritto o viola un obbligo⁹⁸?

In questo senso non è chiara neppure la collocazione dei doveri legati al c.d. *«Consenso Informato»*. Sono doveri strumentali all'esecuzione della prestazione primaria⁹⁹? Sono obblighi di protezione¹⁰⁰? Sono legati alla buona fede del medico nello svolgimento della professione? Sono legati alla rilevanza giuridica del diritto di autodeterminazione?

Queste osservazioni potrebbero sembrare delle *«speculazioni teoriche»* ma invece hanno un certa attualità, se pensiamo che la mole del contenzioso medico è enorme e che lo sviluppo tecnologico e

⁹⁷ Sulla distinzione e il contatto tra le due responsabilità: v. L. MENGONI, *Responsabilità contrattuale*, (dir. vig.), voce in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano 1988, p. 1072; P. G. MONATERI, *Cumulato di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, Padova, 1989, p. 17.

⁹⁸ C. CASTRONOVO, *La relazione come categoria essenziale dell'obbligazione e della responsabilità contrattuale*, in *Eur. dir. priv.*, 2011, fasc. I, pag. 55 - 76.

⁹⁹ E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, I, Milano, 1953, p. 96.

¹⁰⁰ L. MENGONI, *Obbligazioni di «risultato» e obbligazioni di «mezzi»*, (Studio critico), in *Riv. dir. comm.*, 1954, I, p. 369.

scientifico porterà ad un incremento dello stesso, con la proposizione di problematiche totalmente inedite al diritto.

Per esempio la decisione della Corte EDU¹⁰¹, sul ricorso alla diagnosi preimpianto nella fecondazione medicalmente assistita impone di segnalare quanto succede in quei paesi nei quali essa viene già utilizzata da diversi anni. Negli Stati Uniti c'è un dibattito su gli illeciti legati all'utilizzo di tali tecniche ed in particolare circa la responsabilità della clinica e del medico laddove la diagnosi preimpianto riveli che l'embrione da impiantare presenti dei difetti genetici o addirittura venga impiantato un embrione malato¹⁰².

Questi come queste pongono certamente il diritto e i giuristi innanzi a difficoltà enormi e nuove ma, ciò malgrado, esse esigeranno dalle corti e dal legislatore delle risposte adeguate e ben ponderate.

La responsabilità medica pone un serio problema di contrattualizzazione degli interessi non patrimoniali, che in questi casi emerge con vigore, nel momento in cui tali interessi vengono monetizzati nel risarcimento del danno. Il danno, a sua volta, rappresenta un costo per lo svolgimento dell'attività sanitaria il cui fine ultimo è la tutela della salute di tutti i cittadini. Non si può tacere la necessità di un adeguato bilanciamento dell'interesse individuale, dei pazienti danneggiati ad essere risarciti, con l'interesse collettivo al buon funzionamento del sistema sanitario¹⁰³.

¹⁰¹ Corte EDU, 1^a sez, caso Costa-Pavan c. Italia, n. 54270/10 del 28.08.2010.

¹⁰² *Los Angeles Superior Court case, Rubell v. U.S.C. Keck School of Medicine*; Rubell v. U.S.C. Keck Sch. of Med., L.A.S.C. Case No. BC325496 (filed Dec. 6, 2004). Relativamente a tali questioni, v. K. WEVER, *Prenatal tests and pre-implantation genetic diagnosis*, *Harvard Journal of Law & Technology*, Volume 24, Number 1 Fall 2010; K. R. SMOLENSKI, *Creating Children with Disabilities: Parental Tort Liability for Preimplantation Genetic Interventions*, *Hastings Law Journal*, Vol. 60, 2008; disponibili su HeinOnline.

¹⁰³ Aspetti ben contemplati in ambito comunitario: v. Direttiva 2011/24/UE, del Parlamento Europeo e del Consiglio, del 9 marzo 2011, *«concernente l'applicazione dei diritti dei pazienti relativi all'assistenza sanitaria transfrontaliera»*; art. 4.2. lett. c - d; *«Conclusioni del Consiglio sui valori e principi comuni dei sistemi sanitari dell'Unione Europea»*, del 22 giugno 2006, (2006/C 146/01); *Libro Bianco: «Un impegno comune per la salute: Approccio strategico dell'UE per il periodo 2008-2013»*; presentato dalla Commissione a Bruxelles il 23 ottobre 2007, COM(2007) 630; entrambi i documenti sono consultabili sul sito della Commissione Europea: <http://ec.europa.eu>.



non patrimoniale subito dal bambino, seguendo l'ipotesi dottrinarie cui la S.C. fa continuo riferimento, secondo cui "la lesione dell'interesse del minore ad una procreazione cosciente e responsabile da parte della madre (...) senz'altro si concretizzerà in sofferenza personale, ulteriori problemi di salute, spese, emergenze economiche e quant'altro, per il fatto che il bambino, venuto ad esistenza, non ha trovato, o non ha potuto trovare, un ambiente familiare e sociale, ed in particolare una madre, in condizioni di accudirli come sarebbe stato nel caso la sua nascita fosse stata la conseguenza di una scelta ponderata". Tale ricostruzione potrebbe anche adattarsi ad una logica satisfattiva ed indennitaria del danno non patrimoniale ma l'opzione della S.C. in tal senso non appare così chiara. Inoltre occorrerebbe una circoscrizione dei danneggiati e dei danni subiti posto che in termini di causalità giuridica appare eccessivo addossare equitativamente al sanitario una tale enormità risarcitoria.

Un'altra opzione interpretativa è possibile considerando il richiamo all'art. 32 Cost., relativamente all'interesse leso, e al precedente dell'erronea somministrazione di farmaco⁹². In particolare, con riferimento al nesso di causalità tra l'evento dannoso e la condotta del medico, la S.C. ha equiparato "la fatispecie dell'errore medico che (...) tale handicap abbia cagionato (come nella ipotesi scrutinata dalla sentenza 10741/2009) e l'errore medico che non ha evitato (o ha concorso a non evitare) la nascita malfornata". Quest'equiparazione comporta che al medico sia egualmente imputato l'evento nascita malfornata, per omessa diagnosi come per errore commissivo. In quell'ipotesi però al bambino era stato riconosciuto un danno alla salute che è un danno con funzione compensativa liquidato secondo il metodo tabellare del danno biologico⁹³. Ma anche con riferimento a questa ipotesi non c'è alcuna chiara presa di posizione da parte della S.C. che pure in questo caso dovrebbe rispondere di una eccessiva dilatazione della responsabilità del medico verso tutti i soggetti del nucleo familiare e con importi enormi⁹⁴.

⁹¹ F. DI CIOMMO, *Giurisprudenza-normativa e "diritto a non nascere se non sano"*, cit., p. 153.

⁹² Cass., 11 maggio 2009, n. 10741, cit. *Le sezioni unite e il danno non patrimoniale*, *Riv. dir. civ.*, 2009, p. 247.

⁹⁴ Applicando le tabelle sul danno biologico e sommando il danno patrimoniale e lo sconvolgimento della vita familiare dei genitori e dei fratelli l'ammontare del risarcimento diverrebbe elevatissimo.

10. Mitigazioni probatorie.

Addressare al medico il risarcimento del danno subito dalla madre e dal padre per la "nascita indesiderata" è una scelta della cui bontà si discute parecchio; di certo l'estensione ai fratelli e allo stesso nato malfornato della tutela risarcitoria implica problematiche ulteriori legate all'opportunità in termini di policy rispetto al già gravato sistema della responsabilità medica. È di particolare attualità il dibattito sul contenimento risarcitorio, che grava i medici ed in particolare i ginecologi, e sulla c.d. "medicina difensiva".

Di ciò sembra consapevole la S.C. che, a fronte dell'estensione dei soggetti legittimati al risarcimento, effettua un'attenta revisione del suo orientamento relativo alla prova del fatto che alla corretta diagnosi sarebbe seguita l'interruzione della gravidanza⁹⁵.

Ponendo a carico della madre l'onere di provare tale fatto, la S.C. limita la responsabilità dei sanitari evitando che il *giudizio risarcitorio divenga una vicenda para-assicurativa*.

In realtà questa posizione è coerente con la generica responsabilità per violazione del "Consenso Informato", relativamente alla quale la S.C., con riferimento al danno alla salute, richiede al danneggiato la prova che se informato delle conseguenze negative dell'intervento correttamente eseguito avrebbe deciso di non sottoporsi allo stesso⁹⁶.

Questa conclusione mitiga la responsabilità del medico sul piano processuale ma la rimarca su quello sostanziale, in quanto sottolinea la correlazione tra l'inadempimento e la violazione dell'autodeterminazione. La volontà della gestante diagnostica da svolgere sul feto, pena l'assunzione del rischio dell'eventuale nascita malfornata, che è "azione dannosa" in quanto derivante da una ommissione colpevole che privi la madre della possibilità legale dell'aborto.

11. Considerazioni conclusive.

Il problema della "nascita malfornata", trattato dalla S.C., implica la soluzione di una moltitudine di questioni: di applicazione e interpretazione di norme e concetti giuridici; di coerenza strutturale della responsabilità civile e della stessa teoria del rapporto obbligatorio; di discrezionalità del giudice ed anche di politica del diritto.

⁹⁵ V. sopra § 7.7.

⁹⁶ Cass., 9 febbraio 2010, n. 2847, in *Foro it.*, 2010, 7-8, 2113.

del giudice, figura l'accertamento valutativo del rischio, all'atto della stipula, di un insieme di motivi oggettivi quale causa giustificativa o fondante la deroga alla disciplina di legge. Per conseguenza, siccome le norme che presiedono al saggio degli interessi legali di mora, al termine di pagamento ovvero al quantum forfettario dovuto a titolo di risarcimento, allora il giudice ben potrebbe statuire una correzione della clausola laddove quei motivi oggettivi originari non soltanto dovessero continuare a persistere ma risultassero in pari tempo meritevoli di tutela.

In quest'ottica, non sarebbe di ostacolo la circostanza che la formula di legge suona "si applicano gli articoli 1339 e 1419, secondo comma, del codice civile", perché la locuzione potrebbe avere il diverso significato di formalizzare *iuris et de iure* un caso di nullità parziale necessaria e, al tempo stesso, di dare ingresso ad una integrazione *salvo che* le circostanze del caso, per l'appunto, non orientino diversamente il sindacato del giudice. L'art. 7, cc. 1 e 2 verrebbe così a foggiare una sanzione per la condotta abusiva del debitore epperò nei circoscritti limiti dell'esclusione di una nullità totale nonostante l'essenzialità della clausola. Si noti che, nella relazione governativa al vecchio testo dell'art. 7 si discorreva del comio di «una nuova ipotesi di nullità parziale testuale caratterizzata ... dal tradizionale meccanismo di sostituzione della clausola nulla con la previsione legale ai sensi dell'art. 1339 del codice civile». Il riferimento all'art. 1339, come subito venne notato⁴⁸, non era pertinente, essendo corretto il richiamo all'art. 1419, c. 2 c.c.: ma l'assonanza tra i due testi dell'art. 7, a mo' di interpretazione autentica, appare oltremodo significativa.

Se così fosse, su di un aspetto però dovrebbe riflettersi più attentamente.

L'utilizzo del vocabolo *correzione*, il più ricorrente anche nei commenti apparsi sul testo abrogato dell'art. 7, è in realtà alquanto sviante e lo si dovrebbe - più appropriatamente - sostituire con quello di *riduzione conservativa*: la quale, per incidere, è locuzione più sperimentata e soprattutto meglio attrezzata ad imbrigliare le molteplici fughe in avanti incistatesi sull'orizzonte valutativo, fin troppo ambigualmente cangiante, dell'equità.

⁴⁸ V. S. DE NOVA, *sub art. 7, cit.*, 26.

⁴⁹ V. per un'attenta critica, da questo versante argomentativo, ALLESSI, *Trasazioni commerciali e redistribuzione tra le parti del costo del ritardo pagamento: per una lettura del D. Lgs. 231/2002 al riparo dall'ambiguo richiamo all'"equità"*, in *Studi in onore di Antonio Palazzo*, Torino, 2009, III, 1 ss. E sul fatto che, così ragionando, si stempera alquanto l'interrogativo sull'atteggiarsi della clausola generale di buona fede a forma di autotelegrafazione o quale canone esterno in «funzione di controllo», v. VETTORI, *Il controllo del contratto da parte del giu-*

Non è un problema, come invece si discuteva vigente la precedente formulazione, di *gerarchia* tra tecniche integrative, nella prospettiva di una pozione delle norme dispositive rispetto ad una revisione *ope iudicis*. Con tutta probabilità, in quel contesto normativo, era da preferirsi l'opinione che insisteva su di una *equidistribuzione seu parieteticità* delle due fonti, senza una residualità della disciplina legale⁵⁰. E tuttavia, se il senso da preferirsi del vecchio art. 7 era quello di una riscrittura giudiziale *mediana* tra la pattuizione nulla ed una di legge *troppo premiale* per il creditore, allora è in *re ipsa* che quella modifica giudiziale in realtà si veniva a sostanziare, giustappunto, in una *riduzione* della clausola nei limiti dell'ancora ammissibile. L'esempio che comunemente si riporta - dei termini di pagamento eccessivamente lunghi ovvero un tasso di interesse troppo basso, sostituiti da una regola giuridiale intermedia⁵¹ - è la rappresentazione emblematica *-recte paradigmatica-* di cosa debba intendersi per una riduzione conservativa nei limiti dell'ancora lecito⁵². E non dovrebbe neanche troppo sorprendere la circostanza che la *geltungserhaltende Reduktion* qui costitutivamente si discosti in *petus* dal diritto dispositivo: se si assume, come si è premesso, che lo scoperto *favor* della disciplina dispositiva non possa fungere, per il coevo ricorrere di

dite, in *Manuale di diritto privato europeo*, a cura di Castronovo e Mazzamuto, Milano, 2007, II, 599. Ha ripreso la questione, da ultimo, LA ROSA, *Tecniche di regolazione dei contratti e strumenti rimediati*, Milano, 2012, 126.

⁵⁰ V. AL. BENEDETTI, *Ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali. Profili sostanziali e processuali*, Torino, 2003, 135.

⁵¹ Lo riprende di recente, ma forse equivocando, NANNA, *Elevazione del contratto e potere correttivo del giudice*, Padova, 2010, 141 ss.

⁵² Non a caso, spogliando tra le pagine di uno dei più attenti commenti al vecchio art. 7, si legge che la «scelta» europea e domestica di una riconduzione ad equità in luogo dell'applicazione dei termini legali «nasceva» - «essenzialmente se non esclusivamente» - dal fatto che il legislatore [era] perfettamente consapevole... che i termini legali si «discostavano» notevolmente dalla prassi commerciale, contraddistinta da «termini di pagamento particolarmente alti e per interessi di mora particolarmente bassi». E se tutto *escludeva*, per un giudice chiamato a tener conto della corretta prassi commerciale, «un acritico recepimento delle pratiche negoziali correnti» in quanto espressione di un generalizzato abuso, era «probabile che il giudice si rifilasse ad una corretta prassi commerciale applicabile al caso di specie, *provisi che in ogni caso si discostano dal termine legale*» (così S. DE NOVA, *sub art. 7, cit.*, 28, c. vo, aggiunto). Epperò, lo si ripete, questo potere di adattamento giudiziario, come il commento citato nitidamente lascia trasparire, ha ben poco di evverso: non foss'altro perché, stando al lessico dei giuristi tedeschi, porta il *nomem* di *geltungserhaltende Reduktion*. V. anche lo svolgimento del discorso che implicitamente conduce PIRRONE, *L'accordo "gravemente iniquo" nella nuova disciplina sul ritardo adempimento delle obbligazioni pecuniarie*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2004, 65 ss. (in special modo l'intero § 5.2).



motivi oggettivi contrari, da *normalità* ovvero che il riequilibrio secondo i canoni di una *normalità di legge* troppo si discosta dalla prassi commerciale del settore di riferimento. Del resto, nel vigore della precedente formulazione, si era evidenziato come, per l'estrema *vantaggiosità* del diritto dispositivo, 20 sarebbero stati davvero *rarioreis* i casi nei quali il giudice avrebbe preferito orientarsi per un trattamento migliorativo oltrepassante quello di legge.⁵³

Il quadro d'altra parte non muta se, valorizzando l'opinione di quella dottrina che distingue tra un'equità integrativa ed una correttiva⁵⁴, volesse incasellarsi l'art. 7 tra le fattispecie tipiche di questa seconda perché qui, in luogo di un effetto complessivo del contratto, si ha piuttosto una sostituzione neanche presupposta dalle parti. Non si vede infatti per quale ragione il giudice, se il diritto dispositivo, a causa di circostanze del caso impediti, è troppo premiale, non dovrebbe orientarsi per un effetto mitigativo. Ciò delle condizioni *meno favorevoli* per il creditore sebbene *più sfavorevoli* di quelle inizialmente convenute per il debitore. Diversamente la finalità sanzionatoria, che questa equità correttiva verrebbe a veicolare, finirebbe per sporgere dando luogo ad un *surplus punitivo*⁵⁵. Quindi, si una «deviazione dal sistema»⁵⁶, ma -per il vero- alquanto «come dire-parcellizzata». Sembra piuttosto esatto dire che la rettificata giudiziale «non sostituisce una misura politica ad una mercantile ma è chiamata a simulare una misura mercantile che non è in grado, nel concreto, di formarsi»⁵⁷.

Infine, neanche sarebbe pertinente obiettare che una tecnica rimediata, esclusa nella contrattazione asimmetrica *b2c*, soltanto per effetto di un padroso può diventare il rimedio di *giustizia* in un contratto tra imprese. Non c'è dubbio infatti che, se

⁵³ Così DE CRISTOFARO, *Obbligazioni pecuniarie e contratti d'impresa: i nuovi strumenti di «lotta» contro i ritardi di pagamento dei corrispettivi di beni e servizi*, in *Studiium iuris*, 2003, 13 e PANDOLEFINI, *La nuova normativa sui ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, Milano, 2003, 513.

⁵⁴ V. in special modo, VISINTI, *Nullità della clausola e tecniche di correzione del contratto*, cit., 118 ss.

⁵⁵ Il che, ci sembra, consente di ovviare all'obiezione di MAFFEIS, *Abuso di dipendenza economica e grave iniquità dell'accordo sui termini di pagamento*, in *Contratti*, 2003, 630 s. (il quale, sulla scorta di un argomento ispirato ad un equo contemperamento degli interessi delle parti, prospetta l'ipotesi di una ricondizione ad equità più favorevole al creditore di quanto non offrano i termini legali). V., nel senso del testo, MAUGERI, *sub art. 1339 in Dei contratti in generale*, a cura di Navarra - Orestano, Torino, 2011, I, 515.

⁵⁶ È l'avviso di CHESSA, *Il potere giudiziale di ristabilire l'equità contrattuale nelle transazioni commerciali*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, II, 462.

⁵⁷ Così, significativamente, M. BARCELONA, *I nuovi controlli sul contenuto del contratto e le forme della sua eterointegrazione: Stato e mercato nell'orizzonte europeo*, in *Europa dir. priv.*, 2008, 42.

il mitigare i c.d. termini di legge corrisponde ad un'opera di equo apprezzamento della *lex contractus*, allora il canone della riduzione conservativa assume la veste del *giusto* rimedio che *restauro l'equilibrio violato*. Quel che si avrà, infatti, sarà una riduzione/compressione del significato della clausola gravemente iniqua ad un *grado accettabile* di libertà contrattuale.⁵⁸

È tuttavia, intanto la circostanza che una misura si presti ad una doppia qualificazione, non deve destare troppo perplessità, se è vero che da tempo si insiste sull'inutilità di concettualizzare un paradigma integrativo unico per il contraente che «subisce il c.d. *market power*»⁵⁹. E poi, ma il rilievo si limita a completare la notazione precedente, il *quantum* ed il tempo che la riduzione predispone magari corrispondono a quelli che sono adusi in una prassi commerciale -oltrepassante si i 60 giorni ma informata al «principio di buona fede e correttezza» (art. 7, c. 2). Prassi che, all'occorrenza, potrà declinarsi come pratica di settore, ovvero *inter partes* per i grossi rapporti commerciali oppure del luogo di stipula del contratto. Ed il discostarsi *in petitis*, per il creditore, dal diritto potrà selezionatamente riguardare la data del pagamento o le conseguenze del ritardato pagamento⁶⁰. Insomma, *diversi* contratti asimmetrici ed una *progressiva segmentazione* dei rimedi.

Non una discontinuità, allora, bensì un *continuum*, rispetto alla normativa pregressa, all'insegna di una redistribuzione vincolata dei costi tra le parti. Per conseguenza, *much ado about nothing*?

8. Nota finale: la riduzione conservativa quale c.d. rimedio di equità.

Ora, *sic stantibus rebus*, si tratta però di acclarare quanto una siffatta lettura sia conforme al diritto europeo e, per conseguenza, in quale misura risulti comunitariamente orientata.

⁵⁸ E può tornare qui utile l'esempio che si legge in MAUGERI, *Contratti caratterizzati da squilibrio di potere*, cit., 260 ss., a proposito della cessione dei *software*, contratti nei quali solitamente figurano clausole di esonero del venditore da ogni tipo di garanzia. Ebbene se, a motivo della posizione dominante assunta dall'acquirente, dovesse capitare che nel singolo contratto figura una clausola diversa, riversante la garanzia sul venditore, non è detto che un'eventuale vessatorietà della stessa dovrebbe dare ingresso al diritto dispositivo. Nel senso che, nel contesto relazionale specifico, una garanzia modellata sull'art. 1490 potrebbe rivelarsi meno appropriata di una «sostituzione della clausola abusiva con quella praticata sul mercato concorrenziale».

⁵⁹ Così MAUGERI, *op. cit.*, cit., 250.

⁶⁰ V., nel senso del testo, MAFFEIS, *Abuso di dipendenza economica e grave iniquità dell'accordo sui termini di pagamento*, cit., 632.

mente la sussistenza del nesso causale. La Corte stabilisce che la condotta omissiva del medico, in violazione dell'autodeterminazione in ordine all'aborto, ha la stessa rilevanza causale della condotta commissiva del medico che somministra un farmaco, rispetto alla nascita del bambino malformato.

È inutile cercare di giustificare in una logica dogmatica o sistemica un'argomentazione che è chiaramente teleologica e che conduce, a pieno titolo, la sentenza nella c.d. giurisprudenza normativa⁸⁶.

«La legittimità dell'istanza risarcitoria iure proprio del minore deriva da una omissione colpevole cui consegue (...) la sua stessa esistenza diversamente abile, che discende a sua volta dalla possibilità legale dell'aborto riconosciuta alla madre».

Questa è la conclusione che la S.C. vuole rendere regola risarcitoria della fattispecie in esame: i suddetti elementi del giudizio risarcitorio vengono manipolati per raggiungere tale fine.

A questo punto, di fronte a tale *fuga in avanti* della giurisprudenza, il problema è capire se tale risultato possa essere accettato. Esso forza enormemente il sistema concettuale del risarcimento, in cui è innestato, occorre verificare se sia con esso compatibile: se possa essere reso compatibile attraverso una diversa qualificazione giuridica dei fatti; oppure se la proposta normativa sottesa alla *wrongful life* non sia accettabile nel nostro sistema di responsabilità civile o se solo il legislatore possa intervenire in tal senso.

9. Quale danno risarcibile?

Appurato il fatto che la decisione adotta diverse forzature del dato normativo e soprattutto concettuale, sembra che l'ostacolo maggiore all'accoglimento del ragionamento della S.C. sia relativo al c.d. danno risarcibile.

La Corte, per motivi processuali, non si occupa «delle questioni relative ai criteri di valutazione del danno»⁸⁷, ma ciò fa sì che la sentenza resti una mera proposta di accoglimento nell'*an* di un imprecisato danno subito dal minore malformato.

Viene attribuita al medico una responsabilità per violazione del «Consenso Informato», quindi dell'autodeterminazione della gestante, per i danni subiti dalla madre, dal padre, dai fratelli e dallo stesso nascituro.

⁸⁶ Cf. F. DI CIOMMO, *Giurisprudenza-normativa e "diritto a non nascere se non sano"*, cit., p. 144. Più analiticamente, L. NIVARRA, *Diritto privato e teorie analitiche del diritto*, cit., p. 950 ss.

⁸⁷ Cass., 2 ottobre 2012, n. 16754, cit. § 7.

Con riferimento a quest'ultimo, il danno sarebbe costituito dalla lesione di «un interesse giuridicamente protetto che gli consente di alleviare la propria condizione di vita»; la S.C. richiama i diritti alla salute (art. 32 Cost.), allo svolgimento della personalità (art. 2 Cost.), allo sviluppo della personalità (art. 3 Cost.), alla tutela della vita familiare (art. 29, 30, 31 Cost.), ma non indica in alcun modo quale sia in concreto il pregiudizio lamentato dal minore. Anche a voler riconoscere che la sintesi «nascita malformata» rappresenti un danno per lo stesso nato, quali sono le conseguenze risarcibili derivanti da questo «evento dannoso»? Quale «danno» ha subito il minore?

In precedenza⁸⁸ abbiamo riconosciuto una funzione satisfattiva se non indennitaria a tale risarcimento ma, senza alcuna indicazione in ordine alle conseguenze dannose, non si può che fare delle supposizioni sulle intenzioni della S.C., che per di più vanno valutate con riferimento a tutta la compagine familiare dei danneggiati; è alto il rischio di duplicazioni risarcitorie.

Anziutto il danno patrimoniale è la prima voce di danno risarcibile a dover essere presa in considerazione. La somma volta a colmare i particolari oneri patrimoniali per cure e assistenza non può che essere unica. Questa generalmente viene attribuita alla madre nei casi di *wrongful birth* ed una diretta attribuzione al figlio sarebbe coerente con l'argomentazione della S.C. Ciò non implicherebbe un aumento della posta risarcitoria né duplicazioni, in quanto si avrebbe una mera redistribuzione del risarcimento dalla madre al bambino.

Le cose si complicano se si considera il danno non patrimoniale. Infatti con riferimento ad esso la giurisprudenza ha riconosciuto risarcimenti conspiciui⁸⁹ legati soprattutto all'alterazione della vita familiare che il doversi curare di un figlio disabile comporta⁹⁰.

Poiché la S.C. ha assimilato la posizione del bambino malformato e dei fratelli a quella del padre ed ha richiamato l'art. 29 Cost. per individuare l'interesse del bambino lesa dalla nascita malformata, si potrebbe ricondurre a questa tipologia il danno

⁸⁸ V. sopra § 6.2.1.

⁸⁹ Cass. civ., sez. III, 4 gennaio 2010, n. 13, ha riconosciuto 200.000 euro a ciascuno dei genitori per danno non patrimoniale. Cass. 10 maggio 2002, n. 6735, in *Foro it.*, 2002, I, 3115, che ha liquidato 700.000.000 di lire ad entrambi i genitori.

⁹⁰ «Necessità della costante cura del minore totalmente invalido, dalla necessità di ridurre per sempre l'attività professionale da parte dei genitori, oltre al danno permanente alla loro vita di relazione, costantemente condizionata dalla predetta cura», v. Cass. 10 maggio 2002, n. 6735, cit.; «Lo svolgimento della vita dei coniugi attori, l'impossibilità per gli stessi di condurre una vita normale, lo stato di stress e di affaticamento», v. Cass. 29 luglio 2004, n. 14488, cit.



che il non aver impedito la nascita del proprio figlio potesse essere exceptio in giudizio contro un genitore da terzi soggetti o che potesse essere ritenuto fonte di risarcimento del danno⁸³.

La S.C. respinge l'idea che qualunque analogia pretesa possa derivare dalla sua decisione, perché estranea alla ricostruzione logico-giuridica seguita. Il diritto del nato è un diritto ad essere risarcito e non ad essere abortito.

8. Una nuova fattispecie risarcitoria.

Il dato che emerge chiaramente dall'argomentazione della S.C. sul danno del minore è costituito dalla contaminazione tra i vari elementi del giudizio di responsabilità.

- **L'interesse protetto:** "è quello che gli consente di alleviare, sul piano risarcitorio, la propria condizione di vita, destinata a una non del tutto libera estrinsecazione secondo gli auspici del Costituente".
- **L'evento di danno:** "nascita malformata" è "la sua stessa esistenza diversamente abile, che discende a sua volta dalla possibilità legale dell'aborto riconosciuta alla madre in una relazione con il feto non di rappresentante-rappresentato, ma di includente-incluso".
- **Il nesso di causalità:** è "predicabile una volta identificato con esattezza l'evento di danno nella nascita malformata".
- **La condotta:** "va affermata l'equiparazione quoad effecta tra la fattispecie dell'errore medico che non abbia evitato l'handicap evitabile ovvero che tale handicap abbia cagionato e l'errore medico che non ha evitato la nascita malformata".

Questa contaminazione è giustificata da, e al contempo giustifica, diverse finalità che la S.C. intende perseguire:

- ⁸³ (a) No cause of action arises against a parent of a child based upon the claim that the child should not have been conceived or, if conceived, should not have been allowed to be born alive.
- (b) The failure or refusal of a parent to prevent the live birth of his or her child shall not be a defense in any action against a third party, nor shall the failure or refusal be considered in awarding damages in any such action.

La legge californiana si riferisce ai rapporti endofamiliari ma soprattutto ad eventuali pretese di enti assicurativi o previdenziali che potessero opporre ai diritti del disabile e della sua famiglia la responsabilità della scelta effettuata.

- Tutelare, rispettare ed alleviare per via risarcitoria la condizione di disagio del disabile attribuendogli direttamente l'importo risarcitorio senza la mediazione del genitore.
- Dare rilievo all'inadempimento del medico, "la cui condotta diligente e incolpevole avrebbe consentito alla donna di esercitare il suo diritto all'aborto", e all'autodeterminazione della madre, "in una relazione con il feto (...) di includente-incluso".

È la specificità della fattispecie in esame che conduce la S.C., anche alla luce dell'esame dei suoi precedenti, a conferire rilevanza giuridica alla fattispecie stessa. In altri termini la S.C. agisce come se operasse in un sistema giuridico che utilizzi il metodo casistico, in cui "il fondamento della responsabilità è in re ipsa nella riproduzione del caso vietato".

Il tentativo di ricondurre la fattispecie all'interno degli elementi dell'illecito è un mero *excamotage* argomentativo che non può soddisfare un attento interprete, ai cui occhi risaltano le contraddizioni della S.C. che manipola i concetti della teoria dell'illecito ben oltre quanto sarebbe nella sua disponibilità⁸⁵.

L'evento dannoso "nascita malformata" è legato nella sua rilevanza giuridica all'inadempimento che ha privato la madre del diritto di autodeterminazione; tale evento implica la lesione dell'interesse del bambino al risarcimento, interesse collegato alle prerogative costituzionali coinvolte dalla sua stessa situazione esistenziale. La nascita malformata è "danno" solo perché derivante dallo specifico inadempimento, se la madre avesse scelto di proseguire la gravidanza il medesimo evento non avrebbe avuto rilevanza giuridica, non sarebbe stato dannoso.

Lo stesso nesso di causalità è legato giuridicamente (o meglio normativamente) all'evento "nascita malformata". Adirittura la S.C. equipara la condotta del medico che non ha evitato la nascita malformata, omettendo la diagnosi, a quella del medico che l'ha attivamente cagionata, per esempio somministrando un farmaco o sbagliando un intervento. Dunque è la Corte stessa che determina normativa-

⁸⁴ Cfr. A. DI MAIO, *La tutela civile dei diritti*, cit., p. 183. Trata le distinzioni tra sistemi di responsabilità civile.

⁸⁵ La decisione va ben oltre le sentenze classificate (da L. NIVARRA, *Diritto privato e teorie analitiche del diritto*, cit., p. 951.) come "decisioni giudiziarie che pongono capo all'introduzione nel sistema giuridico di figure nuove ma declinate secondo il linguaggio tradizionale", in quanto la forzatura degli elementi linguistico-concettuali è tale da non essere riducibile a quella che l'autore definisce la "dilatetica posizione applicativa dell'enunciato normativo".

Spostando l'attenzione sull'art. 7, c. 1 della direttiva 2011/7/UE, sinotticamente ci si avvede che è scomparso il riferimento ad una applicazione dei termini legali «a meno che il giudice nazionale non riporti il contratto ad equità» (art. 3, c. 3 dir. 2000/35/CE). Ma la *variatio* di dettato non sembra sia da enfatizzare come fattore interpretativo dirimente in quanto la lettera dell'art. 7, c. 1 sancisce in realtà – soltanto che la «clausola contrattuale gravemente iniqua non possa essere fatta valere oppure dia diritto ad un risarcimento del danno»: di talché, come si può *prima facie* constatare, è silente o comunque omette di statuire sulle conseguenze di una non vincolatività della pattuizione.

D'altra parte una qualche indicazione contraria neanche può trarsi dal 28 *Considerando*, il cui pericodare se da un lato è tutto incentrato sulla lotta all'«abuso della libertà contrattuale a danno del creatore», dall'altro *non dovrebbe incidere* sulle disposizioni nazionali [disciplinanti] la validità delle clausole contrattuali inique nei confronti del debitore⁶¹. Quindi, di nuovo, nessuna indicazione sull'atteggiarsi del potere del giudice *post* accertamento dell'iniquità.

Ed allora l'epilogo, nell'economia di questo scritto, potrebbe essere il seguente: a potere giudiziale di riportare il contratto ad equità ma nei rigorosi termini di restringere entro i limiti del *non abusus* la clausola derogativa. Il non abuso, se ricorrono le circostanze del comma 2, tratteggia il coefficiente di *fair balance* tra gli interessi del creditore e del debitore. Ergo, non vè chi non lo veda, un sindacato giudiziale – per il vero di non straordinaria pregnanza – molto distante dall'immagine di una costruzione *ope iudicis* del regolamento nei termini di una giusta e contingente proporzionalità *civilt costituzionale* o *personalistica*⁶². Tanto che, se così fosse, anche il discorrere di una norma *non eccezionale* ed anzi estensibile *per analogia iuris* tutte le volte che emerge dalle fonti un principio ordinatore della ma-

⁶¹ E v. anche VETTORI, *I contratti per l'impresa tra tipi e clausole generali*, in *I contratti per l'impresa*, a cura di Gatti – Mangi – Notari, I, cit., 101.

⁶² Così, per es., NANNA, *Eterointegrazione del contratto e potere correttivo del giudice*, cit., 141. Il riferimento ad una ricostruzione equitativa che consente «l'ingresso nel regolamento di tutti i valori della persona espressi dal sistema, in particolare di quelli di solidarietà ed uguaglianza sostanziale», è in ANTONESTONE, *Accordi gravemente iniqui e interventi correttivi del regolamento negoziale*, in *Rass. dir. civ.*, 2010, 1053. E se si conviene con quanto esposto nel testo, neanche l'asserzione su di un art. 7 come disposizione integrante «una forma di pura discrezionalità», avverte il solo limite dei «principi costituzionali» e di «quelli comunitari» (così CHESSA, *Il potere giudiziale di ristabilire l'equità contrattuale nelle transazioni commerciali*, cit. 465), sembra corrispondere al vero.

teria»⁶³, suonerebbe tutt'altro che eclatante (o dirimpente). E, sia detto per inciso, anche la pertinenza sottolineatura del *vulnus* che un certo soggettivismo rettificativo delle corti potrebbe apportare alle regole del traffico e/o all'efficienza del mercato⁶⁴ andrebbe – forse – letta in un'altra luce.

Qui infatti, in estrema sintesi, avremmo una riduzione conservativa che si pone *accanto* al diritto dispositivo ed operante in presenza di circostanze specifiche *indefinitibili*. A voler poi abbozzare una prima conclusione si potrebbe pensare, a mo' di fattore aggregante i diversi contratti asimmetrici, ad un primato del diritto dispositivo, scartabile od accantonabile però, ricorrendo le condizioni e secondo le modalità descritte, nei rapporti contrattuali d'impresa. Nulla di più di una correzione giudiziale «del mercato secondo il mercato»⁶⁵.

Dopo tanto vagare, perciò, un ritorno ad Itaca? Perché, nell'interrogativo retorico, si annida quel che da tempo costituisce il vero quesito: se i contratti del consumatore e quelli tra professionisti si declinano come *species* di un genere le cui regole si adattano per il tramite di deroghe e specificazioni settoriali ovvero – come parrebbe più pertinente pensare che sia – se si tratta di corpi separati, con ammesa «coesistenza» di principi diversi ognuno munito «del suo ambito di applicazione»⁶⁶.

Si vedrà.

⁶³ Cfr VETTORI, *I contratti per l'impresa tra tipi e clausole generali*, cit., 110 ss. Gli è infatti che, nella riduzione conservativa, il canone dell'equità vale esclusivamente da parametro preposto a commisurare il *quantum* della riduzione (eccedente, s'intende, la misura del diritto dispositivo). Nel senso che la posizione di vantaggio, che il diritto dispositivo in oggetto riserva al creditore, *troppo sopravanza* il seppur *ingustificabile vantaggio* che il debitore si è concesso per effetto della clausola pattizia nulla.

⁶⁴ Anche in termini di speditezza dei rapporti contrattuali. V. per tutti, D'AMICO, *L'abuso dell'autonomia negoziale nei contratti con i consumatori*, cit., 365 e spec. 84 (ove il riferimento a criteri, sovrintendenti ad un potere integrativo *ope iudicis* «estremamente vaghi»)

⁶⁵ Così MAZZAMUTO, *Il contratto europeo nel tempo della crisi*, in *Europa dir. priv.*, 2010, 601 ss.

⁶⁶ Così DENOZZA, *Mercato, razionalità degli agenti e disciplina dei contratti*, cit., 71.

LA DOPPIA DIMENSIONE DEL DANNO NON PATRIMONIALE*

Di Alberto Viana

22

SOMMARIO: 1. Profili evolutivi della responsabilità civile: il danno alla persona. – 2. Nozione di danno non patrimoniale. Presupposti della risarcibilità e suo contenuto. – 3. La controversa figura del danno esistenziale: la giurisprudenza delle Sezioni Unite. – 4. I criteri di liquidazione del danno secondo le Sezioni Unite del 2008. – 5. La giurisprudenza successiva alle Sezioni Unite. 5.1. L'autonomia ontologica del danno morale. 5.2. L'autonomia risarcitoria del pregiudizio esistenziale. – 6. Autonomia ontologica e autonomia naturalistica dei danni non patrimoniali. – 7. L'interesse esistenziale.

1. Profili evolutivi della responsabilità civile: il danno alla persona*

La tutela dei valori personali (cioè dei valori della persona in sé e per sé considerata a prescindere da risvolti di natura patrimoniale) in ambito civile ha trovato ostacoli ad un pieno riconoscimento a causa di molteplici ragioni, non ultima quella riconducibile all'impronta marcatamente patrimonialistica che emerge dal codice civile del 1942.

Si consideri, al proposito, non solo, che l'unico dato normativo che poteva conferire dignità a valori non patrimoniali era rinvenibile nell'art. 2059 c.c. (peraltro collocato alla fine del libro IV dedicato al-

* Saggio sottoposto a revisione da parte di un membro del Comitato dei Revisori.

¹ Vedi F.D. BUSNELLI, *Interessi della persona e risarcimento del danno*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1996, 1, 1 ss.; *Id.*, *La parabola della responsabilità civile*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1988, 1, 643 ss.; *Id.*, *Problemi di inquadramento sistematico del danno alla persona*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1987, 1, 27 ss.; *Id.*, *Le nuove frontiere della responsabilità civile*, in *Jus*, 1976, 54 ss.; F. GALGANO, *La commedia della responsabilità civile*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1987, 1, 191 ss.; *Id.*, *Le nobiliti frontiere del danno ingiusto*, in *Contr. e impr.*, 1985, 1 ss.; C. SALVI, *Il paradosso della responsabilità civile*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1983, 1, 123 ss.; C. CASTRONOVO, *Le frontiere nobiliti della responsabilità civile*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1989, 1, 539 ss.

le obbligazioni), ma che tale previsione normativa nasceva come fortemente restrittiva prevedendo la risarcibilità del danno non patrimoniale solo nei casi determinati dalla legge.

Solo grazie all'intervento della dottrina e della giurisprudenza è stato possibile, a fronte del mancato intervento del legislatore, dare risposta alle istanze di una società in continuo cambiamento attraverso un'opera di adeguamento del diritto privato ai principi della Carta Costituzionale.

Quarant'anni di interpretazioni ed elaborazioni dottrinali, spesso di segno opposto, hanno modificato portata e spirito delle norme sull'illecito extracontrattuale (e, da ultimo, anche contrattuale).

Il sistema bipolare così come descritto dagli articoli 2043 e 2059 c.c. è, infatti, rimasto immutato nel tempo. Nulla è cambiato. Ma, in realtà, tutto si è modificato grazie ad una rivisitazione continua del significato di espressioni come "danno ingiusto" e "danno non patrimoniale" che suscitano l'immagine di progetti incompiuti e che solo grazie all'interpretazione evolutiva hanno acquistato compiutezza.²

² Vedi G. BENEDETTI, *Qualità ermeneutica per il diritto europeo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2006, 1, secondo cui "il testo, per sé, è progetto incompiuto, solo con l'interpretazione acquisita compiutezza. Assumendo senso, diviene parola calata nella storia, e si fa storia".

7.6. Onere della prova.

Una delle questioni preliminari affrontate dalla S.C. riguardava la prova del fatto che la gestante, anche se a conoscenza della malformazione, avrebbe potuto non interrompere la gravidanza⁷⁸. Tale scelta avrebbe privato di rilevanza causale l'omessa diagnosi rispetto all'evento "nascita malformata", con la conseguente irresponsabilità⁷⁹ del medico.

Nel caso di specie la futura madre aveva espresso, inequivocabilmente e preventivamente, la volontà di abortire nell'eventualità di anomalie del feto; tale assunto non era stato oggetto di contestazione processuale e comunque la S.C. aveva richiamato la sua precedente giurisprudenza, secondo la quale sarebbe "corrispondente a regolarità causale che la gestante interrompa la gravidanza se informata di gravi malformazioni del feto"⁸⁰.

La S.C. ritiene di dover rivedere quell'orientamento, per i casi nei quali manchi un'espressa manifestazione di volontà della gestante, ritenendo che "non sembra predicabile sempre e comunque la legittimità del ricorso ad un criterio improntato ad un ipotetico id quod plerumque accideri perché, in assenza di qualsivoglia, ulteriore dichiarazione di intenti, non è lecito inferire sempre, sic et simpliciter, da una richiesta diagnostica l'automatica esclusione dell'intenzione di portare a termine la gravidanza".

L'inferenza logica della volontà di interrompere la gravidanza, dalla mera richiesta di un accertamento diagnostico, costituisce una presunzione semplice. Soltanto in base ad una specifica analisi dei fatti di causa, anche in relazione alla gravità della malformazione non diagnosticata⁸¹, tale presunzione può essere ritenuta sufficiente a provare quel fatto.

Per tanto, qualora non vi siano ulteriori elementi indiziali, idonei a rafforzare tale presunzione, secondo il principio di vicinanza della prova sarà onere della gestante provare il contenuto di quella presunzione.

Questa precisazione potrebbe sembrare secondaria, rispetto al contenuto complessivo della decisione nella quale primeggia il riconoscimento del risarcimento direttamente in capo al bambino malformato, ma riveste una notevolissima valenza ar-

⁷⁸ V. sopra § 4, n. 3. Cass., 2 ottobre 2012, n. 16754, cit. § 4.

⁷⁹ In realtà il ragionamento sarebbe più complesso posto che l'errore diagnostico o la violazione del Consenso Informato potrebbe comportare autonome conseguenze risarcitorie a prescindere dalla scelta di far nascere o meno il figlio, sia sotto il profilo dell' "adempimento che dell'illecito".

⁸⁰ Cass. 10 maggio 2002, n. 6735, cit.; di recente Cass. 10 novembre 2010, n. 22837.

⁸¹ Questi aspetti sono specificamente trattati in Cass. 10 novembre 2010, n. 22837.

gomentativa proprio per l'argomentazione teleologica e "normativa" che ha giustificato quell'assunto.

Infatti l'inciso sull'onere della prova ha una funzione precisa: "evitare di trasformare un giudizio risarcitorio (e la natura stessa della responsabilità civile) in una sorta di vicenda para-assicurativa ex post, consentendo sempre e comunque, merce l'automatica allegazione della presunzione semplificata in discorso, di introdurre istanze risarcitorie anche se la volontà della gestante sarebbe stata diversamente orientata".

La violazione di quella volontà orienta funzionalmente tutto il giudizio risarcitorio, facendo sì che possa risarcirsi per via "normativa" un danno, "la nascita malformata", che naturalisticamente non è un danno (la nascita) e che, secondo una causalità naturalmentè inesa, non è collegabile alla condotta del medico (rapporto tra omessa informazione ed handicap).

In ragione di ciò la S.C. interviene a livello probatorio, consapevole del fatto che, onere il medico di provare la volontà di non abortire della paziente nonostante la diagnosi infuista, significherebbe renderlo oggettivamente responsabile per il solo essere venuto a contatto con una mera richiesta diagnostica.

7.7. La rappresentanza del minore.

Ai genitori (nel caso di specie alla madre ma anche al padre) spetta la rappresentanza del figlio per far valere il diritto al risarcimento del danno ad esso direttamente riconosciuto.

La S.C. richiama la ricostruzione diacronica dell'illecito seguita, al fine di escludere qualunque rivendicazione del figlio contro la madre che invece scegliesse di proseguire la gravidanza seppur informata delle malformazioni.

L'obiezione a cui la S.C. fa riferimento trae origine dal menzionato dibattito francese che a sua volta richiamava il caso *Curliender*.

La Corte californiana infatti, motivando sulla *Wrongful life*, aveva affermato anche l'eventuale responsabilità dei genitori verso i propri figli⁸², qualora consci della malformazione non avessero deciso per l'aborto. Sul tema intervenne il legislatore per negare espressamente qualunque legittimità ad una tale azione: il *California Civil Code Section 43.6* esclude (a) le azioni contro i genitori di un bambino fondate sulla pretesa che quel bambino non dovesse essere concepito o fatto nascere; (b)

⁸² "answerable for the pain, suffering and misery which they have wrought upon their offspring", *Curliender v. Bio-Science Labs.*, cit.



Quest'ultima affermazione si pone in chiara antitesi rispetto a quanto avvenuto nell'ordinamento francese dopo la sentenza Perruche, dove il legislatore intervenne con la *loi Kouchner* (303/2002) che escludeva le pretese risarcitorie dell'handicappato per il solo fatto della nascita "quando l'handicap non è stato provocato, aggravato o evitato da errore medico"⁷². Invece secondo la S.C., dal punto di vista causale, l'inadempimento del dovere di informazione e la conseguente violazione del diritto di autodeterminazione assume la stessa rilevanza causale dell'errore tecnico del medico.

7.5. La condotta colpevole.

La condotta colpevole (o meglio l'inadempimento) del medico è costituita dall'aver effettuato un test non sufficientemente attendibile e dal non avere informato la gestante sulla possibilità di effettuare altre indagini, come l'amniocentesi, cioè in presenza di una richiesta esplicita di informazioni preordinate ad un'eventuale interruzione di gravidanza.

La S.C. ha ritenuto⁷³ che in tal modo si sia realizzato un inadempimento alla richiesta di diagnosi e terminazione della donna.

Come si è visto sopra, tale condotta è stata ritenuta causalmente collegata all'evento "nascita malformati" le cui conseguenze sono state ritenute pregiudizievole di vari soggetti: la madre, il padre, i fratelli e lo stesso nascituro. Lo sforzo argomentativo maggiore è stato compiuto proprio per giustificare il collegamento di tale condotta rispetto al danno subito da quest'ultimo e per giustificare la risarcibilità.

L'attenzione della S.C. al "danno risarcibile" potrebbe distogliere dalla portata interpretativa della ricostruzione della condotta rilevante del medico, in modo particolare con riferimento al diritto di autodeterminazione del paziente ed al consenso informato.

1. "risulta provato che la gestante avesse richiesto un accertamento per essere resa partecipe di eventuali malformazioni del feto"⁷⁴.
2. da ciò consegue che "oggetto del rapporto medico-paziente fosse un accertamento doppiamente funzionale alla diagnosi di

⁷² V. nota 3.

⁷³ Cass. 2 ottobre 2012, n. 16754, cit. § 3; v. sopra § 4, n. 2.

⁷⁴ Cass. 2 ottobre 2012, n. 16754, cit. § 3.

malformazioni e all'esercizio del diritto di aborto"⁷⁵.

3. Pertanto la sola indicazione del c.d. "tritest" formale indagine diagnostica e la mancata informazione circa l'attendibilità di esso e circa l'esistenza di esami ulteriori configurano un inadempimento che rende il medico responsabile "non soltanto per l'omessa diagnosi in sé considerata, ma per la violazione del diritto di autodeterminazione della donna"⁷⁶.

La delicatezza di questo passaggio si palesa nel raffronto con la condotta tenuta dal medico nel caso Perruche: in quella vicenda una delle figlie della gestante aveva contratto la Rosolia; il medico aveva escluso gli effetti sul feto del contatto tra la madre e la sorella malata. Dunque si era trattato di un errore tecnico del medico nella diagnosi che costituiva l'oggetto della prestazione primaria del rapporto.

Nel caso *de quo* non si contesta al medico un errore "l'obbligo primario di prestazione", ovvero la scelta del "tritest" o l'errata esecuzione o interpretazione dei risultati dello stesso, bensì l'inadempimento di un obbligo ulteriore⁷⁷ (di informazione, di protezione), strumentale all'esercizio del diritto di autodeterminazione della paziente e identificabile nelle regole del c.d. "Consenso informato" (il medico aveva consegnato il referto alla paziente senza un colloquio informativo).

La colpa del medico non consiste nella sua imperizia tecnica nel rilevare la malformazione ma nella negligenza nell'informare la paziente circa il rischio di fallibilità dell'esame effettuato e sulla possibilità di effettuare altri. Questa mancanza di informazione ha impedito alla paziente di determinarsi in ordine alla scelta di compiere ulteriori esami con una sostituzione della volontà del medico a quella della paziente.

⁷⁵ *Ivi* § 3.4.

⁷⁶ *Ivi* § 3.6.

⁷⁷ In realtà, il fatto che la gestante avesse manifestato la volontà di interrompere la gravidanza fa sì che, dal punto di vista della struttura del rapporto obbligatorio, l'inadempimento dell'obbligo di informazione non costituisca la violazione di un obbligo di protezione (*Schutzinteresse*) ma dell'obbligo primario di prestazione (*Leistungsinteresse*). In altri termini, la manifestazione di volontà ha "contrattualizzato" il diritto di autodeterminazione in ordine all'aborto che è diventato l'interesse primario del creditore. Pertanto l'informazione non era più volta a tutelare il generico diritto del paziente al consenso informato ma a soddisfare lo specifico interesse di quella paziente che voleva sapere se quel nascituro presentasse delle malformazioni. Per una trattazione del complesso discorso sugli obblighi di protezione, v. L. NIVARRA, *La contrattualizzazione del danno non patrimoniale: un'incompiuta*, cit.

Con riferimento alla evoluzione che ha caratterizzato la storia del danno, si possono individuare, dal momento dell'emanazione del codice civile fino ad oggi, almeno tre stagioni fondamentali nelle quali la dottrina e giurisprudenza hanno proceduto ad una revisione del significato e della funzione delle regole di responsabilità civile.

Durante la prima stagione muta la visione generale di stampo penalistico della responsabilità civile come sanzione all'atto illecito e si afferma l'idea della responsabilità come "reazione al danno ingiusto"⁷⁸. Comincia ad emergere chiaramente la distinzione tra illecito civile e illecito penale sotto il profilo della diversa finalità che li caratterizza: il danno rappresenta la ragione del risarcimento, e la misura della sanzione non dipende più dalla riprovevolezza della condotta bensì dall'entità del danno stesso. La ratio della responsabilità aquiliana non viene più individuata nella esigenza di punire il danneggiante ma nella necessità di garantire il patrimonio del danneggiato purché il danno non sia causalmente giustificato ed al contempo sia riconducibile ad un fatto, di regola, colposo o doloso del danneggiante.

Nel solco di questa nuova prospettiva negli anni sessanta viene proposta una nuova lettura delle norme codicistiche sulla responsabilità extracontrattuale al fine di aggiornarne l'obsoleto interpretazione in conformità al mutato contesto sociale, mettendola a nudo le "ingenue finzioni"⁷⁹ che mascheravano artificialmente come fondate sulla colpa ipotesi di responsabilità chiaramente basate su presupposti oggettivi⁸⁰. Si sviluppano cioè tendenze dottrinali e giurisprudenziali dirette a riconsiderare i rapporti tra la norma generale contenuta nell'art. 2043 e le norme speciali degli artt. 2049-2054 c.c., e ad identificare ipotesi di responsabilità oggettiva in aperto contrasto con il dogma "nessuna responsabilità senza colpa", nelle quali la posizione del danneggiato viene più intensamente tutelata rispetto a quanto risulterebbe dall'applicazione della regola generale sull'onere della prova di cui all'art. 2697 c.c. (che richiede sia il danneggiato a provare la colpa del danneggiante).

⁷⁸ R. SCOGNAMIGLIO, *Illecito (diritto vigente)*, in *Nov. Dig. it.*, VIII, Torino, 1962, 164 ss.

⁷⁹ F. D. BUSNELL, *Problemi di inquadramento sistematico del danno alla persona*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1987, I, 27 s.

⁸⁰ L'esperienza italiana, nel passaggio dal vecchio al nuovo codice entrato in vigore nel 1942, ha sostanzialmente confermato un sistema fondato sulla colpa, come si evince dalla Relazione del Guardasigilli dove si legge che: "la responsabilità dell'autore di un fatto dannoso deve fondarsi sulla colpa di lui". Ed anche le ipotesi che palesemente fondavano una responsabilità senza colpa (vedi ad es. l'art. 2049 c.c.) venivano ricondotte alla presunzione assoluta di colpa in vigilando o colpa in elidendo.

Nella seconda stagione viene ripensata la nozione di ingiustizia del danno⁸¹. Viene ampliato il novero degli interessi protetti, oggetto di tutela non è più solo il diritto soggettivo assoluto, modellato sullo schema del diritto di proprietà, ma anche il diritto di credito⁸², e perfino gli interessi che pur non rivestendo la qualifica di diritti soggettivi vengono riconosciuti meritevoli di tutela in ragione della loro rilevanza giuridica⁸³.

La terza stagione, infine, si è caratterizzata per un diverso rapporto tra danno al patrimonio e danno alla persona grazie al recepimento, anche nei rapporti di diritto privato, dei valori costituzionali⁸⁴. Viene introdotta negli anni settanta, ad opera della giurisprudenza genovese, la nuova figura del danno biologico la cui disciplina normativa viene rivisitata nel combinato disposto degli artt. 2043 c.c. e 32 Cost.⁸⁵ La storica pronuncia del Tribunale di Genova

⁸¹ In relazione ai profili evolutivi che hanno caratterizzato la nozione di ingiustizia del danno vedi P. SCHLESINGER, *La ingiustizia del danno nell'illecito civile*, in *Jus*, 1960, 336 ss.; R. SCOGNAMIGLIO, *Illecito (diritto vigente)*, in *Nov. Dig. it.*, VIII, Torino, 1962, 164 ss.; *Ibid.*, *Appunti sulla nozione di danno*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1969, 464 ss.; *Ibid.*, *La responsabilità civile*, in *Nov. Dig. it.*, XV, Torino, 1968, 628 ss.; C. SCOGNAMIGLIO, *Ingiustizia del danno*, in *Enc. giur.*, XVIII, Milano, 1996; S. RODOA, *Il problema della responsabilità civile*, cit., p. 79 ss.; R. SACCO, *L'ingiustizia di cui all'art. 2043 c.c.*, in *Fora. pad.*, 1960, I, 1420 ss.; F.D. BUSNELL, *La lesione del credito da parte di terzi*, Milano, 1964, 49 ss.; P. TRIMARCHI, *Illecito (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XX, Milano, 1970, 90 ss.; G. ALPA, *Il problema della atipicità dell'illecito*, Napoli, 1979, 256.

⁸² Cass., S.U., 26 gennaio 1971, n. 174, in *Cit. giur.*, 1971, 680 ss., con nota di G. VISINTINI, *In margine al caso Meroni*; in *Giust. civ.*, 1971, I, 201, con nota di F. SANTOLUSSO, *«La nuova frontiera» della tutela aquiliana del credito*; in *Foro it.*, 1971, I, 1284 ss., con nota di F. D. BUSNELL, *Un clamoroso «reversum» della Cassazione: dalla questione di Stuperato al «caso Meroni»*; vedi anche G. CIAN, *La virata della cassazione sulla tutela aquiliana del credito*, in *Riv. dir. civ.*, 1971, II, 199 ss.

⁸³ Cass., S.U., 22 luglio 1999, n. 500, in *Corr. giur.*, 1999, I, 1367 ss. Fra i commenti più importanti alla sentenza si veda V. CARBONE, *La Cassazione riconosce la risarcibilità degli interessi legittimi*, in *Danno e resp.*, 1999, 10, 984 ss.; A. FALZA, *Gli interessi legittimi e le situazioni giuridiche soggettive*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, I, 679 ss.; G. ORPO, *Novità e interrogativi in tema di tutela degli interessi legittimi*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, I, 391 ss.; C.M. BIANCA, *Danno ingiusto: a proposito del risarcimento da lesione di interessi*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, I, 689 ss.; A. GAMBARO, *La sentenza n. 500 ed il diritto civile della stato*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, I, 355 ss.

⁸⁴ Sul fenomeno della depatrimonializzazione del diritto privato vedi P. PERLINGIERI, *«Depatrimonializzazione» e «diritto civile»*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, I, ss.; A. DE CUPIS, *Sulla «depatrimonializzazione» del diritto privato*, in *Riv. dir. civ.*, 1982, II, 482 ss.; C. DONISI, *«Verso la «depatrimonializzazione» del diritto privato»*, in *Riv. dir. civ.*, 1980, 644 ss.

⁸⁵ Sul tema del danno biologico e del danno alla salute la letteratura è sterminata, si veda tra gli altri G. ALPA, *Il danno biologico: percorso di un'idea*, Padova, 1987; *Ibid.*, *Danno biologico e diritto alla salute davanti alla Corte di Cassazione*, in *Giust.*



va del 25 maggio 1974 ritenendo iniquo il sistema di valutazione basato sulla commisurazione del quantum risarcitorio al reddito individuale della vittima, statuì che la lesione permanente riguardante esclusivamente lo stato di salute della persona debba essere valutata e liquidata in termini di uguaglianza per tutti gli individui. In ciò è consistita la vera rivoluzione del danno biologico, nell'avere cioè riaffermato che ogni uomo è uguale all'altro, che tutti gli uomini hanno lo stesso valore¹.

Con il tempo si consolidò l'idea che la salute costituisce oggetto di un autonomo diritto primario ed assoluto: il risarcimento dovuto per effetto della sua lesione non è più circoscritto alle conseguenze che incidono sull'attitudine a produrre reddito ma comprende anche la menomazione dell'integrità psicofisica della persona in sé e per sé considerata, in quanto incidente sul "valore uomo" in tutta la sua concreta dimensione². La tutela della salute, per-

1. 1981, 1, 907 ss.; Id., *Danno «biologico» e diritto alla salute. Un'ipotesi di applicazione diretta dell'art. 32 Costituzione*, in *Giur. it.*, 1976, I, 2, 442; Id., *Danno biologico e diritto alla salute davanti alla Corte Costituzionale*, in *Giur. it.*, 1980, I, 1, 9; M. BARGAGNA - F.D. BUSNELLI, *La valutazione del danno alla salute*, Padova, 2001; M. BESSONE, *Danno biologico, garanzia della persona e problemi di legittimità costituzionale dell'art. 2059 cod. civ.*, in *Riv. dir. comm.*, 1982, I, 277 ss.; M. BESSONE, E. ROPPO, *Lesione dell'integrità fisica e «diritto alla salute»: Una giurisprudenza innovativa in tema del danno alla persona*, in *Giur. it.*, 1975, I, 60 ss.; F.D. BUSNELLI, *Il danno biologico: dal diritto vivente al diritto vigente*, Torino, 2001; Id., *Interessi della persona e risarcimento del danno*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1996, I, 1 ss.; Id., *Problemi di inquadramento sistematico del danno alla persona*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1987, I, 27 ss.; C. CASTRONOVO, «Danno biologico senza mita» in *Riv. crit. dir. priv.*, 1988, 3 ss.; A. DE CUPIS, *Il diritto alla salute tra Cassazione e Corte Costituzionale*, in *Giur. it.*, 1980, I, 534 ss.; Id., *Sulla pretesa incostituzionalità della limitazione del risarcimento del danno non patrimoniale*, in *Giur. merito*, 1974, 374 ss.; Id., *Il valore economico della persona umana*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1956, 1252; C. GERIN, *La valutazione medico-legale del danno alla persona in responsabilità civile*, in *Riv. inf. mal. prof.*, 1953, 371 ss.; C. MORIATI, *La tutela della salute nella Costituzione italiana*, in *Riv. inf. mal. prof.*, 1961, 1 ss.; P. PERLINGIERI, *Il diritto alla salute quale diritto della personalità*, in *Rassegna dir. civ.*, 1982, 1020 ss.; V. MONETTI - G. PELLEGRINO, *Proposte per un nuovo metodo di liquidazione del danno alla persona*, in *Foro it.*, 1974, V, 159 ss.; G. SCALFI, *Errare humanum est, persequere diabolicum*, in *Resp. civ. prev.*, 1976, 466 ss.; Id., *Reminiscenze dogmatiche per il c.d. danno alla salute: un ripensamento della Corte Costituzionale*, in *Resp. civ. prev.*, 1986, 533 ss.; T. Tnb. Genova, 25 Maggio 1974, in *Giur. it.*, 1975, I, 2, c. 54 ss., con nota adesiva di M. BESSONE e E. ROPPO, *Lesione dell'integrità fisica e «diritto alla salute» Una giurisprudenza innovativa in tema di valutazione del danno alla persona*; vedi anche Tnb. Pisa, 10 Marzo 1979, in *Giur. it.*, 1980, I, 2, 20 ss., con nota di G. DEL MEDICO, *Tre sentenze in cerca di una soluzione (sul problema del danno alla persona)*, in *Resp. civ. prev.*, 1979, 356 ss., con nota di G. PONZANELLI, *Ferimenti giurisprudenziali toscani in tema di valutazione del danno alla persona*.

² Cass., 6 aprile 1983, n. 2396, in *Giur. it.*, 1984, 537 ss.

tanto, non è limitata alla incolumità fisica in senso stretto, ma è estesa a tutti i danni che, almeno potenzialmente, ostacolano le attività realizzatrici della persona umana³. La salute, in altri termini, non è più intesa in senso esclusivamente biologico (quale stato anatomico - fisiologico, corrispondente, in atto e in potenza, ad un essere naturalmente normale) ma è considerata altresì come bene strumentale necessario alla protezione e allo sviluppo della personalità dell'individuo cui fa riferimento l'art. 2 Cost.

La dilatazione del concetto di salute ha influito in modo rilevante sul processo evolutivo che ha caratterizzato la responsabilità civile sul piano del danno non patrimoniale. Vi è stato, infatti, un periodo, nell'itinerario giurisprudenziale del danno biologico, in cui tale danno è stato risarcito a prescindere dal rischio di una patologia suscettibile di essere accertata dal punto di vista medico legale. Sono stati infatti risarciti, a titolo di danno biologico, i pregiudizi subiti dal coniuge conseguenti alla impossibilità, nell'ambito del rapporto coniugale, di avere una normale vita sessuale⁴; i pregiudizi subiti dalla lavoratrice vittima di molestie sessuali da parte del datore di lavoro⁵; i pregiudizi subiti dai genitori a causa della nascita del figlio non voluto⁶; i pregiudizi subiti dal turista per la pessima organizzazione del viaggio da parte dell'agenzia di viaggi⁷.

Questa tendenza ha portato dunque al risarcimento di danni che, ricondotti nell'alveo della categoria del danno biologico, non consentivano tuttavia di accertare l'esistenza di una patologia medicalmente accertabile.

D'altra parte, l'ampliamento del concetto di salute ha trovato un limite prima nelle disposizioni del d.l.g. n. 38 del 2000 (relativo agli infortuni sul lavoro ed alle malattie professionali) e, poi, in quelle della legge 57 del 2001 (risarcimento dei danni alla persona di lieve entità, derivanti da sinistri conseguenti alla circolazione dei veicoli a motore e dei natanti) che hanno circoscritto legislativamente la nozione di danno biologico fino a farla coincidere

³ Corte Cost., 14 Luglio 1986, n. 184, in *Foro it.*, 1986, I, 2053, con nota di G. PONZANELLI, *La Corte Costituzionale, il danno non patrimoniale e il danno alla salute*; in *Giur. it.*, 1986, I, 2, c. 2976 ss.; con nota di P.G. MONATERI, *La Costituzione e il diritto privato: il caso dell'art. 32 Cost. e del danno biologico («Staatsrecht verlegt, Privatrecht bestehrt»)*; in *Resp. civ. prev.*, 1986, 520, con nota di G. SCALFI, *Reminiscenze dogmatiche per il c.d. danno alla salute: un ripensamento della Corte Costituzionale*. Vedi anche C. CASTRONOVO, «Danno biologico senza mita», in *Riv. crit. dir. priv.*, 1988, 8 ss.

⁴ Cass., 11 novembre 1986, n. 6607, in *Foro it.*, 1987, 833 ss.

⁵ Cass., 17 luglio 1995, n. 7768, in *Giur. it.*, 1996, I, 1, 1109 ss.

⁶ Cass., 1 dicembre 1998, n. 12195, in *Giur. it.*, 1999, 2038 ss.

⁷ Giud. di pace di Siracusa, 26 marzo 1999, in *Giust. civ.*, 2000, I, 1205 ss.

7.3. L'evento di danno.

La S.C. ribadisce la negazione della ricostituzione operata nella decisione n. 14488 del 2004 e quindi qualunque equazione tra risarcimento da nascita malformata e diritto di nascere o di non nascere.

La domanda risarcitoria è funzionalizzata all'attuazione dei diritti costituzionali elencati per il tramite di un risarcimento che non deve compensare una perdita subita ma alleviare un disagio di cui il medico è reso responsabile.

In quest'ottica, l'evento di danno non è la malformazione in sé - come se si trattasse di un danno biologico (per esempio dovuto ad un errore durante il parto) - né l'esistenza del bambino - intesa come un danno per la sua famiglia e per sé stesso - ma «la sua stessa esistenza diversamente abile, che discende (o meglio trae rilevanza giuridica) a sua volta dalla possibilità legale dell'aborto riconosciuta alla madre in una relazione con il feto non di rappresentante-rappresentato, ma di includente-incluso».

Nella sintesi «nascita malformata» la S.C. individua un evento di danno specifico (o forse tipico) e giuridicamente qualificato, «una situazione esistenziale che, in presenza di tutti gli elementi della fattispecie astratta dell'illecito, consente e impone al diritto di intervenire in termini risarcitori (...) affinché quella condizione umana ne risulti alleviata, assicurando al minore una vita meno disagiata».

In altri termini, siamo in presenza di un «evento di danno tipico», che è connotato dallo specifico «fatto illecito» che il medico ha posto in essere ledendo il diritto della madre del nascituro all'interruzione della gravidanza, e che ha la caratteristica specifica di produrre i suoi effetti su tutta l'esistenza del nato malformato; il riconoscimento della rilevanza risarcitoria di questi effetti pregiudizievoli non equivale ad una caratterizzazione negativa della condizione esistenziale del disabile.

La nascita di un bambino disabile non è «un evento dannoso», ma essa diventa «l'evento dannoso risarcibile» qualora sussegua all'illecito «tipico» del medico che privi colpevolmente la madre della facoltà di esercitare un diritto solo a lei spettante.

7.4. Il nesso di causalità.

L'evento di danno «nascita malformata» si apprezza nella sua valenza concettuale proprio relativamente al nesso di causalità.

Affinché il danno, pur «ingiusto», sia risarcibile, esso deve essere causalmente collegato alla condotta del medico. Il nesso in questione però, nella giurisprudenza precedente, non era stato ritenuto sussistente tra l'omessa diagnosi e la nascita (non configurabile quale evento dannoso) né rispetto alla malformazione che in nessun modo è stata causata dall'attività del sanitario.

Secondo la S.C. tale nesso sussiste invece con riferimento all'evento «nascita malformata» come ricostruito nel precedente paragrafo. L'evento dannoso (o meglio imputabile) non è la nascita, né l'handicap, ma la situazione esistenziale del nato, che si produce a valle della violazione del medico del diritto personalissimo della madre di decidere sull'interruzione della gravidanza.

Una condotta diligente e incolpevole del medico avrebbe consentito alla madre di abortire e, poiché tale diritto viene riconosciuto dal legislatore solo e soltanto ad essa, non è possibile ritenere che il medico, a cui sia richiesta una condotta strumentale all'esercizio di tale diritto, possa rimanere irresponsabile, con il conseguente annullamento della volontà della gestante.

In altri termini la relazione medico-paziente, nella specifica ipotesi dell'esercizio del diritto all'interruzione della gravidanza, influisce sulla determinazione del nesso di causalità materiale⁷, sicché le conseguenze della nascita malformata (che verranno valutate in sede di valutazione e quantificazione del danno) vengono imputate al medico.

Su questo punto la S.C. equipara, sul piano della rilevanza causale degli effetti, «la fattispecie dell'errore medico che non abbia evitato l'handicap evitabile (l'handicap, si badi, non la nascita handikapata), ovvero che tale handicap abbia cagionato (come nella ipotesi scrutinata dalla sentenza 10741/2009) e l'errore medico che non ha evitato (o ha concorso a non evitare) la nascita malformata (evitabile, senza l'errore diagnostico, in conseguenza della facoltà di scelta della gestante derivante da una espressa disposizione di legge)».

⁷ La causalità viene coinvolta dalla relazione sia in senso materiale (ex art. 40 c.p.) che giuridico (ex art. 1223 c.c.), posto che senza l'omissione del medico non si sarebbe verificata la nascita malformata ma che la determinazione di quali conseguenze immediate e dirette dell'«madempimento» debbano risarcite spetta al giudice che le valuta proprio in ragione del particolare rapporto, sussistente tra medico e gestante, e del diritto di autodeterminazione dal quale lo svolgimento di tale rapporto non può prescindere.



dal nato "soggetto di diritto", in grado di tutelare direttamente in giudizio i suoi interessi attuali.

7.2. L'interesse tutelato.

La riconosciuta legittimità ad agire del neonato non implica che questi abbia subito un danno risarcibile. Affinché si riconosca il diritto al risarcimento, egli deve dimostrare di aver subito un pregiudizio che sia giuridicamente rilevante e causalmente collegato alla condotta del medico.

Il percorso logico che la S.C. si propone di compiere è quello "di individuare con esattezza la situazione soggettiva di cui si lamenta la lesione, onde ricondurla al conseguente evento di danno che, da quella lesione, ebbe a generarsi".

La lesione lamentata dal neonato non si può intendere in senso statico, come *malformazione in sé considerata*, ma deve essere intesa in senso dinamico, come *stato funzionale di infermità*, che si proietta nell'esistenza futura del bambino handicappato.

Tutti i principali diritti costituzionali dei bambini sono coinvolti dallo stato esistenziale in cui si trova:

- la salute (art. 32 Cost.) come condizione dinamico-funzionale di benessere psicofisico;
- lo svolgimento della personalità come singolo e nelle formazioni sociali (art. 2 Cost.);
- il pieno sviluppo della persona (art. 3 Cost.);
- la vita familiare (art. 29, 30, 31 Cost.).

La titolarità in capo al neonato di queste situazioni soggettive, giuridicamente rilevanti e giuridicamente tutelate, implica la riconoscibilità allo stesso di un diritto risarcitorio autonomo, "senza mediazione di terzi, quand'anche fossero i genitori, ipotecamente liberi di utilizzare il risarcimento ai più disparati fini".

La S.C. ritiene che sussista un "interesse giuridicamente protetto" del minore "che gli consente di alleviare, sul piano risarcitorio, la propria condizione di vita, destinata a una non del tutto libera estrinsecazione secondo gli auspici del Costituente".

La condizione di vita del disabile non viene intesa secondo la logica differenziale del danno né della funzione compensativa del risarcimento. La S.C. non ritiene di dover confrontare nascita e non nascita⁶⁶ di giudicare la meritevolezza della vita handi-

cappata⁶⁷; ritiene che la diversità debba essere "tutelata, rispettata e alleviata per via risarcitoria", che la vita del disabile debba essere "vissuta meno disagiata" per mezzo dell'attribuzione diretta del risarcimento.

7.2.1. Dignità del minore e contraddittorietà della domanda.

Questa ricostruzione "giuridica"⁶⁸ del danno e della funzione satisfattiva (se non indennitaria) del risarcimento consentono alla S.C. di superare due obiezioni che in dottrina vengono poste al riconoscimento della fattispecie risarcitoria in esame:

- la qualificazione della nascita in termini di pregiudizio verrebbe ritenuta lesiva della dignità del minore;
- il fatto che "sarebbe insanabilmente contraddittorio considerare che il bambino handicappato, una volta nato, possa usare la sua acquisita qualità di soggetto di diritti per chiedere il risarcimento del danno risultante dal fatto di non essere stato abortito dalla madre, cosa che gli avrebbe impedito di diventare soggetto di diritti."

Secondo la S.C. la prima obiezione confonderebbe la dignità individuale, del soggetto che agisce per il risarcimento, con una sorta di dignità "irradicanda che alberga nel singolo essere umano in quanto rappresentante di un genere"⁶⁹.

Allo stesso modo la seconda critica cade nel nulla in quanto la dimensione prenatale del minore non è chiamata in causa in un giudizio differenziale tra nascita malformata e morte nel quale quest'ultima sarebbe migliore della vita handicappata che per differenza costituirebbe un danno⁷⁰.

⁶⁷ Sebbene in precedenza le sia sfuggito un significativo inciso, quando parla di "sofferenze e infermità, talora prevalenti sul valore della vita stessa", Cass. 2 ottobre, cit. § 6.4.8.

⁶⁸ Sul concetto di danno normativo, v. A. DI MAIO, *La tutela civile dei diritti*, Milano, 2003, p. 222; G. BONILINI, *Il danno non patrimoniale*, Milano, 1983, p. 29 ss., 264; M. FRANZONI, *Il danno risarcibile*, Milano, 2010, p. 111 ss.

⁶⁹ V. G. RESTA, *La dignità*, in *Trattato di Biodiritto*, diretto da S. Rodotà e P. Zatti, vol. I: Ambito e fonti del biodiritto, Milano, Giuffrè, 2010, pp. 259-296; Id., *La disponibilità dei diritti fondamentali e i limiti della dignità (note a margine della Carta dei Diritti)*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, fasc. 6, pt. 2, pp. 801-848.

⁷⁰ L'elevata concettualizzazione del nostro diritto consente alla S.C. di dare cittadinanza alla *Wrongful life action*, i cui toni aspri vengono sterilizzati dalla "giuridicità" che consente di accantonare la dimensione etico-sociale dei problemi. Come nel caso della perdita del padre del nascituro il danno è un danno normativo. Molto più forte è l'impatto della fattispecie nel diritto statunitense anche in ragione del processo con giuria e della

con la lesione all'integrità psicofisica suscettibile di valutazione medico legale.

Ed allora tale orientamento legislativo, unitamente alla accresciuta sensibilità verso nuovi aspetti della personalità dell'individuo, ha provocato la proliferazione di ulteriori, diverse e ondegianti soluzioni giurisprudenziali volte ad ampliare i margini di protezione della persona attraverso la reinterpretazione del sistema bipolare descritto dagli articoli 2043 e 2059 c.c., tradizionalmente riservati, il primo, alla tutela del danno patrimoniale, e, il secondo, alla protezione del danno morale derivante da reato¹⁸.

Di qui l'esigenza di razionalizzare il sistema equilibrato. Operazione condotta attraverso l'elaborazione della figura del danno esistenziale che ha costituito la naturale evoluzione di quel processo iniziato con l'inserimento nel sistema risarcitorio tradizionale del danno biologico.

È nata così una nuova categoria di danno, ritenuta inizialmente risarcibile ai sensi dell'art. 2043 c.c. (come il danno biologico) e azionabile a fronte di qualunque tipo di torto in grado di incidere negativamente nella sfera di esplicazione personale della vittima. Una figura, questa, non collegata ad un unico tipo di interesse e perciò dotata di quel carattere di trasversalità di cui risultava privo il danno biologico¹⁹.

¹⁸ Per una ricostruzione dei diversi modelli risarcitori introdotti dalla giurisprudenza in alternativa al modello tradizionale vedi P. CHESON – P. ZIVIZ, *Danno, X) danno esistenziale*, in *Enc. giur.*, Roma, 2002, 2 s.

¹⁹ Il primo convegno sul danno esistenziale si tenne il 13-14 novembre 1999 a Trieste. In dottrina vedi AA.VV., *Il danno esistenziale*, a cura di Cendon e Ziviz, in *Il diritto privato oggi*, serie diretta da Cendon, Milano, 2000; P. CHESON, *Esistere o non esistere*, in *Resp. civ. prev.*, 2000, 6 ss.; Id., *Caso Barilla: perché si al danno esistenziale, secondo la Cassazione penale*, in *Giur. it.*, 2004, V, 1035 ss.; P. ZIVIZ, *Alla scoperta del danno esistenziale*, in *Contratto e impresa* 1994, 845 ss.; EAD, *Equivoci da sfatare sul danno esistenziale*, in *Resp. civ. prev.*, 2001, 4-5, 817 ss.; P. CHESON – P. ZIVIZ, *Danno, X) danno esistenziale*, in *Enc. giur.*, Roma, 2002, P.M. MONATERI, *Alle soglie di una nuova categoria risarcitoria: il danno esistenziale*, in *Danno e resp.*, 1999, 1, 5 ss.; M. FRANZONI, *Il danno esistenziale come sottoprodotto del danno alla persona*, in *Resp. civ. prev.*, 2001, fasc. 4-5; G. FACCI, *Il definitivo riconoscimento del danno esistenziale*, in *Dir. form.*, 2002, 501 ss.; R. DE MATTEIS, *Il Danno esistenziale*, in *Danno e resp.*, 2002, 5, 565 ss.; G. PONZANELLI, *Critica del danno esistenziale*, Padova, 2003; Id., *Sei ragioni per escludere il risarcimento del danno esistenziale*, in *Danno e resp.*, 2000, 693 ss.; Id., *Limiti del danno esistenziale: posafazione al convegno triestino*, in *Danno e resp.*, 1999, 3, 360 ss.; Id., *Non c'è bisogno del danno esistenziale*, in *Danno e resp.*, 2003, 5, 550 ss.

2. Nozione di danno non patrimoniale. Presupposti della risarcibilità e suo contenuto.

L'art. 2059 c.c. ammette la risarcibilità del danno non patrimoniale solo nei casi previsti dalla legge²⁰. All'epoca dell'emanazione del codice civile l'unica previsione espressa era rappresentata dall'art. 185 c.p. La giurisprudenza riteneva che tale danno fosse risarcibile solo in presenza di un reato, e ne individuava il contenuto nel cosiddetto danno morale soggettivo, inteso come sofferenza contingente derivante dall'illecito penale.

È indubitabile che scopo primario della norma fosse non tanto quello di tutelare la persona quanto quello di proteggere l'ordine giuridico che lo Stato esprimeva e rappresentava in quel determinato contesto storico²¹.

La stessa Relazione al codice civile, a commento e illustrazione dell'art. 2059 c.c., precisava, infatti, che i "casi determinati dalla legge"²³ coincidevano con le ipotesi in cui l'illecito aveva natura di reato e che la resistenza della giurisprudenza alla estensione della risarcibilità del danno non patrimoniale poteva considerarsi limpida espressione di una coscienza giuridica la quale avvertiva che solo nel ca-

²⁰ Sul tema della risarcibilità del danno non patrimoniale vedi M. ASTONIE, *Danni non patrimoniali*, art. 2059 c.c., in *Comm. c.c. Schlesinger - Busnelli*, Milano 2012; P. ZIVIZ, *Il danno non patrimoniale: evoluzione del sistema risarcitorio*, Milano, 2011; M. FRANZONI, *L'illecito*, Milano, 2010; M. BARCELLONA, *Il danno non patrimoniale*, Milano, 2008; C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, Milano, 2006; E. NAVARRETTA, *I danni non patrimoniali: lineamenti sistematici e guida alla liquidazione*, Milano, 2004; G. PONZANELLI, *Il nuovo danno non patrimoniale*, Padova, 2004; M. PERFETTI, *Prospettive di una interpretazione dell'art. 2059 c.c.*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1978, 1047 ss.; A. DE CUPIS, *Il danno. Teoria generale della responsabilità civile*, Milano, 1979; G. BONILINI, *Il danno non patrimoniale*, Milano, 1983; A. CATAUDELLA, *La tutela civile della vita privata*, Milano, 1972; T. BRASIELLO, *I limiti della responsabilità per danni*, Milano, 1959; E. BONVICINI, *Il danno alla persona, il danno risarcibile ed il suo accertamento*, Milano, 1958; R. SCOGNAMIGLIO, *Il danno morale (Contributo alla teoria del danno extracontrattuale)*, in *Riv. dir. civ.*, 1957, 277 ss.; Id., voce *Danno morale*, in *Noviss. dig. it.*, V, Torino, 1960; A. RAVAZZONI, *La riparazione del danno non patrimoniale*, Milano, 1962; A. MONTELLI, *Problemi della responsabilità e del danno*, Torino, 1952; L. BARASSI, *Teoria generale delle obbligazioni*, II, Milano, 1964; G. GENTILE, *Danno alla persona*, in *Enc. dir.*, XI, Milano, 1962, 634 ss.

²¹ G.B. FERRI, *Il danno alla salute e l'economia del dolore*, in *Riv. dir. comm.*, 1999, I, 836.

²² G.B. FERRI, *Il danno alla salute e l'economia del dolore*, op. cit., 836.

²³ La Relazione specifica che "il nuovo codice si è perciò limitato a dichiarare che il danno non patrimoniale deve essere risarcito (in senso largo) solo nei casi determinati dalla legge, presente o futura, e nelle forme eventualmente diverse da una indennità pecuniaria".



so di illecito penale era più intensa l'offesa all'ordine giuridico e maggiormente sentito il bisogno di una energica repressione con carattere anche preventivo.

Tale impostazione viene progressivamente erosa e poi superata grazie all'evoluzione verificatasi nella disciplina di tale settore, contrassegnata dal nuovo atteggiamento assunto, sia dal legislatore che dalla giurisprudenza, in relazione alla tutela riconosciuta al danno non patrimoniale nella sua accezione più ampia di danno determinato dalla lesione di interessi inerenti alla persona non connotati da rilevanza economica.

Viene percepita l'esigenza di aggiornare la formula legislativa dell'art. 2059 c.c. il cui significato originario, con il passare del tempo, necessitava di essere integrato ed arricchito attraverso interpretazioni correttive in grado di rispecchiare il tempo presente.

La Suprema Corte di Cassazione nel 2003 con le fondamentali sentenze gemelle n. 8827 e 8828²⁴, supera l'angustia portata applicativa della norma e la limitata lettura contenutistica dell'espressione dannosa non patrimoniale, affermando che nel vigente assetto ordinamentale nel quale assume posizione preminente l'art. 2 Cost., il danno non patrimoniale assurge al rango di "categoria ampia, comprensiva di ogni ipotesi in cui sia lesa un valore inerente alla persona" capace di assicurare l'integrale riparazione del danno ingiustamente subito²⁵.

Tale approccio giurisprudenziale si configura come il risultato di numerose tappe evolutive che hanno caratterizzato la storia del sistema risarcitorio:

- l'erosione dell'originario ambito applicativo del 2059; la sentenza della Corte di Cassazione, Sezioni Unite, 6 dicembre 1982, n. 6651, esplicitamente statuisce che la risarcibilità del danno non

patrimoniale, in base al combinato disposto artt. 2059 c.c. 185 c.p., "non richiede che il fatto illecito integri in concreto un reato, ed un reato punibile, per concorso di tutti gli elementi a tal fine rilevanti per la legge penale, essendo sufficiente che il fatto stesso sia astrattamente preveduto come reato, e sia conseguentemente idoneo a ledere l'interesse tutelato dalla norma penale"²⁶.

- il riconoscimento, da parte della giurisprudenza di merito (Tribunale di Genova 25 maggio 1974; Tribunale di Pisa, 10 marzo 1979), di legittimità (Cassazione n. 3675/1981) e costituzionale (Corte Cost. n. 184/1986) della figura del danno biologico, diversa dal danno morale tanto per la sua esteriorità-materialità quanto per la sua conseguente suscettibilità di essere accertato con criteri obiettivi.

- l'incremento, nella legislazione ordinaria, dei casi di espresso riconoscimento del risarcimento del danno non patrimoniale, anche al di fuori delle ipotesi di reato. Si pensi ad esempio alla legge 117/1998 sulla responsabilità dei magistrati, alla legge 675/1996 sulla riservatezza, ora confluita nel codice della privacy (d.lgs. 196/2003), al d.lgs. 286/1998 in tema di immigrazione, alla legge 89/2001 sulla ragionevole durata del processo²⁷.

- infine il riconoscimento, da parte del diritto vivente, del principio in forza del quale il rinvio ai casi di legge di cui all'art. 2059 c.c. può bene essere riferito, dopo l'entrata in vigore della Costituzione, anche alle previsioni della stessa Legge fondamentale, considerato che il riconoscimento in essa dei diritti inviolabili della persona ne esige implicitamente ma necessariamente la tutela e di conseguenza configura un caso determinato dalla legge al massimo livello di risarcimento del danno non patrimoniale²⁸.

²⁶ Cass. S.U., 6 dicembre 1982, n. 6651, in *Riv. dir. comm.*, 1983, II, 217 ss. Vedi inoltre, per uno sviluppo di questa posizione, Cass., 12 maggio 2003, n. 7281, in *Guida al dir.*, 2003, 31, 37 ss.; Cass., 12 maggio 2003, n. 7282, in *Arch. giur. circ.*, 2003, 773 ss.; Cass., 12 maggio 2003, n. 7283, in *Danno e resp.*, 2003, 7, 713 ss., con nota di G. PONZANELLI, *Danno non patrimoniale: responsabilità presunta e posizione del giudice civile*.

²⁷ V. F. D. BUSNELLI, *Le sezioni Unite e il danno non patrimoniale*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, I, 114 ss.

²⁸ Alla medesima conclusione era già pervenuto il Tribunale di Roma con sentenza 14 luglio 1981, in *Riv. dir. comm.*, 1982, II, 277 ss., con nota di M. BISSONE, *Danno biologico, garanzia della persona e problemi di legittimità costituzionale dell'art. 2059 cod. civ.*, secondo il quale "i presupposti dell'azione di risarcimento del danno ai sensi dell'art. 2059 cod. civ. devono considerarsi integrati anche qualora non siano accertati gli estremi di una fattispecie di reato, perché la condizione richiesta dalla norma del codice civile, vale a dire che tratti di danno non patrimoniale sussistente in uno dei casi previsti dalla legge, deve considerarsi già soddisfatta dal tenore dell'art. 32 della Costituzione".

• La legittimazione attiva del neonato

all'azione di risarcimento.

• L'interesse tutelato.

• L'evento di danno.

• Il nesso di causalità materiale tra condotta ed evento.

• La condotta colpevole.

• Gli oneri probatori.

• La rappresentanza del minore rispetto all'azione.

fine della produzione degli effetti propri del c.d. giudizio risarcitorio³⁸.

7. Nascita malformata e danno risarcibile.

La questione della titolarità di un diritto al risarcimento del danno in capo allo stesso bambino imbarazza la S.C., perché la pone innanzi ad un compito delicato che è quello di individuare una nuova ipotesi di danno risarcibile – o meglio di delineare una nuova "fattispecie risarcitoria"³⁹, – in un ambito che la stessa ritiene esposto a "facili suggestioni etiche, filosofiche o anche solo creative".

Lo strumento argomentativo scelto dalla S.C. è verificato se il riconoscimento dell'estensione al nato malformato degli effetti dell'illecito del medico verso la madre soddisfa tutti gli elementi della fattispecie astratta dell'illecito aquiliano.

In realtà, il problema giuridico a cui la Corte deve rispondere è l'individuazione di un pregiudizio subito dal nato malformato, che sia giuridicamente rilevante e causalmente collegato alla condotta del medico. I tre elementi decisivi nel prosieguo dell'argomentazione sono: interesse tutelato, evento di danno, nesso di causalità.

La S.C. dedica particolare attenzione a tali questioni che, tuttavia, vengono inserite in una struttura argomentativa che si propone una giustificazione organica della decisione, il cui esito positivo viene subito reso noto.

Nel § 7 la S.C. non nasconde che "sembra potersi avviare ad appagante soluzione la questione processuale sottoposta all'esame del collegio" e, nei successivi § da 7.1 a 7.7, la esamina sotto vari profili:

- La legittimazione attiva del neonato
- all'azione di risarcimento.
- L'interesse tutelato.
- L'evento di danno.
- Il nesso di causalità materiale tra condotta ed evento.
- La condotta colpevole.
- Gli oneri probatori.
- La rappresentanza del minore rispetto all'azione.

Resta precluso l'esame della fondamentale questione della valutazione del danno, che rappresenta un punto nodale per la fattispecie in esame, di cui la Corte processualmente non è però chiamata ad occuparsi.

La decisione non si limita ad interpretare uno degli elementi della struttura del giudizio risarcitorio, ampliandone per tale via la portata applicativa – come per esempio ha fatto la sentenza Cass. n. 500 del 1999 con riferimento al rapporto tra interesse legittimo e ingiustizia del danno – ma si prende carico di introdurre nell'ordinamento giuridico una nuova "fattispecie risarcitoria", che deforma tutti gli elementi dell'illecito⁴⁰. Questo avviene in ragione del fine che la S.C. intende realizzare che è costituito dal riconoscimento al minore di un diritto volto "alla riparazione di una condizione di pregiudizio per via di un risarcimento funzionale ad alleviarne sofferenze e infermità, talora prevalenti sul valore della vita stessa"⁴¹.

7.1. La legittimazione soggettiva.

Precisando quanto già argomentato⁴² sullo statuto del concepito ai fini della fattispecie in discussione (oggetto di tutela durante la realizzazione dell'illecito, soggetto di diritto al momento della nascita), la S.C. chiosa sulla legittimità attiva del neonato in proprio all'azione di risarcimento: il neonato è "soggetto di diritto giuridicamente capace"⁴³, che ha "diritto a chiedere il risarcimento dal momento in cui è nato"⁴⁴.

Il presupposto soggettivo dell'azione risarcitoria del neonato è la nascita dello stesso, così come avviene per quelle fattispecie testamentarie di diritto comune "che attribuiscono diritti ad una "persona" che ancora deve nascere".

Come si è visto in precedenza, questo aspetto ha assunto un ruolo di ostacolo insuperabile in tutti quei precedenti nei quali si è cercato di ricostruire gli effetti dell'illecito secondo una visione sincronica, sia rispetto alla madre che al concepito⁴⁵. La lettura diacronica degli effetti dell'illecito consente invece di distinguere il concetto "oggetto di tutela"

³⁸ Gli elementi dell'illecito vengono interpretati in un'ottica che è quella della giustificazione esterna delle premesse del ragionamento giuridico. V. R. ALEXY, *Teoria dell'argomentazione giuridica*, Milano 1998.

³⁹ Cass. 2 ottobre 2012, n. 16754, cit. § 6.4.8.

⁴⁰ V. sopra § 6.2.2.

⁴¹ Ai sensi dell'art. 1 Cod. Civile.

⁴² Cass. 2 ottobre 2012, n. 16754, cit. § 7.1.2.

⁴³ Cour de Cassation, 17.11.2000, in NGC C, 2001, I, 213 (*Perluce*); Cass. 29 luglio 2004, n. 14488, cit.; Cass., 11 maggio 2009, n. 10741, cit.

³⁸ Sulla struttura dell'illecito, v. Cass., 11 gennaio 2008, n. 576, § 5.2.

³⁹ La sentenza appartiene "a quelle decisioni giudiziarie che pongono capo all'introduzione nel sistema giuridico di figure nuove ma declinate secondo il linguaggio tradizionale". Per un interessante analisi, v. L. NIVARRA, *Diritto privato e teorie antilitiche del diritto*, in *Eur. dir. priv.*, 2004, n.3, p. 950.



“Sarà pot destinata alle considerazioni che di qui a breve seguiranno l'analisi della questione centrale della causalità, la questione, cioè, se ledere un siffatto interesse (del nascituro alla procreazione responsabile da parte della madre) abbia come conseguenza diretta ed immediata quella di porre il nascituro malformato in condizioni di disegualianza rispetto agli altri nascituri, e se tale condottiva lesiva sia o meno concausa del suo diritto al risarcimento, da valutare anche sotto il profilo del suo inserimento in un ambiente familiare nella migliore delle ipotesi non preparato ad accoglierlo”⁵⁵.

6.2.4. Una conclusione preordinata alla decisione.

Il percorso sin qui tracciato dalla S.C. ci restituisce alcune premesse per il prosieguo del ragionamento ed allo stesso tempo degli interrogativi ai quali dovrà darsi risposta per pervenire ad un risultato positivo in ordine alla risarcibilità del danno al neonato:

1. il concetto non è soggetto di diritto;
2. il concetto è oggetto di tutela;
3. il concetto è investito degli effetti di protezione del contratto tra madre e struttura (medico);
4. l'omessa diagnosi di malformazioni del nascituro, la somministrazione del farmaco al nascituro, la morte del padre del nascituro, costituiscono illeciti i cui effetti si propagano in diversi momenti temporali e nei confronti di più soggetti (con le relative sfere di interessi);
5. solo dopo la nascita il bambino acquisisce il diritto al risarcimento, prima è solo centro di interessi suscettibili di tutela.

Se nei casi scrutinati nel 2009 e nel 2011 è stato riconosciuto il diritto al risarcimento, per quali motivi questo diritto non potrebbe essere riconosciuto nel caso odierno?

⁵⁵ Nell'argomentare sulla discriminazione tra nascituri la S.C. richiama la teoria di F. DI CIOMMO, *Giurisprudenza-normativa e "diritto a non nascere se non sano"*, cit., p. 153, “Ledere un interesse di tal fatta vuol anche dire porre lo sfortunato nascituro in condizioni di disegualianza rispetto agli altri nascituri, ed anche questo non può essere consentito nel nostro ordinamento. In altre parole, se ogni madre, in presenza delle condizioni previste dalla legge, ha diritto a scegliere se portare a compimento la gravidanza, la lesione di un tale diritto pregiudica, oltre che la madre, anche il suo bambino rispetto a tutti gli altri bambini che invece sono nati all'esito di una scelta genitoriale consapevole”.

Quali sono le differenze tra quei due casi e quello *de quo* in grado di giustificare la negazione del risarcimento?

Due problemi principali da risolvere:

1. causalità materiale tra omessa informazione e danno evento;
2. sussumibilità al concetto di danno differenziale, ingiusto e risarcibile, delle conseguenze della nascita malformata rispetto alla non nascita.

Su questi due punti, la S.C. introduce due argomenti, dei quali vaglierà la coerenza logica-sistemica nel prosieguo dell'argomentazione.

- Con riferimento alla causalità, posta attenzione alle affinità e differenze tra i casi del 2009 e del 2011 ed il caso odierno, la Corte si chiede, “se ledere un siffatto interesse⁵⁶ abbia come conseguenza diretta ed immediata quella di porre il nascituro malformato in condizioni di disegualianza rispetto agli altri nascituri, e se tale condottiva lesiva sia o meno concausa del suo diritto al risarcimento”.
- Con riferimento al danno subito dal neonato, viene ribadito che il nascituro non vanta un autonomo “diritto all'aborto”, come la madre, ma un diritto “alla riparazione di una condizione funzionale ad alleviarne sofferenze e infermità, talora prevalenti sul valore della vita stessa”⁵⁷.

Concettualmente i due problemi sono legati a due specifiche ricostruzioni:

1. del fatto illecito;
2. del danno risarcibile.

Sull'illecito, si è visto nei paragrafi precedenti che la S.C. riconduce la vicenda nella fattispecie degli illeciti intersoggettivi e intertemporali, sicché questo punto è nell'argomentazione della Corte ormai superato.

Sul danno risarcibile il ragionamento della Corte prosegue nel paragrafo 7 della sentenza nel quale verrà vagliata la sostenibilità di tale ricostruzione al

⁵⁶ Il riferimento è all'interesse del nascituro (oggetto di tutela) alla procreazione cosciente e responsabile secondo il sistema individuato dalla L. 194. Cass. 2 ottobre 2012, n. 16754, cit. § 6.2.2.16. Costante il richiamo a: F. DI CIOMMO, *Giurisprudenza-normativa e "diritto a non nascere se non sano"*, cit., p. 153. ⁵⁷ Cass. 2 ottobre 2012, n. 16754, cit. § 6.4.8.

La rivoluzione delle sentenze gemelle del 2003 ha coinciso con un ritorno alle origini, ma in un contesto totalmente modificato.

Superato il dogma rappresentato dal trinomio danno non patrimoniale - danno morale - fattispecie di reato, è stato possibile abbandonare il sistema tripolare disegnato dalla Corte Costituzionale nel 1986 (che vedeva affiancati il danno patrimoniale, il danno biologico inteso quale danno extrapatrimoniale risarcibile ai sensi dell'art. 2043 c.c./art. 32 Cost. e il danno morale soggettivo risarcibile in caso di reato), e ritornare al sistema bipolare così come inizialmente configurato dal legislatore nel 1942 all'interno del quale ciò che conta è la sola distinzione tra danno patrimoniale e non patrimoniale.

Viene dunque stravolta l'interpretazione originaria della norma sul piano dei presupposti della risarcibilità come sul piano dei contenuti e l'art. 2059 c.c. diviene limpida testimonianza, ancora una volta, di come l'ordinamento giuridico “è qualcosa che non è ma si fa in accordo con l'ambiente sociale storicamente condizionato”^{52,53}.

Il tenore letterale rimane identico ma il significato cambia profondamente: i casi previsti dalla legge adesso si dividono in due grandi categorie: le ipotesi in cui la risarcibilità è prevista in modo espresso per via di una valutazione ex ante fatta dal legislatore e le ipotesi in cui la risarcibilità, pur non essendo prevista da una norma ad hoc, deve ammettersi in concreto, sulla base di un'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 2059 c.c., per avere il fatto illecito vulnerato in modo grave un diritto della persona direttamente tutelato dalla Costituzione.

Sul piano dei contenuti l'espressione danno non patrimoniale viene interpretata in senso ampio: il vecchio danno morale soggettivo lascia il posto al nuovo danno non patrimoniale³⁰ all'interno del quale si identificano, seppure solo a fini descrittivi, il danno morale, il pregiudizio all'integrità psicofisica (danno biologico) e il c.d. danno esistenziale.

Nell'ambito del recuperato sistema bipolare l'art. 2059 c.c. non delinea una distinta fattispecie di illecito, ma consente la riparazione del danno non patrimoniale sul presupposto che si verifichino tutti gli elementi costitutivi della struttura dell'illecito ex art. 2043 (condotta, nesso causale tra condotta ed evento di danno connotato dall'ingiustizia determi-

nata dalla lesione non giustificata di interessi meritevoli di tutela, danno conseguenza)³¹.

Sulla base di questa premessa danno patrimoniale e non patrimoniale si differenziano solamente in punto di evento dannoso cioè sul piano della lesione dell'interesse protetto³².

Sotto tale aspetto il primo è connotato da atipicità³³, postulando l'ingiustizia del danno la lesione di

³¹ Cass., 31 maggio 2003, nn. 8827/8828, cit.; Cass. S.U., 11 novembre 2008, nn. 26972/3/4/5, in *Resp. civ. prev.*, 2009, I, 38 ss.; fra i tanti commenti alle pronunce delle Sezioni Unite si segnalano F. D. BIGNELLI, *Le sezioni Unite e il danno non patrimoniale*, op. cit., 97 ss.; C. CASTRONOVO, *Danno esistenziale: il lungo addio*, in *Danno e resp.*, 2009, I, 5 ss.; P. CENDON, *L'araba fenice: più vivo che mai il danno esistenziale presso i giudici italiani*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, I, 1 ss.; A. DI MAIO, *Danno esistenziale o di tipo esistenziale: quale l'esito?*, in *Corr. giur.*, 2009, 3, 410 ss.; M. DI MARZIO, *“Danno non patrimoniale: la messa a punto delle sezioni unite”*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, I, 117 ss.; S. PATTI, *Le sezioni Unite e la parabola del danno esistenziale*, in *Corr. giur.*, 2009, 3, 415 ss.; G. PONZANELLI, *Il danno non patrimoniale tra lettura costituzionale e tentazioni esistenziali: la parola alle sezioni unite*, in *Danno e resp.*, 2008, 5, 558 ss.; Id., *La prevista esclusione del danno esistenziale e il principio di integrale riparazione del danno: verso un nuovo sistema di riparazione del danno alla persona*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, I, 90 ss.; P. ZIVIZ, *Danno non patrimoniale: messa obbligata per le Sezioni Unite*, in *Resp. civ. e prev.*, 2008, 5, 1011 ss.; P. G. MONATERI, *Il pregiudizio esistenziale come voce del danno non patrimoniale*, in *Resp. civ. e prev.*, 2001, 1, 56 ss.; E. NAVARRETTA, *Il valore della persona nei diritti inviolabili e la complessità dei danni non patrimoniali: il compimento della drinwirkung e il declino delle autonomie*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, II, 81 ss.; R. DE MATTEIS, *I danni alla persona dopo le S.U. del 2008*, in *Resp. civ.*, 2009, 7, 651 ss.; A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Il danno non patrimoniale secondo le Sezioni Unite. Un “De Profundis” per il danno esistenziale*, in *Danno e resp.*, 2009, I, 32 ss.; G. FACCI, *Il danno non patrimoniale dopo le sentenze del 11/11/2008*, in *Resp. civ.*, 2009, I, 52 ss.; M. FRANZONI, *Cosa è successo al 2059 c.c.*, in *Resp. civ.*, 2009, I, 20 ss.; Id., *I diritti della personalità, il danno esistenziale e la funzione della responsabilità civile*, in *Contr. e impr.*, 2009, I, 1 ss.; Id., *Il danno non patrimoniale del diritto vivente*, in *Corr. giur.*, 2009, I, 5 ss.; 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. impr.*, 2009, 3, 589 ss.; R. SCOGNAMIGLIO, *Il danno non patrimoniale innanzi alle sezioni unite*, *Foro it.*, 2009, I, 120 ss.; P. PERLINGIERI, *L'omnipresenza art. 2059 c.c. e la tipicità del danno alla persona*, in *Resp. dir. civ.*, 2009, 520 ss.; E. BARGELLI, *«Danno non patrimoniale: la messa a punto delle sezioni unite»*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, I, 117 ss.; M. DI MARZIO, *«Danno non patrimoniale-grande è la confusione sotto il cielo, la situazione non è eccellente»*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, I, 122 ss.; S. RUCCI, A. MIGLIANO, F. MASSONI, L. DI DONNA, *I meriti delle sentenze rese nel novembre 2008 dalle sezioni unite della Corte di Cassazione in tema di danni alla persona*, in *Resp. civ. e prev.*, 2012, 5, 1760 ss.

³² Cass. S.U., 11 novembre 2008, n. 26972, cit.

³³ Cass., S.U., 22 luglio 1999, n. 500, cit.: “Quali siano gli interessi meritevoli di tutela non è possibile stabilirlo a priori: caratteristica del fatto illecito delimitato dall'art. 2043 c.c., inteso nei sensi suindicati come norma primaria di protezione, è infatti



qualsiasi interesse giuridicamente rilevante, mentre il secondo è connotato da tipicità, essendo il danno risarcibile nei casi determinati dalla legge e nei casi in cui, a prescindere da una specifica previsione normativa, sia cagionato da un evento di danno consistente nella lesione di specifici diritti inviolabili della persona³⁴.

3. La controversa figura del danno esistenziale. La giurisprudenza delle Sezioni Unite.

Nella problematica generale del danno non patrimoniale si inserisce a pieno titolo la questione del danno esistenziale. Con tale espressione si intende un'alterazione temporanea o permanente in senso peggiorativo del modo di essere di una persona nei suoi aspetti individuali e sociali. La figura del danno esistenziale nasce dal dichiarato intento di ampliare la tutela risarcitoria per quei pregiudizi di natura non patrimoniale che non si traducono nell'alterazione dello stato di salute o nell'insorgere di una malattia.

La configurazione del danno esistenziale ha origini accademiche.

Un'attenta dottrina, nel riproporre su scala generale il medesimo ragionamento applicato in materia di danno biologico, auspicava l'allargamento del novero dei danni da risarcire nel caso in cui il fatto illecito avesse limitato le attività realizzatrici della persona umana, obbligando quest'ultima ad adottare

la sua appiaticità. Compito del giudice, chiamato ad attuare la tutela ex art. 2043 c.c., è quindi quello di procedere ad una selezione degli interessi giuridicamente rilevanti, poiché solo la lesione di un interesse siffatto può dare luogo ad un "danno ingiusto", ed a tanto provvederà istituendo un giudizio di comparazione degli interessi in conflitto, e cioè dell'interesse effettivo del soggetto che si afferma danneggiato, e dell'interesse che il comportamento lesivo dell'autore del fatto è volto a perseguire, al fine di accettare se il sacrificio dell'interesse del soggetto danneggiato trovi o meno giustificazione nella realizzazione del contrapposto interesse dell'autore della condotta, in ragione della sua prevalenza³⁵.

³⁴ Cass., 15 luglio 2005, n. 15022, in *Dir. giust.*, 2005, 40, 37 ss., con nota di M. ROSSETTI, *Danno esistenziale: fine di un incubo - Quella gramigna infestava i tribunali*, secondo la quale "La conseguenza di ciò è che ai fini dell'art. 2059 c.c. non può farsi riferimento ad una generica categoria di "danno esistenziale" (dagli incerti e non definiti confini), poiché attraverso questa via si finisce per portare anche il danno non patrimoniale all'appiaticità, sia pure attraverso l'individuazione dell'apparente tipica figura categoriale del "danno esistenziale", in cui tuttavia confluiscano fattispecie non necessariamente previste dalla norma ai fini specifici della risarcibilità di tale tipo di danno, mentre tale situazione non è voluta dal legislatore ordinario né è necessitata dall'interpretazione costituzionale dell'art. 2059 c.c., che rimane soddisfatta dalla tutela risarcitoria di specifici valori della persona, ritenuti inviolabili dalla norma costituzionale".

nella vita di tutti i giorni comportamenti diversi da quelli usualmente tenuti.

Così come era successo per il danno alla salute, la proposta aveva ad oggetto non tanto l'ampliamento dei confini degli interessi rilevanti sul piano dell'ingiustizia quanto l'estensione del rimedio riparativo alle compromissioni non reddituali del danneggiato³⁵.

In particolare il danno esistenziale veniva distinto sia dal danno biologico, in quanto non inerente alla salute ma ad attività realizzatrici della persona umana, sia dal danno morale, in quanto inerente ad "un non poter più fare" e non ad un "sentire".

Sull'utilità di questa figura si sono contrapposte in giurisprudenza due scuole di pensiero che sono state definite come "esistenzialista" e "antiesistenzialista".

L'indirizzamento esistenzialista ha interpretato tale voce di danno come categoria ampia, aperta anche ai disagi, ai turbamenti psichici e agli stress, talvolta prescindendo dalla necessaria individuazione di quale fosse l'interesse giuridicamente rilevante, talora spingendosi fino ad individuare nella lesione della serenità personale e nella violazione in sé di un bene costituzionalmente tutelato la prova dell'esistenza del danno in esame, con il solo limite del "mero patema d'animo interno" costituente invece danno morale³⁶.

Sul versante opposto, invece, si è sostenuto che parlare di una generica figura di danno esistenziale dagli "incerti ed indefiniti confini"³⁷, sganciata da qualsiasi riferimento normativo e da valori costituzionali, avrebbe significato tradire l'impostazione del sistema risarcitorio italiano e condurre nell'apiciata anche il danno non patrimoniale³⁸.

I contrasti giurisprudenziali sembravano sopiti con l'intervento nel 2003 delle sentenze n. 8827 e n. 8828, le quali hanno avuto il merito di avere ricon-

³⁵ P. CENDON - P. ZIVIZ, *Danno, X) danno esistenziale, op. cit.*, 5 s.

³⁶ Vedei, a favore del danno esistenziale, Cass., 7 giugno 2000, n. 7713, in *Danno e resp.* 2000, 8-9, 835 ss., con nota di P.G. MONATERI, *Il danno esistenziale varrà in Cassazione*, e G. PONZANELLI, *Attenzione: non è danno esistenziale, ma vera e propria pena privata*; Cassazione, 3 luglio 2001, n. 9009, in *Dir. form.*, 2002, 501 ss.; Cass., 12 giugno 2006, n. 13546, in *Resp. civ. prev.*, 2006, 9, 1439 ss.; in *Dir. giust.*, 2006, 28, 17 ss., con nota di M. DI MARZIO, *Il danno esistenziale? Ormai sdoganato*; Cass., 2 febbraio 2007, n. 2311, in *Giur. it.*, 2007, 12, 2710 ss.; Cass., 6 febbraio 2007, n. 2546, in *Resp. civ. prev.*, 2007, 6, 1279 ss., con nota di D. CHINDEMI, *Danno esistenziale quale autonoma voce di danno distinta dal danno biologico e dal danno morale*.

³⁷ Cass., 15 luglio 2005, n. 15022, cit., par. 10.4.
³⁸ Cass., 15 luglio 2005, n. 15022, cit., par. 10.4.; Cass., 17 luglio 2006, n. 15760, in *Arch. giur. eticol. e sinistri* 2007, 2, 149 ss.; Cass., 9 novembre 2006, n. 23918, in *Foro it.*, 2007, 1, 1-71 ss.; Cass., 20 aprile 2007, n. 9510, in *Resp. civ. e prev.*, 2007, 7, 8, 1553 ss.

ficavano le conseguenze pregiudizievoli della lesione del diritto.

Invece l'illecito, costituito da condotta materiale ed evento, si era verificato in un momento precedente ma alla nascita era avvenuta la propagazione intersoggettiva degli effetti dello stesso; in quel momento sorgeva il diritto di credito al risarcimento.

La struttura logica e concettuale è assimilabile a quella della decisione del 2009, sicché la S.C. espressamente accosta le due ipotesi:

"nelle modalità di insorgenza del diritto al risarcimento, il caso scrutinato (uccisione del padre del feto) non si differenzia da quello della lesione colposamente cagionata al feto durante il parto (dunque prima della nascita), da cui derivi, dopo la nascita, il diritto del nato al risarcimento per il danno alla salute (danno da lesione del diritto alla salute, dunque, e non già del cosiddetto "diritto a nascere sano", che costituisce soltanto l'espressione verbale di una fattispecie costituita dalla lesione provocata al feto, ma che non è ricognitiva di un diritto preesistente in capo al concepito, che il diritto alla salute acquista solo con la nascita)".

La motivazione prosegue evidenziando che l'applicazione di tale schema logico al caso scrutinato nel 2004 avrebbe consentito una diversa soluzione. In quell'ipotesi si era ricercata la soggettività del concetto e la titolarità di un diritto a nascere sano, con la conseguente negazione del risarcimento. Invece l'irrelevanza della soggettività del concetto e la ricostruzione diachronica dell'illecito consentirebbero di estendere anche al feto (oggetto di tutela) gli effetti protettivi del contratto tra madre e medico, come riconosciuto per il padre, e di valutare la rilevanza degli effetti dell'illecito sui diritti acquisiti con la nascita.

6.2.3.1. Identità concettuali e differenze risarcitorie.

In realtà, il ragionamento della S.C. velatamente si spinge ancora oltre, in quanto non solo enuncia l'esistenza del precedente del 2011, che rafforza l'orientamento prospettato, ma introduce un ulteriore argomento per evidenziare come un caso concettualmente simile a quello scrutinato abbia dato luogo al riconoscimento del diritto al risarcimento.

Nel precedente paragrafo sono stati confrontati il caso dell'omessa diagnosi con il caso della somministrazione di un farmaco dannoso. Si è evidenziato come i due casi fossero speculari dal punto di vista

delle conseguenze riportate dai due bambini: entrambi morfologicamente e funzionalmente alterati.

Speculare era anche la qualificazione giuridica di essi: meri centri di interessi giuridicamente rilevanti, protetti dal contratto di "spedalità", durante la gestazione; soggetti titolari del diritto alla salute dopo la nascita.

La differenza tra le due situazioni risiede nell'illecito e specificamente nel nesso di causalità tra condotta e danno: quest'ultimo collegato, nel primo caso all'omessa rilevazione della malformazione, nel secondo alla somministrazione del farmaco. Il nesso causale non era stato oggetto di scrutinio nel 2004 in ragione dell'approccio sincronico al fatto illecito, essendo il concetto privo di soggettività nonché della titolarità di un diritto soggettivo a nascere o non nascere sano.

Nel caso *de quo* è proprio con questa differenza che la S.C. deve misurarsi e per questo ha bisogno di argomenti che possano elideme l'insuperabilità dovuta al fatto che il medico non ha prodotto la malformazione ma solamente non l'ha rilevata. A ciò si aggiungono, a valle dell'illecito, le regole sul danno differenziale.

In quest'ottica, il discorso sul danno parentale al figlio, nato dopo la morte del padre, acquisisce una rilevanza notevolissima perché fondato su una struttura concettuale nella quale il danno risarcibile differenziale sfuma parecchio le sue caratteristiche.

Infatti il concetto, privo di soggettività giuridica, né naturalisticamente né giuridicamente, matura un diritto al rapporto parentale al momento in cui si verifica l'evento dannoso "morte del padre", sicché, al momento della nascita, coincidono l'insorgenza del diritto e la lesione dello stesso in seguito alla propagazione intertemporale ed intersoggettiva degli effetti dell'illecito.

Ma in tal modo, si può sostenere che il risarcimento sia parametrato al concetto differenziale di danno, con la funzione di riportare il danneggiato nella stessa condizione in cui si sarebbe trovato senza il verificarsi della lesione?

È chiaro l'intento della sentenza di non discriminare il bambino che ha perso il padre dopo la nascita da quello che lo ha perso poco prima di nascere: ma questa argomentazione sottolinea la discriminazione tra il bambino che è nato malformato perché concepito malformato da quello nato malformato seppur concepito sano.

L'attenzione viene rivolta sulle conseguenze della lesione del diritto dalla cui sussistenza si risale al diritto e alla lesione dello stesso.

Del resto poco prima³⁴ la S.C. aveva introdotto esplicitamente la questione:

³⁴ Cass., 2 ottobre 2012, n. 16754, cit. § 6.2.2.17.



Tale analisi non è negativa del fatto che il concetto sia tutelato nel nostro ordinamento, soprattutto in ragione delle norme costituzionali che pongono la persona al centro dei valori del sistema: "la centralità della persona è un valore assoluto, (...) un autentico fine dell'ordinamento".

Tuttavia tale tutela non necessita dell'istituzione del concetto non nato a "soggetto" ma la sua considerazione quale "oggetto di tutela necessaria".

La S.C. richiama dottrina autorevole⁵⁰ che considera le norme della Costituzione rivolte a tutela di colui "che è partecipe della qualità e dignità di uomo", con riferimento al carattere biologico del soggetto, "dal che deriva l'immagibilità del riconoscimento in capo al nascituro dei diritti inviolabili dell'uomo previsti dall'art. 2 della Carta fondamentale, che esalta l'imprescindibile legame di tali diritti con la natura umana".

Al contempo, però, la Corte non ritiene che tali prerogative, riguardo al concetto, possano essere declinate attraverso lo statuto concettuale del "soggetto di diritto" ma che debbano essere declinate intendendolo quale "centro di interessi suscettibili di tutela".

Tale locuzione potrebbe anche essere riferita al "soggetto di diritto", ma, più correttamente nel caso *de quo*, la S.C. la intende riferita al (concetto) "oggetto di tutela progressiva da parte dell'ordinamento", aderendo così alla risalente definizione di un illustre maestro⁵¹.

Questa precisazione, oltre a contenere una presa di posizione su una questione di massima importanza⁵², costituisce una premessa ulteriore nella costruzione della soluzione al caso di specie.

Infatti richiamando ulteriormente la decisione del 2009, la S.C. chiarisce che: nel caso delle malformazioni prodotte dalla somministrazione di farmaci, il nato malformato non faceva valere un diritto a nascere sano di cui era titolare già da concepito,

⁵⁰ E. MOSCATI, *La tutela dell'embrione*, in *Le sfide del diritto*, a cura di G. DALLA TORRE E C. MIRABELLI, Soveria Mannelli, 2009, 89, in part. 91-92; (come riportato da) F. DI COMMO, *Giurprudenza-normativa e diritto a non nascere se non sano*, cit., che evidenzia come già F. D. BUSNELLI, *L'inizio della vita umana*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, I, 533, osservava che «la tolleranza dei diritti alla dignità e identità, alla vita e alla salute può direttamente desumersi, a favore del concetto stesso, dai principi fondamentali della Costituzione», per concludere che il collegamento di questi diritti «al presidio formale della soggettività può consentire di progettare nuove misure di tutela».

⁵¹ P. RESCIGNO, *Il danno da procreazione*, in *Riv. dir. civ.*, 1956, I, p. 614; Id., *La nascita*, in *Trattato di Biodiritto – Il governo del corpo*, Giuffrè, 2010, p. 1735.

⁵² La S.C. è risolta nel negare la qualità di soggetto di diritto al concepito e a questo argomento dedica il § 6.4 della motivazione che per esigenze di sintesi non sarà oggetto di approfondimento in quanto argomento rafforzativo della decisione ma non necessario.

bensi la lesione del suo diritto attuale alla salute per un illecito che era occorso al tempo in cui era concepito.

Dunque anche in quel caso il concepito era oggetto di tutela e il neonato soggetto di diritto.

In quel caso (2009), in cui si era riconosciuto il risarcimento, "oggetto della pretesa e della tutela risarcitoria era stata, sul piano morfologico la nascita malformata, su quello funzionale il perdurare stato di infermità".

Ciò introduce un passaggio delicatissimo: in cosa differiscono le due fattispecie?

Il nascituro (del caso del 2009), quando alla madre venne somministrato il farmaco, era oggetto di tutela, investito dagli effetti protettivi del contratto tra madre e struttura; divenne soggetto di diritto solo al momento della nascita, momento in cui faceva valere la sua alterazione morfologica e funzionale, con le relative conseguenze, in relazione alla quale vantava un diritto alla salute e non a nascere sano.

Il nascituro (dei casi del 2004 e del 2012), quando alla madre non venne comunicata l'infermità di cui aveva chiesto la diagnosi, era oggetto di tutela, investito dagli effetti protettivi del contratto tra madre e struttura; al momento della nascita divenne soggetto di diritto e presentò la medesima alterazione morfologica e funzionale e le medesime conseguenze; anch'egli vantava un diritto attuale alla salute e non poteva in precedenza vantare un diritto a nascere sano.

6.2.3. Perdita del padre e danno differenziale.

La struttura logica e concettuale seguita nella pronuncia *de quo* trova riscontro in un ulteriore precedente: la sentenza n. 9700 del 2011⁵³, avente ad oggetto il diverso caso del risarcimento dei danni subiti dal figlio in conseguenza dell'uccisione del padre al tempo in cui questi era solo concepito.

Il genitore era rimasto vittima di un incidente stradale mentre la moglie era in stato interessante, sicché si doveva decidere se oltre alla madre anche la figlia, nel frattempo nata, avesse diritto al risarcimento per aver perso il padre prima ancora di nascere.

Anche in quell'ipotesi la S.C. ritenne irrilevante il riconoscimento della soggettività giuridica in capo al concepito.

Il diritto al godimento del rapporto parentale veniva riconosciuto sussistente solo dopo la nascita della figlia, che in quel momento acquisiva la soggettività giuridica, così come dopo la nascita si verificava.

⁵³ Cass. Civ., sez. III, 03 maggio 2011, n. 9700, cit.

dotto a razionalità e coerenza il tormentato capitolo della tutela risarcitoria del danno alla persona. Il Supremo collegio ha prospettato, all'interno di un sistema bipolare del danno patrimoniale e non patrimoniale, un'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 2059 c.c. in virtù della quale nell'astratta previsione della norma è da ricomprensive ogni danno di natura non patrimoniale derivante dalla lesione di valori personali costituzionalmente protetti, compreso il danno non patrimoniale da uccisione del congiunto ovvero il danno esistenziale in ambito familiare.

A questo orientamento aveva dato continuità la Corte Costituzionale che nel dichiarare non fondata l'ennesima questione di legittimità costituzionale dell'art. 2059 c.c., aveva tributato un espresso riconoscimento semantico alla categoria del danno esistenziale, da intendersi quale terza sottocategoria di danno non patrimoniale avente pari dignità rispetto al danno biologico e morale³⁹.

Nel 2008, tuttavia, a seguito di persistenti contrasti sugli aspetti morfologici e funzionali del danno non patrimoniale, sono intervenute le Sezioni Unite con le sentenze nn. 26972/3/4/5⁴⁰. L'ordinanza di rimessione n. 4712 del febbraio 2008⁴¹ chiedeva infatti se fosse "concepibile un pregiudizio non patrimoniale, diverso tanto dal danno morale quanto dal danno biologico, consistente nella lesione del fare arcaica della vittima e scaturente dalla lesione di valori costituzionalmente garantiti".

Nonostante un atteggiamento apparentemente ostile, tuttavia, gli ermellini rispondono, nella sostanza, in modo positivo. L'impressione è che si sia voluto delegittimare l'espressione "esistenziale",

³⁹ Corte Cost., 11 luglio 2003, n. 233, in *Corr. giur.*, 2003, 8, 1028 ss., con nota di M. FRANZONI, *Il danno non patrimoniale e il danno morale: una svolta per il danno alla persona*, in *Danno e resp.*, 2003, 10, 939 ss., con nota di M. BONA, *Il danno esistenziale bussa alla porta e la Corte Costituzionale apre (verso il nuovo art. 2059 c.c.)*, in *Danno e resp.*, 2003, 10, 957, con nota di G. CUCIENTI, *Una diversa lettura dell'art. 2059 c.c.*; in *Danno e resp.*, 2003, 10, 962, con nota di G. PONSANELLI, *La Corte Costituzionale si allinea con la Corte di Cassazione*, in *Danno e resp.*, 2003, 10, 964, con nota di A. PROCCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Il sistema di responsabilità dopo la sentenza della Corte Costituzionale n. 233/2003*; in *Danno e resp.*, 2003, 10, 970, con nota di O. TROIANO, *L'irresistibile ascesa del danno non patrimoniale*, in *Resp. civ. prev.*, 2003, 1041 ss., con nota di P. ZWIV, *Il nuovo volto dell'art. 2059 c.c.*; in *Rass. dir. civ.*, 2003, 3, 775 ss., con nota di P. PERLINGIERI, *L'art. 2059 c.c. inno e bino: un'interpretazione che non convince*.

⁴⁰ Cass., S.U., 11 novembre 2008, n. 26972/3/4/5, cit.

⁴¹ Ord., 25 febbraio 2008, n. 4712, in *Danno e resp.*, 2008, 5, 553, con nota di G. PONSANELLI, *Il danno non patrimoniale tra lettura costituzionale e remozioni esistenziali: la parola alle sezioni unite*, e M. BONA, *La saga del danno esistenziale verso l'ultimo CIAC*.

ma non il tipo di pregiudizio cui quella espressione faceva riferimento⁴².

Sulla premessa che la figura del danno esistenziale era stata proposta nel dichiarato intento di supplire ad un vuoto di tutela, la Corte così si esprime:

"in presenza di reato, superato il tradizionale orientamento che limitava il risarcimento al solo danno morale soggettivo ed affermata la risarcibilità del danno non patrimoniale nella sua più ampia accezione, anche il pregiudizio non patrimoniale consistente nel non poter fare (ma sarebbe meglio dire: nella sofferenza morale determinata dal non poter fare) è risarcibile. La tutela risarcitoria sarà riconosciuta se il pregiudizio sia conseguenza della lesione almeno di un interesse giuridicamente protetto desunto dall'ordinamento positivo"⁴³.

"in assenza di reato, invece, e al di fuori dei casi determinati dalla legge, i pregiudizi di tipo esistenziale sono risarcibili purché conseguano alla lesione di un diritto inviolabile della persona diverso dalla integrità psicofisica"⁴⁴. Ipotesi che si realizza, ad esempio, nel caso di perdita o grave compromissione del rapporto parentale dovuta alla morte o alla grave invalidità del congiunto, nella quale si riscontra la lesione dei diritti inviolabili della famiglia (artt. 2, 29 e 30 Cost.)⁴⁵.

Pregiudizi di tipo esistenziale trovano ancora spazio nell'ambito del rapporto di lavoro. L'art. 2087 c.c., posto a tutela di diritti inviolabili come l'integrità fisica e la personalità morale del lavoratore, viene considerata dalla Corte un'ipotesi di ri-

⁴² Cfr. S. PATTI, *Le sezioni unite e la parabola del danno esistenziale*, op. cit., 419, secondo il quale "Non sembra, infatti, che molto sia mutato per quanto riguarda la figura del danno esistenziale, o tanto meno che essa possa dirsi "ridimensionata" dalla decisione, poiché è la stessa negazione (anche) delle altre "sottocategorie" di danno non patrimoniale (danno morale e danno biologico) ad avere confermato la equiparabilità del pregiudizio esistenziale alle altre figure di danno non patrimoniale e quindi la sua risarcibilità"; A. PROCCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Il danno non patrimoniale secondo le Sezioni Unite. Un "De Profundis" per il danno esistenziale*, op. cit., 45, il quale condiziona non le argomentazioni poste alla base del ragionamento ed afferma che: "Sarebbe stato possibile negare l'esistenza del danno esistenziale, identificandolo, sic et simpliciter, con un danno morale non più "soggettivo".

⁴³ Cass., S.U., 11 novembre 2008, n. 26972, cit. par. 3.4.1.

⁴⁴ Cass., S.U., 11 novembre 2008, n. 26972, cit. par. 3.4.2.

⁴⁵ Un altro caso, esaminato da Cass., 11 novembre 1986, n. 6607, in *Giust. civ.*, 1986, I, 3031 ss., è rappresentato dall'illecito che, cagionato ad una persona coniugata all'immediatamente avere rapporti sessuali (diritto alla sessualità), è immediatamente e direttamente lesivo del diritto dell'altro coniuge a tali rapporti quale diritto dovere reciproco inerente alla persona e strutturale, insieme agli altri diritti-doveri reciproci, il rapporto di coniugio.



sarcimento del danno di tipo esistenziale legislativamente prevista in ambito contrattuale⁴⁶.

Come ha ben rilevato un interessante sentenza del Tribunale di Varese del 12 aprile 2010, n. 488, le sentenze gemelle delle Sezioni Unite dell'11 novembre 2008, nel tentativo di estirpare la «gramigna risarcitoria esistenzialista allargatasi a dismisura» avrebbero mantenuto in vita «il pregiudizio (o danno) esistenziale, collegandolo però al filtro dei diritti costituzionali inviolabili»⁴⁷.

Vale osservare comunque che il rifiuto di legittimare specifiche ed autonome sottocategorie di danno non ha riguardato solamente il danno esistenziale, ma ha avuto carattere più generale avendo, infatti, la Corte precisato che «il riferimento a determinati tipi di pregiudizio, in vario modo denominati (biologico, morale o parentale), risponde ad esigenze descrittive ma non implica il riconoscimento di distinte categorie di danno»⁴⁸.

E' solo a fini descrittivi che nel caso di lesione del diritto alla salute (art. 32 Cost.) si parla di danno biologico: figura che ha avuto espresso riconoscimento normativo nel d.lgs. n. 209 del 2005 (Codice delle assicurazioni private) e che viene individuata nella «lesione temporanea o permanente all'integrità psicofisica della persona suscettibile di accertamento medico-legale che esplica un'incidenza negativa sulle attività quotidiane e sugli aspetti dinamico-relazionali della vita del danneggiato, indipendentemente da eventuali ripercussioni sulla sua capacità di reddito»^{49, 50}.

⁴⁶ Il rapporto di lavoro rappresenta il settore nel quale il danno esistenziale ha trovato forse la sua maggior fortuna. Tant'è che l'ordinanza di rimessione n. 4712 aveva chiesto alle Sezioni Unite di chiarire se fosse «corretta la teoria secondo cui il danno esistenziale sarebbe risarcibile nel solo ambito contrattuale e segnatamente nell'ambito del rapporto di lavoro, ovvero debba affermarsi il più generale principio secondo cui il danno esistenziale trova cittadinanza e concreta applicazione tanto nel campo dell'illecito contrattuale quanto in quello del torto aquilano».

⁴⁷ Secondo il Tribunale il danno esistenziale sarebbe «un pregiudizio dinamico e vitale che si apprezza nel raffronto fra una condizione precedente all'illecito ed una condizione successiva all'illecito stesso».

⁴⁸ Cfr. D. CRINDEMI, *Tecniche di liquidazione del danno non patrimoniale: equità e tabelle*, in *Resp. civ. prev.*, 2011, 1, 198 ss., il quale non condivide la degradazione, da parte della Suprema Corte, del danno biologico a voce avente natura meramente descrittiva data la sua esplicita previsione normativa all'interno del Codice delle Assicurazioni private; S. PATTI, *Le sezioni unite e la parabola del danno esistenziale*, *op. cit.*, 419, secondo il quale «Se addirittura un "passo indietro" volesse scorgersi, per la suddetta negazione della configurabilità di autotono sottocategorie, questo riguarderebbe soprattutto il danno biologico, trattato alla stregua delle altre figure nonostante un espresso riconoscimento normativo e una definizione legislativa...».

Del pari anche il danno morale non individua un'autonomia sotto categoria di danno, ma «descrive, tra i vari possibili pregiudizi non patrimoniali, un tipo di pregiudizio costituito dalla sofferenza soggettiva cagionata dal reato in sé considerata. Sofferenza la cui intensità e durata nel tempo non assumono più rilevanza ai fini della esistenza del danno, ma solo della quantificazione del risarcimento»⁵⁰.

L'unica, autonoma, categoria è quella del danno non patrimoniale.

4. I criteri di liquidazione del danno secondo le Sezioni Unite del 2008

Con le quattro pronunce emesse a Sezioni Unite nel 2008, la Corte di Cassazione oltre ad avere ribadito cosa dovesse intendersi con la locuzione «dannone non patrimoniale» e quando questo fosse risarcibile, ha risposto alla ulteriore questione riguardante i criteri secondo i quali debba avvenire la liquidazione.

Il principio più importante, riaffermato alla luce della clausola generale della centralità della persona, non ha riguardato, in effetti, il problema dell'autonomia ontologica del danno esistenziale quanto quello dell'integrale riparazione del danno già più volte richiamato dalla Corte Costituzionale (C. Cost. n. 184-1986). Le direttive indicate dalle Sezioni Unite per soddisfare, da un lato, l'esigenza di garantire il giusto ristoro delle perdite non patrimoniali e per evitare, dall'altro, il fenomeno della duplicazione delle poste risarcitorie, hanno suscitato non pochi dubbi sulle modalità operative con le quali si è inteso raggiungere tale risultato.

Le premesse sono chiare: il risarcimento del danno alla persona deve essere integrale, deve cioè ristorare interamente il pregiudizio patito, ma ovviamente non oltre. «E' compito del giudice accertare l'effettiva consistenza del pregiudizio allegato, a prescindere dal nome attribuitogli, individuando quali ripercussioni negative sul valore-uomo si siano verificate»⁵¹.

A tali affermazioni di principio hanno però fatto seguito una serie di indicazioni, nel merito, sul rapporto tra danno morale e danno biologico, danno morale e danno esistenziale e tra danno biologico e danno esistenziale, che hanno suscitato, nella giurisprudenza così come all'interno della dottrina, perplessità sulla reale capacità di assicurare un ristoro economicamente adeguato in grado di rispecchiare

Questa ricostruzione non sarebbe rispondente al dato normativo, costituito dalla legge sull'interruzione della gravidanza, come legittimata dal vago della Corte Costituzionale⁴⁴, che restituisce all'interprete una situazione giuridica nella quale «il diritto alla procreazione cosciente e responsabile è attribuito alla sola madre».

Diritti il legislatore bilancia (art. 4, L. 194/78) il diritto alla salute della madre con l'interesse del feto, sacrificando il secondo, e non riconosce al feto alcuna posizione autonoma, se non quella di una tutela passiva coerente con il suo essere vita umana ma non ancora persona e con il suo essere immediatamente nel corpo della madre che è persona formata e soggetto di diritto.

Pertanto la S.C. ritiene che correttamente non si debba cercare nel concetto, poi nato, il titolare del diritto lesa dalla condotta del medico, in quanto la condotta informativa e diagnostica era preordinata all'esercizio di un diritto personalissimo della madre e rispetto a quello andava ricostruito l'illecito. Così come rispetto al padre si parla di propagazione intersoggettiva degli effetti diacronici dell'illecito, allo stesso modo la fattispecie va ricostruita verso il figlio.

La condotta illecita del medico non ha un effetto sincronico sui due soggetti, madre e figlio, i quali dovrebbero variare in ipotesi due autonomi diritti, all'autodeterminazione e alla «nascita o non nascita sana», ma ha un effetto diacronico, per cui vi è un primo momento, connotato dal nesso causale tra condotta e lesione del diritto della madre, ed un secondo momento, connotato dalla propagazione degli effetti dell'illecito sul padre e sul figlio che al contempo è nato, divenendo si soggetto di diritto⁴⁵.

Posto dunque che la fattispecie va ricostruita come sopra, la Corte chiarisce che l'interruzione della gravidanza⁴⁶ si fonda su una facoltà «rappresentativa di un esclusivo interesse della donna e non piuttosto anche del nascituro», pertanto non è condivisibile che si postulino un diritto a «non nascere se non sano», di cui si possa pensare che il nato

⁴⁴ Corte cost., 18 febbraio 1975, n. 27, in *Foro it.*, 1975, I, 515.

⁴⁵ «Il diritto alla procreazione cosciente e responsabile è, dunque, attribuito alla sola madre, per espressa volontà legislativa, si che risulta legittimo discorrere, in caso di sua ingiusta lesione, non di un diritto esteso anche al nascituro in nome di una sua dichiarata soggettività giuridica, bensì di propagazione intersoggettiva degli effetti diacronici dell'illecito (come incontestabilmente ammesso nei confronti del padre) - salvo l'indispensabile approfondimento (che di qui a breve seguirà) sul tema della causalità in relazione all'evento di danno in concreto lamentato dal minore nato malformato». Cass., 2 ottobre 2012, n. 16754, cit., § 6.2.2.13.

⁴⁶ Nel risolvere il caso la S.C. dedica ampio spazio a rispondere ad alcuni argomenti critici sollevati dalla dottrina sia dopo la decisione del 2004 che in relazione alla vicenda francese «Per ruche». Sul tema si veda la bibliografia citata nella nota 3.

possa addirittura fare uso contro la stessa madre nel caso in cui questa, consapevole delle malformazioni, non ne abbia soppresso la vita⁴⁷.

Questa opzione interpretativa è preclusa dal dato normativo (L. 194 e Giurisprudenza Costituzionale) sicché si può solo constatare che vi è un «diritto» della madre contrapposto ad un «interesse» del nascituro⁴⁸.

Sulla base di queste considerazioni la S.C. giunge ad un punto cardine del suo ragionamento, enunciando un significativo principio di diritto secondo il quale:

«la propagazione intersoggettiva dell'illecito legitima un soggetto di diritto, quale il neonato, per il tramite del suo legale rappresentante, ad agire in giudizio per il risarcimento di un danno che si assume in ipotesi ingiusto (autora impregiudicata la questione del nesso causale e dell'ingiustizia del danno lamentato come risarcibile in via autonoma dal neonato)».

6.2.2. Soggetto di diritto e «oggetto di tutela».

Il «soggetto di diritto», titolare dell'azione per il risarcimento del danno, è il neonato. La soggettività che ha acquisito con la nascita fa sì che sia affiancato al padre quale soggetto protetto dagli effetti del contratto di «spedalità»⁴⁹.

La S.C. approfondisce la questione della soggettività del concetto, negandola e ribadendo due concetti:

- il concetto non ha un diritto a non nascere o a nascere sano;
- il divieto di eugenetica rispecchiato dalla L. 194 non si fonda su un diritto del concetto a nascere.

⁴⁷ Sulla responsabilità dei genitori che consci della malformazione proseguono la gravidanza, più avanti § 7.7.

⁴⁸ Cfr. F. DI CONOMO, *Giurisprudenza-normativa e «diritto a non nascere se non sano»*, cit., p. 152: «non risulta azardato affermare che nel nostro ordinamento giuridico esiste un interesse protetto in capo al nascituro a che, in presenza di determinati rischi tassativamente individuati dalla legge, la prosecuzione della gravidanza sia il risultato di una scelta, per l'appunto, cosciente e responsabile della madre», la cui argomentazione è ampiamente ripresa dalla S.C., che ne condivide diversi aspetti seppure discostandosi nelle conclusioni.

⁴⁹ In realtà nella ricostruzione della S.C. il contratto tra madre e struttura (medico) protegge anche il concetto che è appunto «oggetto di tutela» ma questo non può far valere l'effetto protettivo se non dopo la nascita.



della soggettività, il nascituro non poteva vantare alcuna posizione giuridicamente rilevante ai fini del risarcimento, con la conseguenza che neppure si poteva vagliarne la relazione di causalità rispetto alla condotta del medico. Il risarcimento spettava alla madre e al padre, a cui si estendevano gli effetti protettivi del contratto tra la struttura ospedaliera e la donna.

2. La pronuncia del 2009, in ragione della diversità materiale del fatto, dovette principalmente preoccuparsi della soggettività del concepito. Infatti la condotta commissiva del medico, che con la somministrazione del farmaco aveva cagionato la malformazione, non poneva grossi dubbi circa il nesso di causalità con la lesione dell'integrità del concepito né sull'estensione a questo degli effetti protettivi del contratto. Risolta la questione della titolarità di una posizione giuridica tutelata in capo al nascituro (dotato di una soggettività "speciale"), il caso non risultava diverso da un'ordinaria ipotesi di danno alla salute.

3. La novità, contenuta nella sentenza del 2009⁴², era costituita dal riconoscimento che gli "effetti protettivi del rapporto obbligatorio (contrattuale o da cd. "contatto sociale") instaurato tra la paziente e i sanitari che la assistono durante la gestazione si producono non solo a favore del marito, bensì anche del figlio". Pertanto il diritto al risarcimento veniva riconosciuto direttamente allo stesso.

Soggettività, diritto tutelato, effetti protettivi del contratto "medico-gestante", questi sono i tre elementi che è necessario indagare per riconoscere o meno la pretesa risarcitoria del nato malformato.

Rispetto al 2004, il caso del 2009 evidenziava che la questione della soggettività e degli effetti protettivi del contratto non erano di ostacolo al riconoscimento della pretesa; tuttavia ciò avveniva in ragione del fatto che in quel caso il diritto lesa e il danno subito erano facilmente individuabili, giusta la condotta commissiva del medico, i cui effetti consentivano di effettuare un giudizio differenziale negativo tra il nascituro fisiologicamente sano e il nascituro menomato dal farmaco.

L'indagine dei fatti, in quel caso, restituiva una fattispecie facilmente sussumibile nel concetto di danno differenziale: "feto originariamente sano" meno "feto alterato dal farmaco" uguale "danno".

L'elemento del danno, quale situazione differenziale negativa, distingueva la condizione fisiologica della bambina nata talassemica dalla condizione patologica del bambino colpito dagli effetti nocivi del farmaco.

6.2. Il cambio di rotta.

La S.C. nell'odierna pronuncia assume come riferimento l'orientamento del 2009, riconoscendogli il merito di aver distinto le due ipotesi – l'omessa diagnosi e la somministrazione del farmaco – che, seppure simili nell'apparenza, sono giuridicamente diverse tra loro.

6.2.1. La propagazione intersoggettiva dell'illicito.

Nel caso della somministrazione di farmaci ci si trovava di fronte ad un fatto illecito occorso durante il concepimento, connotato da un nesso causale facilmente percepibile tra somministrazione del farmaco e alterazione patologica dell'integrità originaria del feto.

Nel caso dell'errata o mancata diagnosi la condotta del medico non rileva con riguardo alla genesi della patologia sofferta dal bambino. Per tale vicenda i genitori possono solo asserire che il difetto di informazione ha impedito alla madre di determinarsi in ordine all'aborto.

La S.C., partendo da questa distinzione, si distacca dal suo precedente, dichiarando di non condividere l'adesione (in obiter) della decisione del 2009 al principio di Cass. 14488/2004, che conteneva un equivoco concettuale consistente nella negazione del risarcimento al nato perché "privato della titolarità di un interesse a non nascere"⁴³.

L'equivoco al quale la S.C. fa riferimento sarebbe costituito dall'erronea ricerca dell'interesse lesa in capo al concepito, inteso quale autonomo soggetto, e dalla conseguente ricerca del nesso causale tra la condotta del medico e la sfera di interessi di tale "soggetto".

A monte di quel metodo di sussunzione dei fatti nella fattispecie risarcitoria ci sarebbe una premessa ideologica, consistente nel voler riconoscere alla vittima prenatalità il valore di "sommo bene", con la conseguenza di doverne derivare la soggettività giuridica del concepito e la necessità di rendere tale "soggetto" "vittima diretta" della condotta del medico al fine di riconoscergli una pretesa risarcitoria.

tutte le compromissioni di carattere non patrimoniale.

La Corte ha configurato il danno biologico come figura centrale del sistema risarcitorio capace di assorbire sia le sofferenze soggettive interiori (danno morale) sia le ripercussioni sulla vita di relazione (danno esistenziale) che la vittima ha subito per effetto della lesione all'integrità psicofisica⁵².

Al punto 4.9 le Sezioni unite così si esprimono: "ove siano dedotte degenerazioni patologiche della soggettività si rientra nel danno biologico, del quale ogni sofferenza fisica o psichica, per sua intrinseca natura, costituisce componente".

"Possono costituire solo "voci" del danno biologico nel suo aspetto dinamico, nel quale, per consolidata opinione, è ormai assorbito il c.d. danno alla vita di relazione, i pregiudizi di tipo esistenziale concernenti aspetti relazionali della vita conseguenti a lesioni dell'integrità psicofisica, sicché darebbe luogo a duplicazione la loro distinta riparazione".

Ebbene, il danno morale è stato ritenuto meritevole di autonomo risarcimento solo quando la sofferenza soggettiva in sé considerata non costituisca componente di un più complesso pregiudizio non patrimoniale; quando cioè non degeneri, obiettivamente, in danno biologico.

Se, ad esempio, la persona diffamata o lesa nella identità personale allegasse il turbamento dell'animo o il dolore intimo sofferto, senza però lamentare degenerazioni patologiche della sofferenza, in questo caso si potrebbe procedere al risarcimento del danno morale.

Qualora, invece, la vittima dovesse allegare che la sua sofferenza è invece degenerata in lesioni medicamente accertabili, si rientrerebbe nell'area del danno biologico, che dovrà essere adeguatamente personalizzato attraverso la valutazione della effettiva consistenza delle sofferenze fisiche e psichiche patite dal soggetto leso⁵³.

⁵² Cf. P.G. MONATERI, *Il pregiudizio esistenziale come voce di danno non patrimoniale*, op. cit., 56 ss. quale osserva che, se, come fa il legislatore, il biologico si estende al benessere sociale e il morale si interpreta, come fanno le Sezioni Unite, in termini di sofferenza soggettiva derivante dalle menomazioni subite (dolore), allora morale e biologico sono destinati a incrociarsi e sovrapporsi. Secondo l'A. il danno morale coinciderebbe non tanto con la sofferenza che l'individuo patisce per la ferita, ma con la sofferenza che la persona subisce per la sua degradazione; A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Il danno non patrimoniale secondo le Sezioni Unite. Un "De Profundis" per il danno esistenziale*, op. cit., 42, secondo il quale "riproporre una confusione tra il danno biologico e quello morale significa non percepire che i due tipi di pregiudizio sono qualitativamente diversi, e che diffricanti sono i sistemi di valutazione che i giudici dovrebbero adottare".

⁵³ Nello stesso senso Cass., 13 luglio 2011, n. 15373, in *Giust. civ.*, 2012, 10, I, 2379 ss., secondo cui "il danno non patrimoniale da lesione della salute costituisce una categoria ampia ed omnicomprensiva, nella cui liquidazione il giudice deve tenere

Con riferimento, poi, alla sofferenza psichica provata dalla vittima di lesioni fisiche, deceduta dopo breve tempo e che sia rimasta lucida durante l'agonia, le Sezioni unite precisano che in questo caso il giudice potrebbe invece correttamente riconoscere e liquidare il solo danno morale, poiché una sofferenza psichica sofferta, di massima intensità anche se di durata contenuta, non è suscettibile, in ragione del limitato intervallo di tempo tra lesioni e morte, di degenerare in patologia e dare luogo a danno biologico.

Una logica simile è stata applicata anche con riferimento al pregiudizio di tipo esistenziale. La componente dinamica - relazionale del danno alla persona è stata ritenuta infatti autonomamente risarcibile purché conseguente alla lesione di un diritto inviolabile diverso dal diritto all'integrità psicofisica⁵⁴. Soluzione, questa, che trova riscontro sul piano normativo nella definizione di danno biologico contenuta nel d.lgs n. 209/2005 (Codice delle assicurazioni private).

Determinerebbe, infine, duplicazione di risarcimento la congiunta attribuzione del danno morale nella rinnovata configurazione di sofferenza psicologica non necessariamente transiente, e del danno c.d. parentale (danno esistenziale in ambito familiare), poiché "la sofferenza patita nel momento in cui la perdita è percepita e quella che accompagna l'esistenza del soggetto che l'ha subita altro non sarebbero che componenti del complesso pregiudizio che va integralmente ed unitariamente ristorato"⁵⁵.

Come è stato affermato in dottrina, la Corte deriva dalla regola della unitarietà del risarcimento, in coerenza con il carattere unitario del danno non patrimoniale, un principio di carattere omnicomprensivo secondo il quale a fronte di ogni illecito bisognerebbe liquidare una sola voce di danno al fine di evitare duplicazioni risarcitorie. Alla base del rapporto fra le diverse componenti del danno non patrimoniale vi sarebbe la logica dell'assorbimento, in virtù della quale per ogni tipo di illecito andrebbe liquidata la figura di danno più prossima alla perdita

contro di tutti i pregiudizi concretamente patiti dalla vittima, ma senza duplicare il risarcimento attraverso l'attribuzione di nomi diversi a pregiudizi identici. Ne consegue che è inammissibile, perché costituisce una duplicazione risarcitoria, la congiunta attribuzione alla vittima di lesioni personali, ove derivanti dal reato, del risarcimento sia per il danno biologico, sia per il danno morale, inteso quale sofferenza soggettiva, il quale costituisce necessariamente una componente del primo (posto che qualsiasi lesione della salute implica necessariamente una sofferenza fisica o psichica), come pure la liquidazione del danno biologico separatamente da quello c.d. estetico, da quello alla vita di relazione e da quello cosiddetto esistenziale".

⁵⁴ Cass., S.U., 11 novembre, n. 26972, cit., par. 3.4.2.

⁵⁵ Cass., S.U., 11 novembre, n. 26972, cit., par. 4.9.

⁴² Rispetto al precedente costituito da Cass. 10 maggio 2002, n. 6735, cit.



subita, suscettibile poi di essere personalizzata e destinata ad assorbire tutte le altre poste risarcitorie⁵⁶.

Non tutti, però, sono d'accordo nel ritenere che la Corte abbia inteso assorbire, nel senso di cancellare, il danno morale all'interno del biologico. Parte della dottrina ha sostenuto, infatti, che vi è stato un

equivoco nel confondere con una "operazione concettuale", quale l'assorbimento, con la eliminazione tout court. Secondo questa opinione, l'intervento delle Sezioni Unite si sarebbe limitato a mutare la tipologia dell'operazione aritmetica che consente di additare al quantum risarcitorio, sostituendo alla addizione ("tipica dell'era della autonomia delle voci di danno non patrimoniale in cui queste venivano sommate l'una all'altra"), la sottrazione, "tipica invece dell'era del bipolarismo in cui dalla unitaria voce di danno non patrimoniale si scorporano i vari pregiudizi"⁵⁷.

Se niente cambia, non si comprenderebbe allora l'utilità di un'aggregazione indistinta di tutti i pregiudizi aritmetici, essendo preferibile che i riflessi di carattere non patrimoniale, a seguito di una precisa descrizione, vengano ricondotti ad una riconoscibile voce di danno. Parlare, quindi, di generiche compensazioni non patrimoniali renderebbe oltremodo difficile verificare se queste siano state riscattate nella loro integralità. La specifica indicazione delle poste di danno, peraltro, rappresenta un corollario logico del principio di integralità del risarcimento, così come del divieto di duplicare le poste risarcitorie⁵⁸.

⁵⁶ P. ZNIVZ, *La fallacia del principio omnicomprensivo*, in *Resp. civ. e prev.*, 2011, 9, 1731 ss. Cfr. A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Il danno non patrimoniale secondo le Sezioni Unite. Un "De Profundis" per il danno esistenziale*, *op. cit.*, 42, il quale parla di tendenza integralmente "riduzionista" delle Sezioni Unite.

⁵⁷ D. CHINDEMI, *Il danno morale e il danno esistenziale dopo le sentenze di San Martino*, in *www.dallex.com.*; vedi anche M. ROSSETTI, *La mossa del cavallo, ovvero uscirà mai la Corte dal pasiccato del danno non patrimoniale*, *op. cit.*, 2385 ss. secondo il quale "la Corte di Cassazione non ha affatto ritenuto che la duplicazione risarcitoria sia nella liquidazione del danno morale, ma ha ritenuto che la duplicazione sia nella sua liquidazione «automatica e forfetaria»".

⁵⁸ V. A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Il danno non patrimoniale secondo le Sezioni Unite. Un "De Profundis" per il danno esistenziale*, *op. cit.*, 43, secondo il quale "Un sistema che non consente di poter verificare ipotesi di over-compensation o di under-compensation si pone in insanabile conflitto con lo stesso principio di riparazione integrale". F. D. BUSNELLI, *Le Sezioni Unite e il danno non patrimoniale*, *op. cit.*, 106, secondo il quale "la difesa dell'unitarietà della categoria non deve portare a sconoscere all'interno di essa, non tanto di sottocategorie, quanto piuttosto di tipi di pregiudizio, emergenti dalla realtà sociale: i quali, in piena osservanza dei caratteri individuanti la categoria, si diversificano in ragione delle distinte funzioni — compensativa, solidaristico - satisfattiva, sanzionatoria — a cui si ispira il relativo risarcimento".

La giurisprudenza, ormai costantemente, afferma che nonostante la non contestabile natura unitaria del danno non patrimoniale, nell'ambito del quale le diverse tipologie hanno una valenza meramente descrittiva, proprio la rilevata diversità dei pregiudizi sofferti esige che degli stessi si tenga conto adeguatamente in sede di liquidazione, la quale deve avvenire nell'ambito di un procedimento e di un iter motivazionale diretto alla individuazione di un valore unitario che costituisca allo stesso tempo la sintesi delle diverse componenti in modo da pervenire ad un ristoro integrale e personalizzato e non inficiato da duplicazioni⁵⁹.

Nella prospettiva di una maggiore chiarezza nel rapporto tra le diverse voci del danno non patrimoniale, parte della dottrina⁶⁰ ha auspicato il recupero del sistema risarcitorio così come è stato descritto sinergicamente dalla Corte Costituzionale e dalla Corte di Cassazione nel 2003 (Corte Cost. n. 233; Cass. civ. nn. 8827-8828) le quali, nel dare vita ad un sistema bipolare del danno alla persona, avevano attribuito al danno morale soggettivo, al danno biologico in senso stretto e al danno esistenziale, "pari dignità categoriale"⁶¹.

5. La giurisprudenza successiva alle Sezioni Unite 2008.

5.1. L'autonomia ontologica del danno morale.

Quale che sia l'interpretazione corretta in ordine alla reale intenzione delle Sezioni Unite, appare comunque unanime l'opinione che la stesura della motivazione delle sentenze sia stata contraddittoria e di non agevole comprensione. Tanto è vero che, all'interno dell'ampia gamma di pronunce intervenute successivamente all'intervento nomofilattico della Suprema Corte, accanto a quelle che ne riprendono in passaggi in modo pedissequo⁶², si rin-

⁵⁹ In questo senso ad esempio Corte d'Appello di Cagliari, 20 ottobre 2010, n. 634, inedita.

⁶⁰ D. CHINDEMI, *Il danno morale e il danno esistenziale dopo le sentenze di San Martino*, *op. cit.*, il quale auspica, ai fini della chiarezza del risarcimento del danno non patrimoniale, un parziale ritorno all'antico (ante - Sezioni Unite del novembre 2008), sia pure confermando la unitaria liquidazione del danno non patrimoniale, ma affermando l'autonomia ontologica del danno morale rispetto al danno alla salute, non necessariamente ancorato ad una percentuale del danno biologico.

⁶¹ Cfr. Cass., 20 novembre 2012, n. 20292, *cit.*

⁶² Vedi ad esempio Cass., 24 ottobre 2011, n. 21999, in *Giust. civ. Mass.*, 2011, 10, 1502 ss., secondo la quale "è inammissibile, in quanto costituisce una duplicazione risarcitoria, la congrua liquidazione in favore del danneggiato del risarcimento sia per il danno biologico, sia per il danno morale esistenziale, il quale è una componente del danno biologico, posto che qualsia-

zioni della Corte d'Appello, negando il risarcimento alla figlia.

La S.C. concentrò la propria attenzione sulla situazione giuridica lesa, identificando nella legge sull'interruzione della gravidanza³⁴ il punto di vista normativo attraverso il quale esaminare il caso.

- La legge in questione consente l'interruzione della gravidanza³⁵, laddove dalla prosecuzione di questa derivi un pericolo per la salute della madre, operando un bilanciamento del di lei diritto alla salute con la posizione del concepito.
- Eventuali malformazioni del feto, di cui la madre abbia cognizione attraverso tecniche diagnostiche, non hanno alcuna rilevanza giuridica³⁶, a meno di non influire sulla salute della seconda, generando uno stato psicofisico tale da giustificare l'esercizio del suddetto diritto.
- La sola presenza di malformazioni, senza conseguenze sulla salute della madre, non consente che sia praticato l'aborto.

Pertanto non poteva ritenersi che al nascituro potesse essere riconosciuto (in via di tutela risarcitoria) un "diritto a non nascere"³⁷, in ragione delle diagnostiche malformazioni.

L'esistenza di un "diritto a non nascere se non fosse" fu ritenuta determinante per negare il risarcimento alla figlia, mentre venne confermato il diritto al risarcimento della madre e del padre.

³⁴ L. 22 maggio 1978, n. 194. "Norme per la tutela sociale della maternità e sull'interruzione volontaria della gravidanza".

³⁵ Artt. 4 e 6. L. 22 maggio 1978, n. 194, *cit.*

³⁶ Non esiste nel nostro ordinamento un principio di eugenesi, come nel diritto francese, che legittimi l'aborto per il solo fatto della presenza di un difetto genetico più o meno grave. "Il suo diritto all'aborto non ha, infatti, una propria autonomia, per quanto relazionata all'esistenza o meno delle malformazioni fetali, come invece nella legislazione francese...". Cass., 2 ottobre 2012, n. 16754, *cit.*, § 6.1, lett. e.

³⁷ Di tale fantomatico diritto il nascituro non poteva neppure avere la titolarità in ragione della sua mancanza di soggettività che avrebbe acquisito con la nascita, per cui si sarebbe trattato di un diritto adespota, in quanto né la madre, né il nascituro, né il medico, avrebbero potuto esercitarlo. La S.C. identificò la posizione del nascituro come una posizione protetta positivamente, parlando di "diritto a nascere sani", in ragione del quale "nessuno può provocare al nascituro lesioni o malattie". Questa posizione, che tutela la vita del feto, non giustificò il fatto che conseguenze risarcitorie potessero scaturire rispetto al nascituro perché lo si fosse fatto vivere piuttosto che morire. Se esistesse un tale autonomo diritto a "non nascere", oltre al suo contenuto eugenetico, ne deriverebbe un obbligo per la madre di abortire tutte le volte in cui fosse informata delle malformazioni, con l'assurdo rischio di una responsabilità verso il figlio nel caso in cui volesse ugualmente darlo alla luce.

6.1.2. La decisione n. 10741 del 2009.

La vicenda che diede luogo alla sentenza n. 10741 del 2009³⁸ era differente sia dal caso del 2004 che da quello odierno.

Si trattava della somministrazione di un farmaco, finalizzato a consentire la fecondazione in una coppia con difficoltà procreative, che aveva prodotto "effetti teratogeni" sul nascituro che era nato malformato.

La condotta del medico (somministrazione del farmaco e omessa informazione sui suoi effetti) si poneva in diretta consequenzialità rispetto alle malformazioni del feto che in assenza di quella sarebbe nato sano³⁹.

La S.C., con un imponente argomentazione, riconosciuta una "soggettività limitata"⁴⁰ al nascituro, ritenne che lo stesso fosse titolare di un "diritto a nascere sano" che era stato violato dalla mancata informazione circa gli effetti del farmaco e dalla somministrazione dello stesso. Pertanto fu riconosciuto il risarcimento in capo non solo ai genitori ma anche allo stesso figlio.

Tuttavia la Corte precisò che il nascituro "non avrebbe avuto diritto al risarcimento qualora il consenso informato circa il rischio di malformazioni prenatali fosse stato funzionale soltanto alla interruzione di gravidanza da parte della donna, dando così ulteriore continuità al principio di diritto espresso dalla sentenza n. 14488/2004"⁴¹.

6.1.3. La valutazione dei due precedenti.

Attraverso i due precedenti citati sopra, la S.C. ricostruisce lo stato della giurisprudenza in materia di nascita malformata. Tre aspetti devono essere sottolineati.

1. La pronuncia del 2004, che affrontava un caso concettualmente identico a quello oggi deciso, focalizzò il giudizio risarcitorio sul diritto tutelato, in base al quale individuare la lesione e il danno ingiusto. Allora la S.C. ritenne che tale diritto fosse quello della madre ad autodeterminarsi in ordine all'aborto e non quello del figlio ad essere abortito. Indipendentemente dal problema

³⁸ Cass., 11 maggio 2009, n. 10741, *cit.*

³⁹ A meno che non si voglia argomentare che senza la somministrazione del farmaco non sarebbe avvenuta la fecondazione né di conseguenza la nascita.

⁴⁰ "Ritene la corte che, limitatamente alla titolarità di alcuni interessi personali protetti, vada affermata la soggettività giuridica del nascituro"; così: Cass., 11 maggio 2009, n. 10741, *cit.*

⁴¹ Cass., 11 maggio 2009, n. 10741, *cit.*



3. della dannosità dell'handicap congenito per il bambino nato;
4. del diritto del medesimo al risarcimento;
5. del rilievo causale rispetto al figlio dell'inadempimento dell'obbligo di diagnosi prenatale nei confronti della madre.

Immediatamente, la S.C. si dichiara consapevole del delicato problema da affrontare:

*“Viene posto al collegio il delicato problema della titolarità di un diritto al risarcimento del danno in capo al minore handicappato, nato - a seguito della omessa rilevazione, da parte del sanitario, della malformazione genetica - da una madre che, contestualmente alla richiesta dell'esame diagnostico, abbia manifestato la volontà di non portare a termine la gravidanza nell'ipotesi di risultato positivo del test”.*²⁸

La delicatezza del tema concerne entrambi gli argomenti di cui si è fatto cenno nel secondo paragrafo, ovvero:

- la titolarità di un diritto in capo ad un soggetto che al momento dello svolgimento dei fatti era privo della soggettività giuridica in quanto concepito ma non nato;
- l'individuazione del danno quale situazione ontologicamente differenziale negativa – che nel caso di specie deve essere inoltre coerente con tutti gli elementi conducenti ad un danno risarcibile.

Attribuire un autonomo diritto risarcitorio al nato malformato implica la soluzione di due problemi.

In primo luogo, occorre ricostruire la sua situazione giuridica rispetto al fatto illecito, avvenuto in un momento in cui egli era solo concepito; con riferimento sia agli effetti giuridici connessi allo “status” di concepito, che alla relazione dello stesso con l'evento dannoso e la condotta del medico.

In seconda istanza occorre vagliare la rilevanza risarcitoria delle conseguenze subite dal nato malformato: verificandone, preliminarmente, la consistenza rispetto al suddetto illecito e, successivamente, la rilevanza in termini di “ingiustizia del danno” e di “conseguenze dannose risarcibili”²⁹.

La S.C. segue questo iter logico³⁰.

²⁸ Cass., 2 ottobre 2012, n. 16754, cit., § 6.

²⁹ Sul giudizio risarcitorio Cfr. M. FRANZONI, *Il danno risarcibile*, Milano 2010; in giurisprudenza: v. Cass., 11 gennaio 2008, n. 576, § 5.2.

³⁰ Per semplicità espositiva anticipo sinteticamente quanto sarà oggetto di più dettagliata analisi nei paragrafi successivi.

Nei paragrafi da 6.1 a 6.2 espone la ratio con la quale nei suoi precedenti aveva negato il risarcimento al figlio, riconoscendolo solamente ai genitori; in particolare con riferimento all'insussistenza in capo al nascituro di un “diritto a non nascere se non sano” e alla necessità della soggettività del nascituro ai fini della richiesta risarcitoria.

Nella seconda parte del § 6.2 si distacca da questi precedenti con una nuova costruzione argomentativa, che non è incentrata sul nascituro titolare di un diritto ma sul nascituro oggetto di tutela, coinvolto nell'illecito cui l'inadempimento del medico ha dato origine.

Nel § 6.3 avviene il completamento dell'iterario logico, attraverso il richiamo di un ulteriore precedente del 2011. Secondo la S.C. l'evento dannoso è stato connotato da due momenti temporali distinti: la realizzazione della condotta, rispetto alla quale vi era un diritto della madre ed un interesse del concepito, e la successiva nascita malformata, rispetto alla quale il concepito è ormai nato e pertanto può vantare una pretesa risarcitoria autonoma.

Nel successivo § 7 della motivazione verrà vagliato il problema dell'ammissibilità di tale pretesa.

6.1. La posizione del concepito, poi nato, rispetto all'illecito.

Il ragionamento della S.C., sulla posizione giuridica del concepito rispetto all'illecito, muove da quanto statuito nei precedenti del 2004³¹, e del 2009³², con l'aggiunta di un cospicuo riferimento al dibattito dottrinale in materia³³.

6.1.1. La decisione n. 14488 del 2004.

Nel caso oggetto dell'arresto del 2004 un medico non aveva informato una coppia di genitori affetti da talassemia che anche la nascita potesse sviluppare la malattia. In seguito alla nascita della bimba malata, genitori e figlia agivano per il risarcimento che veniva, però, riconosciuto solo ai primi che proponevano ricorso in cassazione nell'interesse della seconda. La Cassazione confermava le statu-

³¹ Cass., 29 luglio 2004, n. 14488, cit.

³² Cass., 11 maggio 2009, n. 10741, cit.

³³ L'argomentazione che la S.C. farà propria ripercorre il lavoro di: F. DI CIOMMO, *Giurisprudenza-normativa e “diritto a non nascere se non sano”*, La Corte di cassazione in vena di revisione?, in *Danno e resp.*, 2010, 2, p. 144. La sentenza è pervasa dal metodo dialogico tra giudice e dottrina, secondo uno stile inaugurato oltre trenta anni fa da un grande maestro: F. GALGANO, *Le mobili frontiere del danno ingiusto*, in *Contr. e imp.*, 1985, Fasc. 1.

vengono non poche sentenze che, seppure nel loro incipit manifestino piena adesione alla famosa quartina, sembrano avere intrapreso invece un cammino interpretativo diverso sposando la c.d. tesi autonomista⁶³, secondo la quale “danno biologico e danno morale subiettivo hanno natura diversa e non si identificano in alcun modo”⁶⁴. Diverse pronunce della Cassazione rese a sezioni semplici hanno, infatti, riaffermato espressamente l'estraneità ontologica del danno morale rispetto al danno biologico.

Qualche esempio.
Secondo Cassazione civile, 28 novembre 2008, n. 28407 (lesioni mortali da incidente stradale) “l'autonomia ontologia del danno morale rispetto al danno biologico, in relazione alla diversità del bene protetto, appartiene ad una consolidata giurisprudenza di questa Corte che esclude il ricorso semplificato a quote del danno biologico, esigendo la considerazione delle condizioni soggettive della vittima e della gravità del fatto e pervenendo ad una valutazione equitativa autonoma e personalizzata”⁶⁵.
Nello stesso senso Cassazione civile, 12 dicembre 2008, n. 29191 (lesioni gravissime da illecito stradale) secondo cui “nella valutazione del danno morale contestuale alla lesione del diritto della salute, la valutazione di tale voce, dotata di logica autonoma in relazione alla diversità del bene protetto, che pure attiene ad un diritto inviolabile della persona (la sua integrità morale: art. 2 della Costituzione) e in relazione all'art. 1 della Carta di Nizza, che il Trattato di Lisbona, ratificato dall'Italia con L. 2 agosto 2008, n. 190, collocando la Dignità umana

si lesione della salute implica necessariamente una sofferenza fisica o psichica”.

⁶³ Vedi anche Cass., 4 marzo 2008, n. 5795, in *Resp. civ. e prev.*, 2008, 7-8, 1548 ss., con nota di D. CHINDEMI, *Danno non patrimoniale a favore della moglie per l'assistenza al marito*, secondo la quale “nel caso di accertamento di un danno biologico di rilevante entità e di durata permanente, il danno morale inteso quale lesione dell'integrità morale della persona non può essere liquidato in automatico e pro quota come una lesione di minor conto. Ciò perché il danno morale è ingiusto come lo è il danno biologico e nessuna norma costituzionale consente al giudice di stabilire che l'integrità morale valga la metà di quella fisica”. Si afferma inoltre che il danno morale ha una propria fisionomia e precisi riferimenti costituzionali, attenendo alla dignità della persona umana, e quindi il suo ristoro deve essere tendenzialmente satisfattivo e non simbolico. Analogamente Cass., 6 giugno 2008, n. 15029, in *Resp. civ. prev.*, 2008, 11, 2241 ss., con nota di D. CHINDEMI, *Criteri di liquidazione del danno morale*, statuisce che il danno morale, in relazione alla rilevante entità della lesione, conserva un'autonomia ontologica di valutazione e pertanto non può essere liquidato pro quota in relazione al danno biologico in quanto la Costituzione italiana non stabilisce il minor valore del danno morale rispetto alla valutazione del danno alla salute.

⁶⁴ Corte Cost., ord. 22 luglio 1996, n. 293, in *Giust. civ.*, 1996, I, 2800 ss.

⁶⁵ Cass., 28 novembre 2008, n. 28407, in *Ass.*, 2009, I, II, 154 ss.

come la massima espressione della sua integrità morale e biologica), deve tener conto delle condizioni soggettive della persona umana e della gravità del fatto, senza che possa considerarsi il valore della integrità morale una quota minore del danno alla salute”⁶⁶.

Merita, inoltre, particolare attenzione, la sentenza della Cassazione civile, 11 giugno 2009, n. 13530, la quale, pronunciandosi su un caso che vedeva coinvolto un soggetto autore di gravi atti di libidine in danno di una ragazza minorenni, ha casato la decisione della Corte d'Appello per avere questa negato autonomia al danno morale e per avere applicato in modo insoddisfacente il criterio equitativo puro nella fase di liquidazione del danno biologico e del danno morale⁶⁷.

La Corte ha espresso il principio di diritto secondo cui, in relazione ad un fatto illecito costitutivo anche reato continuato per atti di libidine in danno di minore, la valutazione unitaria del danno non patrimoniale deve esprimere analiticamente l'iter logico ponderale delle poste (sinteticamente descritte e tipizzate in relazione agli interessi o beni costituzionali del minore lesi) e non già una opditrica affermazione di procedere ad un criterio arbitrario di equità pura, non controllabile per la sua satisfattività.

Ciò che interessa sottolineare è che nell'affermare tale principio la Corte statuisce che “la posta risarcitoria del danno morale deve essere dunque comparata a quella del danno biologico, anche se non è detto a priori che il danno morale sia sempre e necessariamente una quota del danno alla salute, specie quando le lesioni attengono a beni giuridici essenzialmente diversi, tanto da essere inclusi in diverse norme della Costituzione. Al contrario (come nella fattispecie in esame) il danno morale potrà assumere il valore di un danno ingiusto più grave, in relazione all'attentato alla dignità morale del minore ed alla compromissione del suo sviluppo interrelazionale e sentimentale”.

La precisazione fatta dalla Corte (“specie quando le lesioni attengono a beni giuridici essenzialmente diversi”) lascerebbe quindi intendere che sia possibile distinguere la sofferenza soggettiva che si ricollega alla patologia fisica o psichica (danno biologico) dalla sofferenza soggettiva legata invece alla lesione di un interesse diverso dalla salute (come nel caso appena citato), e rilevare come l'indipendenza della componente morale del danno

⁶⁶ Cass., 12 dicembre 2008, n. 29191, in *Giust. civ. Mass.*, 2008, 12, 1766 ss., nello stesso senso Cassazione civile, 10 marzo 2010, n. 5770, in *Arch. giur. circol. e sinistri* 2011, 7-8, 605 ss.

⁶⁷ Cass., 11 giugno 2009, n. 13530, in *Resp. civ. prev.*, 2009, 9, 1785 ss., con nota di P. ZIVIZI, *La questione morale*.



si manifesti sia sotto il profilo eventistico sia sotto quello consequenzialistico.⁶⁸

Per altro verso Cassazione civile, 12 settembre 2011, n. 18641⁶⁹ (risarcimento danni conseguenti alla condotta del sanitario che aveva colpevolmente causato al minore, all'atto della nascita, un danno alla salute permanente) ha evidenziato che le Sezioni Unite del novembre 2008 non hanno mai predicato un principio di diritto funzionale alla scomparsa per assorbimento *ipso facto* del danno morale nel danno biologico, avendo esse indicato al giudice del merito soltanto la necessità di evitare, attraverso una rigorosa analisi dell'evidenza probatoria, duplicazioni risarcitorie.

Una prova in tal senso sarebbe contenuta, secondo la Corte, anche nella relazione predisposta dall'Osservatorio sulla Giustizia civile del Tribunale di Milano - introduttiva delle nuove tabelle milanesi così come modificate nel 2009 - laddove viene proposta, proprio a seguito del nuovo indirizzo giurisprudenziale di cui alle sentenze delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione dell'11.11.2008, la liquidazione congiunta del danno non patrimoniale conseguente alla lesione permanente dell'integrità psicofisica suscettibile di accertamento medico legale e del danno non patrimoniale conseguente alle medesime lesioni in termini di dolore e sofferenza soggettiva.⁷⁰

La tesi autonomista è stata condivisa anche dalla recente giurisprudenza di merito: una sentenza del Tribunale di Varese (16 febbraio 2010)⁷¹ precisa, infatti, che disporre di danno non patrimoniale "unitario" non significa espungere dalla valutazione quantistica il peso della lesione alla integrità morale che, non solo costituisce un bene giuridico diverso,

ma attiene altresì ad un diritto inviolabile della persona.

La distinzione morfologica prima ancora che funzionale tra danno morale e biologico ha di recente trovato conferme anche in sede normativa con l'emanazione di due successivi decreti, i D.P.R. n. 37 e n. 181 del 2009⁷², che hanno infatti separato la componente morale del danno (provocato dalla lesione alla salute) rispetto a quella di ordine biologico.⁷³ In particolare, l'art. 5 del D.P.R. 37/2009, che si occupa dei danni da uranio impoverito patiti dai militari all'estero, prevede che la determinazione della percentuale del danno biologico è stabilita in base alle tabelle delle menomazioni e relativi criteri di cui agli artt. 138 e 139 del Codice delle assicurazioni private e che "la determinazione del danno morale deve essere effettuata caso per caso, tenendo conto della entità della sofferenza e del turbamento dello stato d'animo, oltre che della lesione della dignità della persona, connessi ed in rapporto all'evento dannoso, in una misura fino ad un massimo di due terzi del valore percentuale del danno biologico".

La medesima previsione si ritrova anche nel D.P.R. 181 del 2009 (che contiene un regolamento

⁷² Cfr. C. SCOGNAMIGLIO, *Il danno non patrimoniale nel tempo della complessità*, (incontro di studio del 28 aprile 2010), secondo il quale "Non è certo possibile enfatizzare oltre misura il significato di tali dati normativi, affatto settoriali e neppure riferiti specificamente... ad un contesto di responsabilità civile in senso proprio". *Contra App.* Torino, 5 ottobre 2009, secondo il quale "sembra difficile ritenere, oltretutto in un contesto interpretativo peraltro contrastato, che l'espressa considerazione normativa di una ipotesi specifica in cui il danno morale si sovrappone al danno biologico, suoni come eccezionale e ngiustificata deroga e non già come ragionevole riconferma di un principio generale in una materia specifica". Nello stesso senso G. BUFONTE, *sul danno morale e il pregiudizio cosiddetto esistenziale dopo Cass. civ. sez. un. n. 26972-5/2008*, tra oscillazioni giurisprudenziali e smentite legislative», (relazione per il Consiglio Superiore della Magistratura, Ufficio per gli incontri di studio) in *www.personaedanno.it*, 41.

⁷³ A questi interventi legislativi si è ispirata la giurisprudenza successiva alle sentenze del 2008. Vedi Cass., 12 settembre 2011, n. 18641, cit.; e App. Cagliari n. 465 del 2011 (media), la quale ha affermato che "la liquidazione del danno non patrimoniale da lesione di diritto costituzionalmente tutelato deve tenere conto, previa verifica degli elementi probatori emersi nel caso concreto, che in epoca successiva alle pronunce delle sezioni unite del 2008, il legislatore ha espressamente distinto nei DPR 37/2009 e DPR 181/2009, concettualmente oltre che giuridicamente, il danno biologico (misto ex art. 138 e 139 d.lgs. 209-2005 quale lesione temporanea o permanente all'integrità psicofisica della persona suscettibile di accertamento medico-legale che esplica un'incidenza negativa sulle attività quotidiane e sugli aspetti dinamici relazionali della vita del danneggiato, indipendentemente da eventuali ripercussioni sulla sua capacità di reddito) dal danno morale, definito dall'art. 5 del DPR 37/2009 come sofferenza, turbamento dello stato d'animo, lesione alla dignità della persona, connessi e in rapporto all'evento dannoso. Da tale indirizzo legislativo non si può prescindere".

della prova contraria - implica una responsabilità che non è limitata all'omessa diligenza ma che è estesa alla "violazione del diritto di autodeterminazione della donna nella prospettiva dell'insorgere, sul piano della causalità ipotetica, di una malattia fisica o psichica"²⁴.

La Corte d'Appello aveva applicato erroneamente anche l'art. 2729 c.c. ritenendo "non esservi prova alcuna che, anche se a conoscenza della malformazione cromosomica del feto, la signora B. avrebbe potuto interrompere la gravidanza", quando la giurisprudenza della Cassazione è risoluta²³ nel ritenere che è "corrispondente a regolarità causale che la gestante interrompa la gravidanza se informata di gravi malformazioni del feto". Fermo restando che nel caso di quo era stata formulata una richiesta espresa in merito²⁴.

In tal modo la S.C. ricostruisce l'inadempimento del medico rilevante rispetto al mancato esercizio del diritto all'interruzione della gravidanza. Rimane il problema di determinare le conseguenze derivanti da questo inadempimento sotto il duplice profilo dei soggetti coinvolti, legittimati ad agire, e dei danni risarcibili.

5. I soggetti legittimati al risarcimento.

Il quarto motivo del ricorso è dedicato al corretto accertamento dei soggetti legittimati all'azione di risarcimento dei danni in conseguenza dell'inadempimento dell'obbligazione verso la gestante.

La posizione della madre è palese²⁵: ella è parte contrattuale (o comunque di un contatto sociale qualificato) e quindi ha diritto ad agire per il risarcimento.

Diversa è la posizione del padre che non è parte del contratto e che ad ogni modo ha un interesse rilevante nella vicenda. La S.C. riconosce il diritto ad agire anche ad esso, motivando per *relationem* at-

²² Cass., 2 ottobre 2012, n. 16754, cit., § 3.6.

²³ Cass., 10 maggio 2002, n. 6735, cit.; di recente Cass. 10 novembre 2010, n. 22837.

²⁴ Questo aspetto sarà oggetto di approfondimento nel § 7.7 del testo.

²⁵ Sul punto Cass., 29 luglio 2004, n. 14488; Cass., 20 ottobre 2005, n. 20320.

Come segnalato nel paragrafo introduttivo il riconoscimento del "danno da nascita indesiderata" costituisce fattispecie complessiva sulla quale è corretto parlare di concordanza della giurisprudenza nell'ammetterla ma questo non ne elide la problematicità con riferimento a tutti gli aspetti della risarcibilità del danno.

traverso il richiamo ai suoi precedenti consolidati sul punto. Il padre, sebbene non sia titolare del diritto di scegliere in ordine all'interruzione della gravidanza, diritto spettante alla sola madre, è tuttavia soggetto protetto dal contratto tra madre e medico (struttura sanitaria), sulla base della figura del contratto con effetti protettivi verso terzi, potendo subire le conseguenze riflesse dell'inadempimento.²⁶

Al padre vengono assimilati i fratelli e le sorelle del neonato, ai quali viene riconosciuto il diritto ad agire per il risarcimento del danno²⁷.

A questo punto non resta che valutare la legittimità ad agire in capo al nascituro ma questa questione deve essere vagliata in relazione alla pretesa che lo stesso potrebbe portare in giudizio ed a questo è dedicato il quinto motivo del ricorso.

6. Il diritto al risarcimento del nato malformato.

Nel quinto motivo, i ricorrenti inviano la S.C. a pronunciarsi su una serie di questioni strumentali alla ricognizione nel nostro ordinamento di una "wrongful life action", specificamente chiedendo:

1. della legittimazione attiva del figlio all'azione di risarcimento danni, ex art. 1218 e 2043 c.c., conseguenti all'inadempimento dell'obbligazione informativa verso la gestante;
2. della titolarità di diritti al feto solo al momento della nascita, anche alla luce degli orientamenti espressi dalla Suprema Corte con la sentenza n. 10741/2009;

²⁶ Sul punto Cass., 10 maggio 2002, n. 6735; Cass., 29 luglio 2004, n. 14488; Cass., 20 ottobre 2005, n. 20320; Cass., 2 febbraio 2010, n. 2354.

²⁷ "L'indagine sulla platea dei soggetti aventi diritto al risarcimento (...) non può non essere estesa, per le stesse motivazioni predicative della legittimazione dell'altro genitore, anche ai fratelli e alle sorelle del neonato, dei quali non può non presumersi l'attitudine a subire un serio danno patrimoniale". Cass., 2 ottobre 2012, n. 16754, cit., § 5.3. Questa parte della motivazione costituisce anch'essa una innovazione contenuta nella sentenza, seppure appaia di secondo piano rispetto alle ulteriori statuizioni sulla legittimità dello stesso nato malformato. La questione è di non poco conto, se si pensa alle conseguenze di una legittimazione così estesa rispetto all'ammontare complessivo del risarcimento e alle eventuali duplicazioni. Per di più sul danno ai prossimi congiunti della vittima di un illecito esiste già un'esperienza giurisprudenziale nell'affine materia della perdita del rapporto parentale con la conseguenza che quei canoni di quantificazione e liquidazione del danno possano applicarsi anche in questa ipotesi. Le conseguenze logiche di questa estensione potrebbero non essere sostenibili se si considera quanto statuito dalla S.C. in accoglimento del quinto motivo.



Nel settembre del 1996 veniva alla luce la piccola M. affetta da sindrome di Down. Nel febbraio del 1999, la signora B. e il marito agivano contro il ginecologo e contro la USSL 8 di X., sia in proprio che quali rappresentanti della piccola M. e delle sorelle G. e L., per il ristoro di tutti i danni subiti.

In primo grado, il Tribunale di Treviso respinse tutte le domande, previa declaratoria del difetto di legittimazione della piccola M. Investita del gravame, la Corte d'Appello di Venezia lo rigettò.

La Corte Veneta, in aderenza all'orientamento di Cass. 14488/2004, ritenne che del difetto di informazione, preordinato alla tutela del diritto alla salute della madre, non potesse dolersi anche la figlia, la quale a seguito di una corretta prestazione diagnostica non sarebbe neppure venuta al mondo, in ragione della strumentalità della diagnosi all'aborto (negazione della "wrongful life action").

La Corte rigettò anche la domanda dei familiari, fondata sull'inadempimento del medico che veniva ritenuto esente da colpa. In particolare:

- ritenne del tutto giustificata la sola indicazione del "Tritest" quale indagine diagnostica adeguata alla situazione della gestante;
- asserì l'insufficienza dell'accertamento di una malformazione fetale per la legittimazione dell'interruzione della gravidanza, in assenza della dimostrazione della sussistenza dei relativi presupposti di legge;
- ritenne estranea al tema del giudizio la questione sulla carenza di informazione, prospettata in appello (rigetto della "wrongful birth claim").

Questa sentenza veniva impugnata tramite ricorso per cassazione, articolato in cinque motivi: i primi tre dedicati alla corretta ricostruzione dell'inadempimento del medico e alla rilevanza di tale inadempimento in ordine all'esercizio del diritto all'interruzione della gravidanza; il quarto e il quinto dedicati ai soggetti legittimati alle richieste risarcitorie ed al risarcimento specificamente spettante alla bambina nata malformata.

4. L'inadempimento rilevante del medico¹⁸

La S.C. risolve *en passant* le questioni sollevate nei primi tre motivi del ricorso¹⁹, con i quali si individua l'inadempimento del medico e se ne traggono le esatte conseguenze di diritto.

1. Il Tribunale non aveva dato rilievo al problema del c.d. "Consenso Informato", ritenendo che l'obbligazione del medico si risolvesse nella corretta effettuazione dell'accertamento praticato: il "Tritest". La Corte d'Appello aveva rigettato la questione ritenendola proposta per la prima volta in appello, in violazione degli artt. 345 e 346 c.p.c. La S.C. accoglie il motivo ritenendo che l'atto di citazione correttamente contenesse il riferimento al tema del consenso informato²⁰.

2. La corretta valutazione procedurale del tema su cui decidere implica che la prestazione oggetto del rapporto professionale medico-paziente non consista in un qualsiasi accertamento (nel caso il "Tritest") ma in "un accertamento doppiamente funzionale alla diagnosi di malformazioni fetali e all'esercizio del diritto di aborto"²¹. Pertanto, non accompagnando il referto del "Tritest" con un'adeguata informazione sull'esito e sulla qualità dell'esame, né sulle alternative ad esso, il medico si è reso inadempiente. Quest'inadempimento – che dal punto di vista probatorio grava il medico

¹⁸ Dal punto di vista della ricostruzione strutturale del risarcimento, viene seguito il metodo di SSUU. 11 novembre 2008, n. 26972/3.4.5, § 4 ss., con riferimento al c.d. "danno non patrimoniale da contratto". In particolare l'inadempimento viene valutato rispetto agli interessi delle parti come un fatto illecito non secondo le regole risarcitorie proprie dello stesso. Questo risulterà dal prosieguo dell'argomentazione, dalla quale si evince l'applicazione al risarcimento del danno dell'art. 2043 c.c., con i relativi elementi di struttura, a fronte del contemporaneo richiamo dell'art. 1218 c.c.; secondo un'impostazione ampiamente criticata in dottrina: V. L. NIVARRA, *La contrattualizzazione del danno non patrimoniale: un'incompiuta - The non-economic loss contractualization: an unfinished matter*, in *Eur. dir. priv.*, 2012, fasc. 2, p. 475-500.

¹⁹ 1) Violazione degli artt. 345 e 346 c.p.c., con riferimento alla mancata valutazione della domanda, contenuta nell'atto di citazione, in ordine all'inadempimento del medico del c.d. Consenso Informato. 2) Violazione art. 1218 e 1223 c.c., in ordine all'accertamento dell'inadempimento del dovere di informazione. 3) Violazione art. 2729 c.c. circa la presunzione che se informata delle malformazioni la gestante avesse o meno abortito. ²⁰ "Risultato espresso e non equivoco, nel corpo dell'atto di citazione di primo grado, il riferimento "alla valutazione sul livello di consenso informato che il referto relativo al tristest determinava". Così Cass., 2 ottobre 2012, n. 16754, cit. § 2. ²¹ Cass., 2 ottobre 2012, n. 16754, cit., § 3.

relativo ai criteri medico legali per l'accertamento e la determinazione dell'invalidità e del danno biologico e morale a carico delle vittime del terrorismo e delle stragi di tale matrice, a norma dell'art. 6 della legge 3 agosto 2004 n. 206) il quale definisce il danno morale come il pregiudizio non patrimoniale costituito dalla sofferenza soggettiva cagionata dal fatto lesivo in sé considerato.

In tempi ancor più recenti la valorizzazione del danno morale ha trovato un ennesimo supporto normativo nella legge 15 marzo 2010 n. 38 recante "Disposizioni per garantire l'accesso alle cure palliative e alla terapia del dolore". L'art. 1, comma III, dispone che "le strutture sanitarie che erogano cure palliative e terapia del dolore assicurano un programma di cura individuale per il malato e per la sua famiglia, nel rispetto dei seguenti principi fondamentali: a) tutela della dignità e dell'autonomia del malato, senza alcuna discriminazione; b) tutela e promozione della qualità della vita fino al suo termine; c) adeguato sostegno sanitario e socio-assistenziale della persona malata e della famiglia. L'art. 7, inoltre, precisa che "all'interno della cartella clinica, nelle sezioni medica ed infermieristica, in uso presso tutte le strutture sanitarie, devono essere riportati le caratteristiche del dolore rilevato e della sua evoluzione nel corso del ricovero, nonché la tecnica analgica e i farmaci utilizzati, i relativi dosaggi e il risultato analgico conseguito".

Ebbene, l'accoglimento della tesi autonoma-sta dovrebbe portare a risvolti pratici - applicativi sul piano della prova e della liquidazione del danno. Dovrebbe, in altri termini, essere fornita, anche per presunzioni, la prova (autonoma rispetto a quella relativa alla patologia medicalmente accertabile) di avere patito una sofferenza soggettiva e non sarebbe possibile liquidare il danno morale attraverso il criterio degli automatismi, cioè con l'appesantimento del punto percentuale previsto per la liquidazione del danno biologico.

Epperò ci si accorge che il D.P.R. 37 del 2009, così come l'art. 4 del D.P.R. n. 181 del 2009 – più volte richiamati dalla Corte di Cassazione a supporto della tesi autonomista - di fatto poi prevedono una quantificazione per relationem ladrove prevedono che la determinazione della percentuale del danno morale debba essere calcolata in una misura fino ad un massimo di due terzi del valore percentuale del danno biologico.

Ed allora appare con tutta evidenza alquanto difficile sostenere l'autonomia ontologica di tale danno se per la sua determinazione si fa riferimento a criteri autonomi quali l'entità della sofferenza e del turbamento dello stato d'animo, oltre che della lesione della dignità della persona, e poi per la sua

quantificazione lo si limita ad una frazione aritmetica calcolata sul *quantum* stabilito a titolo di danno biologico.

Non si sottraggono a tale osservazione neanche le tabelle del Tribunale di Milano cui prima si è fatto riferimento, le quali sono state assunte a parametro attestante, in linea generale, la conformità alla valutazione equitativa del danno non patrimoniale alle disposizioni dell'art. 1226 c.c. e dell'art. 2056 c.c.²⁴

Anche in questo caso, infatti, il danno morale è liquidato sul danno biologico mediante aumenti fissi o progressivi²⁵. In altri termini, il primo rappresenta sempre una frazione o percentuale del secondo: i nuovi valori del punto di invalidità infatti sono stati aumentati proprio al fine di incorporare il danno morale, prevedendosi un aumento del 25% per le micropermanenti, e poi un aumento progressivo (per le invalidità comprese tra il 10 e il 34%) fino a raggiungere l'incremento del 50%, destinato di lì in poi a rimanere costante. Peraltro se è pur possibile, in termini generali, presumere che alla violazione della salute corrisponda una sofferenza morale potenzialmente proporzionale ciò non può, però, considerarsi un automatismo. Non sempre infatti è dato ravvisare una tale proporzionalità, potendo sussistere una sofferenza soggettiva che superi di gran lunga le lesioni fisiche subite²⁶.

²⁴ A fronte di un sistema caratterizzato da divergenti applicazioni del concetto di equità (fenomeno della giurisprudenza per zone), la Corte di Cassazione, con sentenza n. 12408 del 2011, al fine di garantire l'uniforme interpretazione del diritto su tutto il territorio nazionale, ha stabilito quali dovessero essere i valori di riferimento per la liquidazione del danno alla persona ed ha affermato che quelli del Tribunale di Milano costituiscono il valore da ritenersi equo, quello cioè in grado di garantire la parità di trattamento e da applicare in tutti i casi in cui la fattispecie concreta non presenti circostanze idonee ad alimentare o ridurre l'entità. In senso contrario a questo orientamento vedi Cass., 7 giugno 2011, n. 12273, in *Foro it.*, 2011, 10, I, 2707 ss.; Cass., sez. lav., 2 agosto 2011, n. 16866, in *Diritto & Giustizia* 2011, 21 ottobre; Cass., 29 maggio 2012, n. 8557, in *Giust. civ. Mass.* 2012, 5, 693 ss.

²⁵ Per una critica alle tabelle milanesi vedi M. ROSSETTI, *La mossa del cavallo, ovvero uscirà mai la Corte dal pasiccio del danno non patrimoniale?*, in *Giust. civ.*, 2012, 10, 2385 ss., secondo il quale il Tribunale di Milano avrebbe perpetuato tale e quale il difetto censurato e condannato dalle Sezioni Unite: G. BUFFONE, *«Il danno morale e il pregiudizio cosiddetto esistenziale dopo Cass. civ. sez. un. n. 26972-5/2008, tra oscillazioni giurisprudenziali e smentite legislative»*, (relazione per il Consiglio Superiore della Magistratura, Ufficio per gli incontri di studio), op. cit., 52 ss.

²⁶ Vedi Trib. Nola, 22 gennaio 2009, n. 213, in *Resp. civ. e prev.*, 2009, 6, 1366 ss., con nota di P. CINDON e R. ROSSI, *Danno esistenziale e danno morale: a ciascuno la sua parte*. Nel caso concreto una bambina riportava, quattordici punti di invalidità a seguito del morsicatura di un cane che le aveva sfregiato due terzi della guancia sinistra. Il tribunale nolano, in applicazione del criterio equitativo puro, ha liquidato la componente



In conclusione, sia i criteri risarcitori dettati dal legislatore, sia i valori orientativi delle Tabelle meritane non sembrano pienamente in grado di garantire l'integrità del risarcimento.

Il danno morale, in ragione della sua autonomia, meriterebbe di essere valutato con il criterio equitativo puro legato quindi dal quantum risarcitorio stabilito a titolo di danno alla salute, perché solo in tal modo il giudice potrà cogliere il peso effettivo della sofferenza provata nel singolo caso concreto.

5.2. L'autonomia risarcitoria del pregiudizio esistenziale.

Dall'analisi della giurisprudenza di legittimità successiva al 2008 emerge come il danno esistenziale conservi la propria autonomia di valutazione nel rapporto con il danno biologico sia nel rapporto con il danno morale.

Viene riconosciuto, infatti, uno spazio concettuale autonomo incentrato sulla modifica dell'*agenda quotidiana* a seguito della lesione della personalità del soggetto nel suo modo di essere personale e sociale, che si sostanzia nella alterazione della qualità della vita consistente in un *agire altrimenti* o in un *non poter fare più come prima*.

Si è precisato che, allorché ai fini della liquidazione del danno biologico vengono presi in considerazione anche i c.d. aspetti relazionali, deve escludersi che tale aspetto o voce di danno per ciò stesso possa considerarsi invero sempre e comunque assorbente il c.d. danno esistenziale⁷⁷. Ed infatti, in realtà, sarebbe necessario "verificare quali aspetti relazionali siano stati valutati dal giudice e se sia stato, in particolare, assegnato rilievo anche al (radicale) cambiamento di vita, all'alterazione/cambiamento della personalità del soggetto in cui dell'aspetto del danno non patrimoniale convenzionalmente indicato come danno esistenziale si coglie il significato pregnante"⁷⁸. "Laddove tali aspetti relazionali (del tutto ovvero secondo i profili peculiarmente connotanti il c.d. danno esistenziale) non

siano stati presi in considerazione, dal relativo ristoro non si potrà prescindere"⁷⁹.

Come ha chiarito Cassazione civile, Sezioni Unite, 24 marzo 2006, n. 6572⁸⁰, pronunciandosi su un caso di risarcimento danni derivanti dal demansionamento di un lavoratore, il pregiudizio esistenziale consiste in ogni pregiudizio che l'illecito (datoriale) provoca sul fare abitudinale del soggetto, alterando le sue abitudini di vita e gli assetti relazionali che gli erano propri, sconvolgendo la sua quotidianità e privandolo di occasioni per la espressione e la realizzazione della sua personalità nel mondo esterno.

Il danno esistenziale, in altri termini, è indissolubilmente legato alla persona, e quindi non essendo passibile di determinazione secondo il sistema tabellare - al quale si ricorre per determinare il danno biologico, stante la uniformità dei criteri medico-legali applicabili in relazione alla lesione dell'indennità psicofisica - necessita imprescindibilmente di indicazioni che solo il soggetto danneggiato può fornire, indicando le circostanze comprovanti l'alterazione delle sue abitudini di vita.

I caratteri di tale pregiudizio peraltro sono stati ulteriormente definiti da Cassazione civile, 30 giugno 2011, n. 14402⁸¹ la quale, pronunciandosi su un caso di danno derivante da sinistro stradale, ha stabilito che il danno esistenziale consisterebbe in uno sconvolgimento della vita della persona, in altre parole "in uno sconvolgimento dell'esistenza obiettivamente accertabile in ragione dell'alterazione della vita comune di relazione, sia all'interno che all'esterno del nucleo familiare, che, pur senza degenerare in patologie medicamente accertabili (danno biologico), si riflette in un'alterazione della sua personalità tale da comportare o indurlo a scelte di vita diverse"⁸².

⁷⁹ Cass. 17 settembre 2010, n. 19816, in *Giust. civ. Mass.*, 2010, 9, 1237 ss.

⁸⁰ Cass. S.U., 24 marzo 2006, n. 6572, in *Corr. giur.*, 2006, 6, 787 ss., con nota di P. G. MONATERI, *Sezioni Unite: le nuove regole in materia di danno esistenziale e il futuro della responsabilità civile*; in *Corr. mer.*, 2006, 10, 1165 ss., con nota di G. TRAVAGLIO, *Le nuove categorie del danno non patrimoniale*; in *Riv. it. dir. lav.*, 2006, 3, 696 ss., con nota di R. SCOGNAMIGLIO, *Le sezioni unite sull'allegazione e la prova dei danni cagionati da demansionamento o dequalificazione*.

⁸¹ Cass., 30 giugno 2011, n. 14402, cit., e in *Resp. civ.*, 2011, 10, 2025 ss., con nota di P. ZIVIZ, *Danno non patrimoniale da lesione alla salute: la Cassazione impone una valutazione (in duplice senso) unitaria*.

⁸² Nello stesso senso Cass., 13 ottobre 2011, n. 10527, in *Giust. civ. Mass.*, 2011, 5, 741 ss., secondo la quale "Nel caso di morte di un prossimo congiunto, un danno non patrimoniale diverso ed ulteriore rispetto alla sofferenza morale (c.d. danno da rottura del rapporto parentale) non può ritenersi sussistente per il solo fatto che il superstita lamenti la perdita delle abitudini quotidiane, ma esige la dimostrazione di fondamentali e radicali cambiamenti dello stile di vita, che è onere dell'attore allegare e

Riconoscere la legittimazione ad agire al bambino significa attribuire rilevanza giuridica alla condizione del nascituro fin dal momento del concepimento, quando tradizionalmente il momento iniziale della rilevanza piena della persona per il diritto è individuato nella nascita¹¹.

Inoltre, la domanda da questo proposta appare immediatamente contraddittoria dato che il bambino affermerebbe che il suo "essere infermo", che non è stato determinato dal medico ma solamente non rilevato, costituisca un danno per sé stesso¹².

Per di più, dal punto di vista causale, la corretta prestazione diagnostica avrebbe comportato l'interruzione della gravidanza sicché il termine differenziale rispetto alla nascita inferma sarebbe l'aborto "terapeutico", con la conseguenza che la vita costituirebbe un danno rispetto alla morte¹³.

Sulla prima questione la giurisprudenza¹⁴ è orientata a ritenere che la soggettività del nascituro non sia determinante in ordine alla possibilità di tutelare le prerogative in via risarcitoria, del resto in aderenza alla maggior dottrina¹⁵.

La seconda questione, la più delicata, è quella che viene affrontata in questa decisione: stabilire se il nascituro, una volta nato, possa dolersi in prima

¹¹ Art. 1 c.c.; cfr. G. OPPRO, *L'inizio della vita umana*, in *Riv. dir. priv.*, 1982, p. 499; (richiamato da) F.D. BUSNELLI, *La tutela giuridica dell'inizio della vita umana*, in in A.A.V.V., *La tutela giuridica della vita prenatale*, (a cura di) R. ROSSANO E S. SIBILLA, Torino 2005, p. 64 ss.

¹² Interessante il discorso sugli effetti che il diritto della responsabilità civile produce sulla percezione sociale della disabilità.

A. BLOOM, P.S. MILLER, *Blindsight: How we see disabilities in tort litigation*, in *86 Wash. L. Rev.*, 709 2011, così come W. F. HENSEL, *The Disabling Impact*, cit., disponibili su HeinOnline.

¹³ Grottesca la motivazione del caso *Curlander* che sostiene questa tesi fino in fondo con conseguenze discutibili (in particolare modo circa gli effetti positivi dell'eugenetica prenatale sui costi sociali della disabilità e sull'eventuale responsabilità dei genitori verso il nascituro, qualora, consi della malformità di esso, non lo abortissero). Leggibile su HeinOnline: *Curlander v. Bio-Science Laboratories* (1980) 106 Cal. App. 3d 811, 165 Cal. Rpt. 477; sul caso v. W. F. HENSEL, *The Disabling Impact*, cit., p. 158. Altre considerazioni sulle conseguenze di questa ricostruzione teorica possono leggersi a proposito del caso *Perinelle* in O. CAVIA, Y. THOMAS, *Il diritto di non, cit.*; e nella vicenda tedesca in E. PRICKER, *Il danno della vita*, cit.

Significativa anche l'argomentazione di *Turpin v. Sorcini*, 643 P.2d 954, 962 (Cal. 1982): "determine whether it is in the child's own interest to be born with defects or not to be born at all".

¹⁴ Cass. Civ., sez. III, 03 maggio 2011, n. 9700, in <http://dejure.giuffrè.it/>, Cass., 11 maggio 2009, n. 10741, cit.; Cass. 10 maggio 2002, n. 6735 cit.; Cass. 13 novembre 2000, n. 11625, in <http://dejure.giuffrè.it/>; Cass., 9 maggio 2000, n. 5881, in <http://dejure.giuffrè.it/>.

¹⁵ P. RESCIGNO, *Il danno da procreazione*, cit.; G. OPPRO, *L'inizio della vita umana... cit.*; F. GALGANO, *Danno da procreazione e danno al feto, ovvero quando la montagna partorisce un topolino*, in *Legge e imp.*, 2009, p. 540; F.D. BUSNELLI, *Cosa resta della Legge 40? Il paradosso della soggettività del concepito*, in *Riv. dir. civ.*, 2011, 4, p. 463.

persona di un pregiudizio determinato dal suo stesso stato esistenziale.

Individuata in questo modo la questione affrontata dalla S.C., occorrono due precisazioni: in primo luogo bisogna sottolineare che le azioni per "wrongful life" e "wrongful birth" provocano un dibattito vivo a livello internazionale, sia in Europa che negli Stati Uniti, nel quale pressappoco tutti gli Stati negano riconoscimento alla prima fattispecie e ammettono, con molti dubbi, la seconda. Allo stato attuale solo tre stati negli Stati Uniti ammettono la "wrongful life claim"¹⁶, e numerosi hanno legiferato, anche di recente, per negarle entrambe¹⁷.

In secondo luogo, è bene tener presente che la questione così individuata nel diritto italiano deve essere necessariamente confrontata con tutte le regole che disciplinano la responsabilità civile, per cui, più analiticamente, la fattispecie dovrà essere sussistente in relazione alla condotta del medico; alla all'ingiustizia del danno; al nesso di causalità materiale tra condotta del medico e posizione giuridica del nascituro; agli effetti del contratto tra madre e medico rispetto al nascituro; alla causalità giuridica in termini di conseguenze immediate e dirette dell'inadempimento o del fatto illecito.

3. Il caso.

La signora B., appena consapevole del proprio stato interessante, si era rivolta ad un ginecologo, il dottor D., chiedendo di essere sottoposta agli accertamenti necessari ad escludere eventuali malformazioni del feto. In quell'occasione aveva rappresentato al sanitario la nascita di un bimbo sano quale condizione per la prosecuzione della gravidanza.

Il medico, data la giovane età della donna (ventotto anni), ritenne sufficiente effettuare un "Trifetto", omettendo di prescrivere più approfonditi accertamenti e di informare la paziente circa l'efficacia del test (40% di falsi negativi) e le eventuali alternative ("Amniocentesi").

¹⁶ Soltanto California, New Jersey e Washington attualmente ammettono un'azione per *wrongful life*: *Curlander v. Bio-Science Labs.*, 165 Cal. Rptr. 477, 489-90 (Cal. Ct. App. 1980); *Procanik v. Cillo*, 478 A.2d 755, 764 (N.J. 1984); *Harbeson v. Parke-Davis, Inc.*, 656 P.2d 483, 496 (Wash. 1983). Secondo la ricostruzione di W. F. HENSEL, *The Disabling Impact*, cit., p. 161.

¹⁷ Nello stato dell'Arizona è del 8 marzo 2012 il "Senate Bill 1359", attraverso il quale vengono bandite le azioni in questione e attualmente Pennsylvania, North Dakota, South Dakota, Utah, Idaho, Indiana, Missouri, Minnesota and North Carolina hanno emanato le c.d. "wrongful birth laws" ovvero leggi che disciplinano specificamente la responsabilità dei sanitari nella fattispecie in esame.



come “*wrongful life action*”, “*bebé préjudicié*”, “vita indesiderata”².

La vicenda è nota: l’omessa o errata diagnosi del medico circa le condizioni di salute del nascituro, nell’esecuzione di accertamenti diagnostici prenatali, priva i genitori della possibilità di determinarsi in ordine ad un eventuale interruzione della gravidanza.

In seguito alla nascita del bambino che presenta malformazioni o è affetto da una malattia, i familiari procedono ad un’azione per ottenere il risarcimento del danno. Quest’azione generalmente viene proposta *iure proprio* dalla madre³ facendo valere l’inadempimento del contratto, che ha ad oggetto la prestazione diagnostica, e la lesione del diritto di autodeterminazione in ordine alla possibilità di interrompere la gravidanza⁴. Va sottolineato il fatto che spesso la condotta del medico non ha determinato in alcun modo lo stato di infermità (come dannosi): consiste nella mera omissione nel rilevare lo stato di salute del feto.

² Ampia la bibliografia in ambiente anglosassone, per tutti: M.A. BERENSON, *The wrongful life claim – the legal dilemma of existence versus nonexistence: “to be or not to be”*, in *Tulane Law Review*, 1990, 64, 895; più recentemente: W. F. HENSEL, *The Disabling Impact of Wrongful Birth and Wrongful Life Actions*, 40 *Harr. C.R.-C.L. L. Rev.* 141, 2005, §3, disponibile su HeinOnline.

³ Notissimo, in Francia, il caso *Perruche*: F.D. BUSNELLI, *Il diritto a non nascere sani e il rovescio della medaglia: esiste un diritto a non nascere affetto*, in nota a Cour de Cassation, 17.11.2000, in *NGCC*, 2001, I, 213; la stessa sentenza è annotata in *Danno resp.*, 2001, 475, con nota di M. GORCONI, *Nascere sani o non nascere affetto: verso un nuovo capitolo della storia della nascita: enfants sains non désirés*, in *Resp. civ.*, 2001, 499, con nota di A. GUARNERI, *Wrongful life, bébé préjudicié e il discorso diritto a nascere sano... o a non nascere*; più ampiamente: O. CAYLA, Y. THOMAS, *Il diritto di non nascere*, Milano 2004.

⁴ http://www.senat.fr/evnement/dossier_perruche.html.
La questione è nota in Italia sin dal saggio di P. RESCIGNO, *Il danno da procreazione*, in *Riv. dir. civ.*, 1956, II, 614. In Germania, BGH 86, 240, IZ 1983, 447; sulla vicenda tedesca può leggersi ampiamente in E. PICKER, *Il danno della vita. Risarcimento per una vita non desiderata*, Milano, 2004, presentazione di P. ZATTI.

Per un recente lavoro comparato, I. GIESEN, *The Use and Influence of Comparative Law in “Wrongful Life” Cases*, in *Utrecht Law Review*, vol. 8, 2012, p. 35; disponibile su www.utrechtlawreview.org.
⁵ La giurisprudenza riconosce il diritto al risarcimento del danno anche al padre: v. Cass., 10 maggio 2002, n. 6735, in *Foro it.*, 2002, I, 3115; Cass. 29 luglio 2004, n. 14488, in *Giust. civ.*, I, 2403, § 9; più recente Cass. Civ., Sez. III, 2 febbraio 2010, n. 2354, in <http://dejure.giuffrè.it/>.

⁶ In ragione delle ripercussioni che la cognizione della condizione inferna del nascituro ordinarmente determina rispetto alla salute della madre, secondo quel modello ben individuato dagli artt. 4 e 6 della L. 194/1978.
⁷ Questione trattata in Cass., 11 maggio 2009, n. 10741, in <http://dejure.giuffrè.it/>.

Questa fattispecie, ammessa in diversi ordinamenti, viene definita “*wrongful birth action*”, ovvero “azione di risarcimento per nascita indesiderata”. La pretesa risarcitoria si basa sulla violazione di un diritto proprio della madre e sul fatto di lamentare le conseguenze dannose che la nascita del bambino infermo produce sulla sfera giuridica ed esistenziale propria della stessa, la quale, oltre a poter subire uno shock psichico con lesione della salute, dovrà affrontare gli oneri patrimoniali ed assistenziali derivanti dal dover crescere un figlio non sano.

Parallelamente o alternativamente a tale azione, alcuni genitori hanno chiesto il risarcimento del danno in qualità di rappresentanti del proprio figlio nato infermo a seguito della diagnosi erronea o mancante. Quest’ultima fattispecie viene propriamente definita “*wrongful life action*”.

La situazione di fatto che da origine alle due ipotesi è la medesima (omessa diagnosi con conseguente nascita inferma) ma il riconoscimento della titolarità all’azione in capo allo stesso nato malformato implica una ricostruzione giuridica differente e solleva questioni impegnative per il diritto e non solo.

Due i problemi principali¹⁰ che la pretesa diretta del nato implica.

- il riconoscimento della titolarità di un diritto in capo ad un soggetto che al momento dello svolgimento dei fatti era privo della soggettività giuridica in quanto concepito ma non nato;
- l’individuazione di un danno (a prescindere dalle conseguenze risarcibili), inteso quale situazione ontologicamente differenziale negativa.

⁸ In ambiente anglosassone si distingue tra “*Wrongful Pregnancy*” – con riferimento a casi di fallimento di trattamenti di sterilizzazione o contraccezione e conseguente nascita di un bambino anche se sano – “*Wrongful Birth*” – nei casi di danni chiesti dai familiari per la nascita di un bambino malato - e “*Wrongful Life*” – nei casi di nascita di danni chiesti dai genitori in nome del figlio stesso per essere nato malato: su questa distinzione v. F. PEARSON, *Liability for so-called wrongful pregnancy*, *wrongful birth and wrongful life*, 1997 *SALJ* 114; ma anche W. F. HENSEL, *The Disabling Impact*, cit.; M.A. BERENSON, *The wrongful life*, cit.

⁹ M.A. BERENSON, *The wrongful life*, cit.; W. F. HENSEL, *The Disabling Impact*, cit.
¹⁰ Per semplicità espositiva si trascurano, per il momento, le pur importanti questioni relative alla estensione delle obbligazioni derivanti dalla relazione tra medico e paziente, sia oggettivi (in riferimento alla relazione tra medico e nascituro generante conseguenze giuridicamente rilevanti).

Un’argomentazione assai convincente in ordine all’autonomia, sul piano consequenzialistico, del piano esistenziale rispetto al danno biologico è contenuta nella recentissima sentenza della Corte di Cassazione n. 20292 del 20 novembre 2012⁸³ (uccisione del prossimo congiunto) che definisce esistenziale quel danno che, in caso di lesione alla salute, colloca e si dipana nella sfera dinamicorelazionale del soggetto come conseguenza autonoma della lesione medicalmente accertabile. “Proverrà a un danno biologico propriamente considerato – un danno cioè considerato non sotto il profilo eventista, ma consequenzialista - non sarebbe legittimamente configurabile (sul piano risarcitorio, non ontologico) tutte le volte che la lesione (danno evento) non abbia procurato conseguenze dannose risarcibili al soggetto: la rottura da parte di un terzo di un dente destinato di lì a poco ad essere estripato dal (costoso) dentista è certamente una lesione medicalmente accertabile, ma, sussunta nella sfera del rilevante giuridico (id est, del rilevante risarcitorio), non è, (non dovrebbe essere) anche lesione risarcibile, poiché nessuna conseguenza dannosa sul piano della salute appare legittimamente predicabile...La mancanza di danno (conseguenza dannosa) biologico, in tali casi, non esclude peraltro in astratto la configurabilità di un danno morale soggettivo (da sofferenza interiore) e di un possibile danno “dinamico relazionale”, sia pure circoscritto nel tempo”.

Dalla sentenza emerge come il pregiudizio dinamicorelazionale sussista e possa essere autonomamente apprezzato anche se il diritto violato sia quello all’integrità psicofisica. Nella pronuncia si prende in considerazione l’eventualità che alla lesione della salute non segua un danno biologico ma possa conseguire in via autonoma solo un danno esistenziale (od anche un danno morale).

I recenti approdi giurisprudenziali suggeriscono di ritenere che, ai fini di un più chiaro inquadramento dei danni consequenziali, sarebbe stato più opportuno accogliere una nozione ristretta di danno biologico limitato alla componente della menomazione fisica e psichica (componente a prova scientifica, che esige una valutazione medico legale conforme ai principi della eziologia della scienza medica e biologica) piuttosto che introdurre, come ha fatto il legislatore nel 2005 con il Codice delle As-

provare”. Per una critica a tale definizione vedi P. ZIVIZ, *La fallacia del principio omnicomprensivo*, in *Resp. civ. prev.*, 2011, 9, 1720 ss. la quale estende i confini del danno esistenziale oltre il radicale cambiamento di vita ricomprendendovi anche tutte le compromissioni, anche di carattere temporaneo, delle attività realizzatrici della persona patite dalla vittima dell’illecito.
⁸³ Cass., 20 novembre 2012, n. 20292, in *Red. Giust. civ. Mass.*, 2012, 11.

sicurazioni private, una definizione complessa e pluridimensionale nella quale l’aspetto dinamico relazionale viene per legge quantitativamente limitato⁸⁴. L’art. 139 del Codice assicurazioni private, infatti, prevede, con riferimento alle lesioni di lieve entità, che l’ammontare del danno biologico possa essere aumentato dal giudice in misura non superiore ad un quinto, con equo e motivato apprezzamento delle condizioni soggettive del danneggiato.

Storicamente il danno biologico nasce dalla esigenza di eliminare la forte discriminazione emergente dai risarcimenti del danno alla salute commiserati in ragione del reddito lavorativo: il metodo di liquidazione di gran lunga più utilizzato era fondato, infatti, sulla capitalizzazione del reddito percepito dal soggetto lesso. Tale meccanismo portava a risultati profondamente iniqui in quanto soggetti che subivano le medesime lesioni fisiche venivano risarciti differentemente in ragione delle diverse condizioni economicosociali: nel 1968 la Corte d’Appello di Torino affermava che “il danno alla persona è la lesione della sua integrità fisiopsichica ed il reddito lavorativo altro non è che il parametro per la sua riduzione in termini monetari”⁸⁵.

Con la storica sentenza del 1974, il Tribunale di Genova, ritenendo iniquo il sistema di valutazione basato sulla commisurazione del *quantum* risarcitorio al reddito individuale della vittima, statuisce che la lesione permanente riguardante esclusivamente lo stato di salute della persona dovesse essere valutata e liquidata in termini esattamente uguali per tutte le persone.

Solo in un secondo momento (a partire dalla sentenza del Tribunale di Pisa nel 1979), pur non riconoscendosi l’esigenza di ricercare un indice di valori medi cui fare primario riferimento per la valutazione di conseguenze di menomazioni sufficientemente tipizzate, si afferma il principio secondo cui “l’entità del risarcimento del danno alla salute deve essere, in linea di tendenza, proporzionale alla gravità degli impedimenti economici e sociali causati dal fatto lesivo”.

Danno biologico e danno esistenziale sono concettualmente e funzionalmente separati. L’aspetto dinamico-relazionale non è parte integrante del danno biologico, non nasce necessariamente insie-

⁸⁴ Cfr. P.G. MONATERI, *Il pregiudizio esistenziale come voce di danno non patrimoniale*, op. cit., 56 ss., secondo il quale la nozione di “biologico” in quanto danno alla salute è oggi messa seriamente in crisi nella sua concretezza giuridica dal recepimento della nozione di salute, data dall’Organizzazione Mondiale della Sanità, all’art. 2, d.lgs. n. 81/2008, secondo cui la salute equivale allo “stato di completo benessere, fisico, mentale, e sociale, non consistente solo in una assenza di malattia o infermità”.

⁸⁵ App. Torino, 8 maggio 1968, in *Arch. Resp. civ.*, 1969, 110 ss.



me e contestualmente a questo, ma rappresenta un ulteriore, diverso e autonomo pregiudizio che può solo eventualmente conseguire alla lesione dell'integrità psicofisica già di per sé risarcibile.

Con riferimento al rapporto fra danno morale ed esistenziale, non sono mancate sentenze che sembrano discostarsi dalle pronunce delle Sezioni Unite per le quali, si ricorda, costituisce duplicazione del danno morale, nella sua rinnovata configurazione, e del danno da perdita del rapporto parentale⁸⁶.

Ebbene, Cassazione civile, 6 aprile 2011, n. 7844⁸⁷, pronunciandosi in ordine ai pregiudizi derivati ad una madre per le lesioni subite dal figlio a seguito di incidente automobilistico, ha enunciato il principio di diritto per il quale "in presenza dell'alienazione del fatto-base delle gravi lesioni subite dal figlio convivente all'esito di sinistro stradale, il giudice deve ritenere in particolare provata la sofferenza interiore (o patema d'animo) e lo sconvolgimento dell'esistenza che (anche) per la madre ne derivano, dovendo nella liquidazione del relativo ristoro tenere conto di entrambi i suddetti profili, ivi ricompresa la degenerazione della sofferenza interiore nella scelta di abbandonare il lavoro al fine di dedicarsi esclusivamente alla cura del figlio, bisognose di assistenza in ragione della gravità delle riportate lesioni psicofisiche".

Nello stesso senso si possono leggere le affermazioni di Cassazione civile, 15 aprile 2010, n. 9040⁸⁸, secondo la quale, nella liquidazione del danno morale dei genitori per la morte del figlio si deve considerare anche la perdita del rapporto parentale, non venendo in rilievo il *nomen iuris* adottato dal giudice e dalle parti, ma i tipi di pregiudizio che vengono complessivamente risarciti nella liquidazione del danno non patrimoniale da fatto configurabile come reato⁸⁹.

⁸⁶ Per completezza espositiva, sul rapporto tra danno morale ed esistenziale, si veda Cass., S.U., 16 febbraio 2009, n. 3677, in *Resp. civ. e prev.*, 2009, 4, 754 ss., con nota di P. Zivvi, *Le "magnifiche sorti e progressive" dell'impianto teorico disegnato dalle sezioni unite*, dove si legge che "il danno c.d. esistenziale, non costituendo una categoria autonoma di pregiudizio, ma rientrando nel danno morale, non può essere liquidato separatamente solo perché diversamente denominato".

⁸⁷ Cass., 6 aprile 2011, n. 7844, in *Giust. civ.*, 2012, 2, I, 472 ss.

⁸⁸ Cass., 15 aprile 2010, n. 9040, in *Giust. civ. Mass.*, 2010, 4, 546 ss.

⁸⁹ Si veda anche Cass., 14 giugno 2011, n. 12953, in *Diritto & Giustizia* 2011, 18 giugno, secondo la quale "la liquidazione del danno non patrimoniale da perdita di congiunto va effettuata mediante la determinazione di un importo onnicomprensivo (cfr., di recente, Cass., ord. 17 settembre 2010, n. 19816; Cass., 3 febbraio 2011, n. 2557), includendovi sia la sofferenza interiore e lo stato di prostrazione derivanti dall'avvenimento luttuoso (compresi quello che i ricorrenti qualificano in termini di "turbamento d'animo" e quella che viene definita "la menomazione propria subita per la morte di un figlio") sia le conse-

Da ultimo si è pronunciata la già citata Cassazione civile, 20 novembre 2012, n. 20292 secondo la quale l'art. 612 bis del codice penale, che ha introdotto il reato di stalking, avrebbe il merito di avere scolpito normativamente le due categorie del danno morale e del danno esistenziale riferendosi al "perdurante stato di ansia o di paura" e alla "alterazione delle abitudini di vita" subiti dalla vittima di atti persecutori. "Danni diversi e per ciò solo entrambi autonomamente risarcibili se, e solo se, rigorosamente provati caso per caso, al di là di sommarie ed impredicabili generalizzazioni"⁹⁰.

6. Autonomia ontologica e autonomia naturalistica dei danni non patrimoniali.

Dall'analisi delle pronunce di legittimità degli ultimi anni emerge, con riferimento al rapporto tra le varie voci di danno non patrimoniale, un sistema risarcitorio particolarmente complesso e non ancora del tutto chiaro, tanto che alcuni hanno auspicato un nuovo intervento nomofilattico della Corte di Cassazione sul tema⁹¹.

Se da un lato è evidente l'obiettivo che s'intende perseguire, e cioè assicurare al danneggiato un integrale riparazione⁹² di tutte le perdite di natura non patrimoniale derivanti dalla lesione del più importanti diritti della persona umana, dall'altro lato, tuttavia, non emerge con altrettanta chiarezza il genere nell'ambito delle relazioni parentali e familiari (che i ricorrenti qualificano in termini di "danno da ingiusto perturbamento delle relazioni familiari", ovvero il danno c.d. da perdita del rapporto parentale), senza che siano ammissibili duplicazioni (cfr., dopo S.U. n. 26972/2008 cit., tra le altre Cass. 18 gennaio 2011, n. 1072)⁹³.

⁹⁰ Cass., 20 novembre 2012, n. 20292, cit.

⁹¹ D. CHINDEMI, *Danno morale autonomo rispetto al danno biologico*, in *Resp. civ. e prev.*, 2011, 12, 2488 ss., secondo il quale "appare, quindi, indifferibile un nuovo intervento delle Sezioni Unite che affermi senza equivoci, come peraltro già autorevolmente sostenuto dalle Sezioni semplici, la possibilità di distinta liquidazione del danno morale rispetto al danno biologico, sia pure all'interno dell'unitaria categoria del danno non patrimoniale, con particolare riguardo alle liquidazioni tabellari, sia di origine giurisprudenziale che normativa, come quella del Codice delle assicurazioni relativa alle micropartimenti".

⁹² Il nodo più controverso riguardante la categoria del danno non patrimoniale inerisce alla sua valutazione e conseguente quantificazione. Si tratta infatti di tradurre in termini monetari una serie di compromissioni che per loro intrinseca natura non si prestano ad essere misurate attraverso gli usuali criteri di valutazione offerti dal mercato. Dal principio del necessario riconoscimento, per i diritti inviolabili della persona, della minima tutela costituita dal risarcimento, consegue che la lesione dei diritti inviolabili della persona che abbia determinato un danno non patrimoniale comporta l'obbligo di risarcire tale danno, quale che sia la fonte della responsabilità, contrattuale o extracontrattuale. Da ciò deriva il logico corollario che il risarcimento del danno dovrà ristorare integralmente il danneggiato senza che però vi siano duplicazioni risarcitorie.

LA CASSAZIONE E IL DANNO DA "NASCITA MALFORMATA": UN PARTICOLARE APPROCCIO ALLA "WRONGFUL LIFE ACTION". COMMENTO CASS. 2 OTTOBRE 2012, N. 16754*.

Di Alessandro Errante Parrino

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. Il risarcimento per vita indesiderata - "wrongful life action". - 3. Il caso. - 4. L'inadempimento rilevante del medico. - 5. I soggetti legittimati al risarcimento. - 6. Il diritto al risarcimento del nato malformato. - 6.1. La posizione del concepito, poi nato, rispetto all'illegittimo. - 6.1.1. La decisione n. 14488 del 2004. - 6.1.2. La decisione n. 10741 del 2009. - 6.1.3. La valutazione dei due precedenti. - 6.2. Il cambio di rotta. - 6.2.1. La propagazione inter-soggettiva dell'illegittimo. - 6.2.2. Soggetto di diritto e "oggetto di tutela". - 6.2.3. Perdita del padre e danno differenziale. - 6.2.3.1. Identità concettuali e differenze risarcitorie. - 6.2.4. Una conclusione preordinata alla decisione. - 7. Nascita malformata e danno risarcibile. - 7.1. La legittimità della domanda. - 7.2. L'interesse tutelato. - 7.2.1. Dignità del minore e contraddittorietà della domanda. - 7.3. L'evento di danno. - 7.4. Il nesso di causalità. - 7.5. La condotta colpevole. - 7.6. Onere della prova. - 7.7. La rappresentanza del minore. - 8. Una nuova fattispecie risarcitoria. - 9. Quale danno risarcibile? - 10. Mitigazioni probatorie. - 11. Considerazioni conclusive.

1. Premessa

Con la decisione che qui si commenta¹, la III sez. civile della Corte di Cassazione affronta un tema delicatissimo: il risarcimento del danno per omessa diagnosi prenatale richiesto *iure proprio* dal nascituro. Tecnicamente la fattispecie viene denominata "wrongful life action" (ovvero "azione di risarcimento per vita sbagliata o indesiderata"), secondo la terminologia adottata presso i giudici statunitensi che hanno affrontato il problema con maggior frequenza.

In ragione della complessità argomentativa della sentenza non mi dilungherò in raffronti comparatisti e in evocazioni degli antecedenti nazionali e sovra-

* Saggio sottoposto a revisione da parte di un membro del Comitato dei Revisori.

¹ Cass. Civ., sez. III, sentenza 2 ottobre 2012, n. 16754, in <http://dejure.giuffre.it/> e in Guida al Diritto 17.11.2012 - n. 46 - pag. 16.

2. Il risarcimento per vita indesiderata - "wrongful life action".

Sebbene la S.C. utilizzi diversi accorgimenti linguistici per attenuare l'impatto della decisione, il caso affrontato rientra in quel filone che ha destato enormi polemiche in vari Paesi del mondo, noto

nazionali sul tema che, seppure interessanti, rischierebbero di spostare l'attenzione rispetto alla complessità del ragionamento della S.C.

Pertanto, posti alcuni cenni introduttivi sulla fattispecie in esame, il commento procederà ad una esposizione sintetica del caso e dei punti problematici della decisione; seguirà una ricognizione specifica del complessivo iter decisionale, per poi soffermarsi analiticamente sulla *ratio* della motivazione onde vagliarne criticamente gli aspetti essenziali.

“vivere bene” secondo le possibilità di ciascun individuo è un valore garantito dalla Costituzione.²⁹

L’interesse alla “felicità” è da considerare parte dello spirito della nostra tradizione giuridica: di essa vi è traccia,³⁰ ben prima che venisse introdotta la categoria risarcitoria del danno esistenziale. Ne of-
 |46

frte suggestiva testimonianza una sentenza della Corte d’Appello di Milano del 1920.³¹

In quell’occasione la Corte confutava la tesi della irrisarcibilità del danno morale secondo la quale sarebbe stato inutile risarcire la vittima dato che questa non avrebbe potuto trovare conforto nell’*oro dell’offensore*. Ed invece, secondo il Collegio, tale conforto si sarebbe potuto trovare non tanto nella contemplazione dell’oro, quanto nella “maggiore somma di piaceri, benessere e soddisfazioni” che con il denaro sarebbe stato possibile ottenere. “E come ciò possa trovare in qualche caso una ragione di equivalenza non è difficile pensare, ove si immagina, ad esempio, il caso di un giovane alpinista a cui venisse spezzata una gamba, il quale potrebbe trovare equo risarcimento della sua infermità nell’ottenere una somma che gli permettesse di farsi portare con un qualsiasi mezzo di locomozione sulle alte cime ove egli soleva procurarsi le superbe soddisfazioni che la montagna dà a chi sa intendere ed entusiasinarsi dello spettacolo meraviglioso dei picchi nevosi e audaci che sembrano dare la scalata al cielo, o la distesa infinita delle valli e dei verdi piani sottostanti”.

²⁹ D. CHINDEMI, *Il danno morale e il danno esistenziale dopo le sentenze di S. Martino*, in www.altalex.com.

³⁰ Ne *Il Problema della responsabilità civile*, p. 11, nota 24, Stefano Rodotà, nell’esaminare le innovazioni presenti all’interno del nuovo codice civile del 1942, si sofferma sulla omissione dell’ampio riconoscimento della risarcibilità del danno non patrimoniale, sottolineando la disinvoltura con la quale il Guardasigilli aveva escluso dalla retta tradizione del nostro pensiero giuridico scrittori come Cesare Conso, Minozzi, Brugi, Carneletti, Calamandrei, L. Covello, Montel, Ascoci, e come “in verità la più lontana tradizione italiana è nel senso della risarcibilità del danno morale”.

³¹ Corte d’Appello di Milano, 11 maggio 1920, in *Foro It.*, 1920, I, 554 ss., con nota di P. Caradonna.

modo attraverso il quale poter garantire il raggiungimento di tale obiettivo.

In particolare, sia le Sezioni Unite sia, a volte, le sezioni semplici della Corte di Cassazione, sembrano volere legare necessariamente l’autonomia risarcitoria dei pregiudizi all’autonomia ontologica degli interessi, quasi ad instaurare una sorta di corrispondenza biunivoca tra diritto violato e tipo di pregiudizio conseguente.

Il danno morale viene identificato automaticamente con la lesione della integrità morale/dignità umana, e il danno esistenziale viene ricondotto alla lesione di un diritto inviolabile diverso da quello all’“integrità psicofisica”.³²

Ed invece, vale osservare che danno morale e danno esistenziale in realtà rappresentano prima di tutto due diverse ed autonome modalità di estrinsecazione della sofferenza della persona: la sofferenza interiore - quella del sentire - e la sofferenza legata alla proiezione del soggetto nel mondo esterno - legata invece al fare. Aspetti, questi, che possono rappresentare la conseguenza della lesione di qualunque tipologia di interessi non patrimoniali che attongono prima di tutto alla sfera naturalistica e pregiudiziale della persona.³⁴

Una significativa indicazione in tal senso si rinviene nel disposto dell’art. 612 bis del codice penale che, sotto la rubrica “atti persecutori”, prevede che “sia punito con la reclusione da sei mesi a quattro anni chiunque, con condotte reiterate, minaccia o molesta taluno in modo da cagionare un perdurante e grave stato di ansia o di paura ovvero da ingenerare un fondato timore per l’incolumità propria o di un prossimo congiunto o di persona al medesimo legata da relazione affettiva ovvero da costringere lo stesso ad alterare le proprie abitudini di vita”.

Sembrano essere stati normativamente identificati i due autentici momenti essenziali della sofferenza dell’individuo: il dolore interiore e l’alterazione della vita quotidiana.³⁵

Il danno morale, quindi, quale componente della più ampia categoria del danno non patrimoniale, trova la propria autonomia non solo nella lesione del bene giuridico integrità morale, ma anche nel fatto di rappresentare di per sé un aspetto della sofferenza umana (lo stato di ansia o il turbamento dell’animo, transitorio o permanente) derivante dal-

³² Cfr. le osservazioni di P. Ziviz, *La fallacia del principio onnicomprensivo*, op. cit., 1731 ss.

³⁴ Sul tema vedi G. TRAVAGLINO, *Il futuro del danno alla persona*, in *Danno e resp.*, 2011, 2, 117, secondo il quale danno morale e danno esistenziale devono essere considerate sul piano naturalistico le due vere categorie del danno alla persona.

³⁵ Cfr. Cass., 20 novembre 2012, n. 20292, cit.

la lesione di tutti quei beni giuridici (compresa la salute) per i quali è prevista la tutela risarcitoria.³⁶

Il danno esistenziale, ugualmente, in ragione della sua autonomia fenomenologica, deve considerarsi autonomamente risarcibile anche quando sottende la lesione dell’“integrità psicofisica”.

È necessario, pertanto, distinguere il piano dei pregiudizi (danno conseguenza), che devono essere integralmente risarciti, dal piano della lesione dei diritti (danno evento). In questa logica, è ben possibile che dalla lesione di un unico diritto scaturiscano molteplici conseguenze sia patrimoniali sia non patrimoniali. Queste ultime potranno essere distinte in ragione della loro diversità naturalistica a seconda che riguardino il benessere mentale, fisico o sociale della persona; e dovranno essere liquidate diversamente e autonomamente l’una dall’altra nonostante derivino dalla violazione del medesimo interesse prescindendo da aprioristici aumenti percentuali o limitazioni quantitative predeterminate o calcolate sulla base di altre poste risarcitorie.³⁷

L’unico caso in cui si possa ipotizzare una corrispondenza biunivoca fra danno evento e danno conseguenza è rappresentato dalla particolare figura del danno biologico. Le affermazioni della Corte costituzionale n.184 del 1986 sembrano costituire un valido supporto in tal senso poiché si distingue tra evento dannoso o pericoloso, al quale appartiene il danno biologico, e danno conseguenza al quale appartiene il danno morale, e, oggi, anche il danno esistenziale.

Secondo la Corte, infatti, “vale distinguere da un canto il fatto costitutivo dell’illiceito civile extracontrattuale e, dall’altro, le conseguenze, in senso proprio dannose del fatto stesso. Quest’ultimo si com-

³⁶ Vedi le osservazioni di V. GORCONI, *Le duplicazioni risarcitorie del danno alla persona*, in *Danno e resp.*, 2010, 15, secondo cui “quando il danno morale consiste nella sofferenza emozionale, non patologica, la previsione della sua liquidazione non duplica quella già riconosciuta a titolo di danno biologico, perché le lesioni hanno matrice diversa. La reazione emotiva non dipende dall’invalidità fisica o psichica conseguente all’illecito, ma da come il danneggiato percepisce la lesione, dalle circostanze in cui si è manifestato l’illiceito, dalla gravità della condotta dell’agente”.

³⁷ Vedi D. CHINDEMI, *Il danno morale e il danno esistenziale dopo le sentenze di S. Martino*, in www.altalex.com, secondo cui: “Ormai sono maturi i tempi per una rivisitazione del sistema risarcitorio del danno non patrimoniale che preveda espressamente la valutazione di tutte le componenti di tale pregiudizio, criterio tutt’ora adottato dalla maggioranza dei giudici di merito, ampliando, se necessario, la possibilità del ricorso all’equità da parte del giudice che potrebbe, oltreché “personalizzare” le tabelle, come auspicate dalla sentenza di San Martino, procedendo ad una liquidazione equitativa “ponderata” del pregiudizio non patrimoniale, prendendo come punto di partenza le stesse tabelle, ma senza alcun vincolo rigido di applicazione, al fine di avere la possibilità di adeguare il risarcimento all’effettivo pregiudizio subito dalla vittima”.



pone, oltretutto del comportamento (l'illecito è, anzitutto, atto) anche dell'evento e del nesso di causalità che lega il comportamento all'evento. Ogni danno è, in senso ampio, conseguenza: anche l'evento dannoso o pericoloso è, infatti, conseguenza dell'atto, del comportamento illecito. Tuttavia, vale distinguere, anche in diritto privato (specie a seguito del riconoscimento di diritti inviolabili costituzionalmente validi anche nei rapporti tra privati) l'evento materiale naturalistico che, pur essendo conseguenza del comportamento, è momento od aspetto costitutivo del fatto, dalle conseguenze dannose in senso proprio di quest'ultimo, legate all'intero fatto illecito (e quindi anche all'evento) da un ulteriore nesso di causalità. Non esiste comportamento senza evento: il primo è momento dinamico ed il secondo momento statico del fatto costituito dall'illecito. Da quest'ultimo vanno nettamente distinte le conseguenze, in senso proprio, del fatto, dell'intero fatto illecito, causalmente connesse al medesimo da un secondo nesso di causalità⁹⁸.

Il danno biologico costituirebbe l'evento del fatto lesivo della salute mentre il danno morale e il danno esistenziale apparterebbero alla categoria del danno - conseguenza in senso stretto.

“La menomazione dell'integrità psico - fisica dell'offeso, che trasforma in patologica la stessa fisiologica integrità (e che non è per nulla equiparabile al momentaneo, tendenzialmente transiente, turbamento psicologico del danno morale subiettivo) costituisce l'evento (da provare in ogni caso)⁹⁸ intorno al fatto illecito, legato da un canto all'altra componente interna del fatto, il comportamento, da un nesso di causalità e dall'altro, alla (eventuale) componente esterna, danno morale subiettivo da altro, diverso, ulteriore rapporto di causalità materiale. In senso largo, dunque, anche l'evento - menomazione dell'integrità fisico - psichica del soggetto offeso, è conseguenza ma tale è rispetto al comportamento mentre a sua volta è causa (ove in concreto esistano) delle ulteriori conseguenze, in senso pro-

⁹⁸ V. sul punto anche Corte Cost., 27 ottobre 1994, n. 372, in *Foro it.*, I, 5297 ss., con nota di G. PONZANELLI, *La Corte Costituzionale e il danno da morte*; in *Giust. civ.*, 1994, I, 3029 ss., con nota di F.D. BUSNELL, *Tre punti esclamativi, tre punti interrogativi, e un punto a capo*; in *Giur. it.*, 1995, II, 406 ss., con nota di A. JANNARELLI, *Il «sistema» della responsabilità civile proposto dalla Corte Costituzionale e i «problemi» che ne derivano*; in *Vita not.*, 1995, 2, 613 ss., con nota di L. BRIGANTE, *Danno biologico da morte iure ereditario*; in *Resp. civ. prev.*, 1994, 976 ss., con nota di G. SCALFI, *L'uomo, la morte e la famiglia*; e con nota di G. GIANNINI, *La vittoria di Pirrone*; in *Ass.*, 1995, II, 49 ss., con nota di G. GIUSSONI, *Il danno biologico da morte che non c'è e quello che, se c'è, va provato: riflessione sulla sentenza della Corte Costituzionale n. 372/1994*; in *Corr. giur.*, 1994, 12, 1485 ss., con nota di G. GIANNINI, *È risarcibile iure proprio il danno biologico a causa di morte?*.

prio, dell'intero fatto illecito, conseguenze morali soggettive” o esistenziali.

Il danno biologico è allora un danno specifico, un tipo di danno che si identifica con un unico tipo di evento: la lesione dell'integrità psicofisica. Il danno morale e il danno esistenziale, invece, rappresentano due generi di danno - conseguenza che possono derivare da una serie numerosa di tipi di evento.

Il problema della quantificazione dei danni deve essere allora analizzato su due fronti. Dapprima il giudice dovrà identificare l'indisponibilità situazione soggettiva (protetta a livello costituzionale) violata nel caso concreto (onore, reputazione, immagine rapporto familiare e parentale, diritto di autodeterminazione al trattamento sanitario, diritto all'ambiente, diritto di libera espressione del proprio pensiero, diritto di associazione, diritto alla salute, riservatezza etc.). In seguito, dopo avere individuato la posizione soggettiva (o le posizioni soggettive) incise (o incise) dal fatto illecito, il giudice procederà ad una rigorosa analisi e ad una conseguente rigorosa valutazione tanto dell'aspetto interiore (la sofferenza morale) quanto del suo impatto modificativo in pejus con la vita quotidiana (danno esistenziale)⁹⁹.

Ogni lesione di un valore personale può cagionare alternativamente o cumulativamente sia un danno morale sia un danno esistenziale. Quando il valore inciso è quello della salute, oltre al(l'eventuale) danno morale o esistenziale dovrà essere risarcita anche la lesione della integrità psicofisica (danno biologico in senso stretto) che, a differenza degli altri due aspetti risarcitori, è oggetto di misurazione oggettiva da parte della scienza medica.

7. L'interesse esistenziale.

In seguito agli interventi nomofilattici della Corte di Cassazione, prima nel 2003 (sentenze nn. 8827/8828 del 2003) e poi nel 2008 (sentenze nn. 26972/3/4/5 del 2008) il danno non patrimoniale è, come ricordato in precedenza, risarcibile non solo nei casi espressamente previsti dalla legge e in quelli in cui siano lesi diritti costituzionalmente garantiti, ma anche in tutti quei casi in cui l'organo giudicante ravvisi la lesione di nuovi interessi attinenti a posizioni inviolabili della persona alla stregua dell'art. 2 Cost.¹⁰⁰

⁹⁹ Cass., 20 novembre 2012, n. 20292, cit.

¹⁰⁰ Sulle diverse problematiche relative all'art. 2 Cost. vedi P.F. GROSSI, *Introduzione ad uno studio sui diritti inviolabili nella Costituzione Italiana*, Padova, 1972; A. BAMBERA, *Art. 2 Costituzione, in Commentario della Costituzione* a cura di G. Briante, prima edizione, Bologna - Roma, 1975; P. PERLINGIERI,

Il richiamo allo svago quale aspetto di vita ulteriore rispetto al riposo non sembra casuale e ciò trova riscontro nella diversa origine etimologica che caratterizza le due espressioni. Riposare significa “tregua, cessazione temporanea di un lavoro o di un'attività qualsiasi, che ha lo scopo di dare sollievo e ristoro al corpo e allo spirito”. Svagare, cioè “andare vagando”, ha invece il significato di “allontanare da pensieri, da preoccupazioni e ansie, sollevare e ricreare da un'occupazione impegnativa e stancante”.

Se il riposo esprime un significato statico, lo svago, viceversa, ha un significato dinamico che riflette una dimensione nella quale il recupero delle energie avviene non attraverso il non fare (riposare, cessare dalla fatica) ma attraverso il fare altro, il fare altrimenti, il fare un'attività alternativa a quella precedente.

Un recente intervento normativo, infine, ha individuato nel codice penale italiano l'art. 612 bis che punisce “chiunque, con condotte reiterate, minaccia o molesta taluno in modo da cagionare un perdurante e grave stato di ansia o di paura ovvero da ingenerare un fondato timore per l'incolumità propria o di un prossimo congiunto o di persona al medesimo legata da relazione affettiva ovvero da costringere lo stesso ad alterare le proprie abitudini di vita”. Il bene giuridico protetto dalla fattispecie incriminatrice è decisamente unico secondo la giurisprudenza e consiste, alla luce delle indicazioni emerse dai lavori preparatori e della collocazione sistematica della nuova norma nel novero dei delitti contro la libertà individuale e contro la libertà morale, nella tutela della serenità psichica propria della persona offesa¹²⁷.

Quelli riportati sono semplici indizi che peraltro emergono in ambiti molto diversi: contratto (vacanza rovinata), codice penale (stalking), Convenzione dei diritti del fanciullo, Dichiarazione Universale

¹²⁷ Trib. Salerno, 11 ottobre 2011, in *Giur. merito*, 2012, 3, 664 ss., con nota di A. BASTIANELLO, *Il reato di stalking ex art. 612 c.p.*; si veda anche Cass. pen., 10 gennaio 2011, n. 16864, in *CED Cass. pen.*, 2011, secondo la quale “Al fine della integrazione del reato di atti persecutori (art. 612 bis c.p.) non si richiede l'accertamento di uno stato patologico ma è sufficiente che gli atti ritenuti persecutori - e nella specie costituiti da telefonate offensive, messaggi telefonici, visite presso il luogo di lavoro della persona offesa e dal timore espresso pubblicamente dalla persona offesa alla p.g. che la persona molestante possa detenere un'arma da fuoco - abbiano un effetto destabilizzante della serenità e dell'equilibrio psicologico della vittima, considerato che la fattispecie incriminatrice di cui all'art. 612 bis c.p. non costituisce una duplicazione del reato di lesioni (art. 582 c.p.), il cui evento è configurabile sia come malattia fisica che come malattia mentale e psicologica.” Nello stesso senso Cass. pen., 22 settembre 2011, n. 42953, in *Riv. pen.*, 2012, 12, 177 ss.; Cass. pen., 1 dicembre 2010, n. 8832, in *Foro it.*, 2012, 3, I, 158 ss.

dei Diritti dell'Uomo, Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali. Tuttavia proprio la loro dislocazione così disomogenea porta a domandarsi se in questi elementi sia possibile cogliere un unico filo conduttore. Tali disposizioni pur essendo lontane e stilate tra loro sembrano dirigersi verso la precisa direzione di assecondare il pieno sviluppo della persona (art. 3 Cost.).

In una prospettiva evolutiva tali indici, ricavabili dal complessivo assetto istituzionale e sociale, sembrano in realtà rappresentare momenti emergenti di una tutela più generale in grado di estendersi oltre gli specifici ambiti oggetto delle singole previsioni. Tali previsioni normative citate non costituiscono eccezioni, insuscettibili come tali di trovare applicazione oltre il loro ambito applicativo, bensì sono tasselli normativi espressione di un sistema ordinamentale (nazionale ed internazionale) ispirato, oggi più che mai, verso la tutela integrale ed effettiva della Persona.

Il legislatore del 1942, nel riprodurre il principio già accolto dal legislatore del 1865, ha riaffermato all'art. 12 delle Disposizioni sulla legge in generale che nell'applicare la legge si deve ad essa attribuire il senso fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse e dalla “intenzione del legislatore”. Ebbene proprio la ricerca dello scopo obiettivo emergente dalle norme, non solo costituzionali ma anche di quelle ordinarie, se interpretate in chiave evolutiva, consente di estendere i confini della risarcibilità ad aspetti di vita che, avendo acquistato un valore sociale condiviso, meriterebbero di essere riconosciuti in quanto beni giuridici suscettibili di autonoma tutela¹²⁸.

Salute, vita, libertà costituiscono senza dubbio valori inviolabili, essenziali, imprescindibili. Una società in forte evoluzione come quella attuale è giusto che contemperi anche la protezione di interessi che oggi acquistano importanza per la loro idoneità a stimolare e rigenerare capacità fondamentali dell'individuo.

Deve rilevarsi quindi come i diritti definiti immaginari dalla Suprema Corte corrispondano nella realtà a posizioni rilevanti la cui lesione è causa di concreti pregiudizi risentiti dalle persone e riconosciuti ormai dalla coscienza sociale. Non si tratta di elucubrazioni dottrinarie prive di significato ma di istanze che corrispondono ad un comune sentire della società contemporanea nella quale anche il

¹²⁸ Cfr. G.B. FERRI, *Il danno alla salute e l'economia del dolore*, op. cit., 838, il quale afferma, con riferimento all'art. 2059 c.c., che alla norma debba darsi una interpretazione razionale e ragionevole, cioè una interpretazione coerente con le idee e le intenzioni del legislatore.



per fondare la risarcibilità di interessi che, pur non essendo inviolabili o costituzionalmente protetti, sono comunque funzionali al pieno sviluppo della persona umana cui fa riferimento l'art. 3 della Costituzione.

Multiplici sono gli indici, normativi e giurisprudenziali, rinvenibili nell'ordinamento italiano, comunitario ed internazionale, suscettibili di essere reinterpretati alla luce dei mutamenti sociali del tempo presente.

La Corte di Giustizia Europea, con sentenza 12 marzo 2002, n. C168/00, ha riconosciuto il danno morale al turista privato del piacere di una vacanza per la pessima organizzazione del viaggio da parte dell'agenzia di viaggi¹⁹.

La giurisprudenza italiana, sulla scia di quella comunitaria, ha definito il c.d. "danno da vacanza rovinata" come stress e sofferenza psicologica connessi alla delusione delle aspettative di trascorrere la vacanza in maniera serena, come "ingiusto esito della compromissione di interessi costituzionalmente garantiti espressi dall'art. 2 Cost. a fronte del diritto di ognuno di esplicare la propria personalità anche in occasione di momenti di svago e rigenerazione, come appunto sono quelli tipici della vacanza"²⁰.

Pertanto la stessa finalità turistica (cioè lo scopo di piacere) non è più concepita come un motivo irrilevante del contratto di viaggio ma si sostanzia nell'interesse che questo è volto a soddisfare, connotandone la causa concreta e determinando, perciò, l'essenzialità di tutte le attività e dei servizi strumentali alla realizzazione del preminente scopo vacanziero²¹.

Non c'è dubbio, quindi, che la vacanza abbia acquistato un "valore esistenziale" nella vita delle persone²². Tanto è vero che il legislatore italiano ha deciso di dedicare, all'interno del Codice del turismo (art. 47 d.lgs. n. 79 del 2011), uno specifico articolo alla vacanza rovinata stabilendo che "nel caso in cui l'inadempimento o inesatta esecuzione delle prestazioni che formano oggetto del pacchetto turistico non sia di scarsa importanza ai sensi

¹⁹ CGCE, 12 Marzo 2002, n. C168/00, in *Giur. it.*, 2002, 1801 ss., con nota di M. SISTA, *Danno da vacanza rovinata e danno morale contrattuale*, e in *Resp. civ. prev.*, 2002, 363 ss., con nota di E. GUERINONI, *L'interpretazione della Corte di Giustizia riguardo al danno da vacanza rovinata*.

²⁰ Vedi Cass. 4 marzo 2010, n. 5189, in *Giust. civ.*, 2010, 6, 1337 ss.; Cass., 24 aprile 2008, n. 10651, cit.; Trib. Roma, 19 maggio 2003, in *Giur. merito*, 2003, 2175 ss., e in *Dir. giust.*, 2003, 30, 55 ss., con nota di M. DONA, *Vacanza rovinata e danno morale. Risponde il tour operator, la liquidazione è equitativa*; Trib. Sassari, 8 febbraio 2011, n. 195 (inedito).

²¹ Cass., 24 luglio 2007, n. 16315, in *Giust. civ.*, 2008, 3, 1, 699 ss.

²² Cass., 24 aprile 2008, n. 10651, cit.

dell'articolo 1455 del codice civile, il turista può chiedere, oltre ed indipendentemente dalla risoluzione del contratto, un risarcimento del danno correlato al tempo di vacanza inutilmente trascorso ed all'irripetibilità dell'occasione perduta²³.

Sempre in materia contrattuale si osserva che la normativa europea riconosce il danno non patrimoniale senza alcun limite di copertura costituzionale degli interessi lesi. Ad esempio il Draft Common Frame of Reference²⁴ (comune quadro di riferimento europeo), all'art. 3:701, in sede di disciplina del right of damages, specifica che il danno non attiene solo ad una perdita patrimoniale ma comprende anche i dolori, le sofferenze e la perdita della qualità della vita.

In una diversa prospettiva merita considerazione il riferimento alla legge n. 176 del 1991 che ha ratificato e dato esecuzione alla Convenzione sui diritti del fanciullo del 20 novembre 1989.

All'art. 31 di tale Convenzione si afferma che "gli Stati parti riconoscono al fanciullo il diritto al riposo ed al tempo libero, di dedicarsi al gioco e ad attività ricreative proprie della sua età e di partecipare liberamente alla vita culturale ed artistica". Oppure, tale riferimento permette, quanto meno, di fissare un primo punto fermo: il tempo libero non è un diritto immaginario e inesistente, bensì concreto, tangibile, reale, almeno per qualcuno.

I riferimenti di cui sopra consentono anche una rilettura in senso evolutivo di una norma che già da mezzo secolo contempla la protezione di aspetti della personalità finora considerati in sé e per sé giuridicamente irrilevanti, come l'art. 24 della Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo ai sensi del quale "ogni individuo ha diritto al riposo ed allo svago, inclusa una ragionevole limitazione delle ore di lavoro e ferie periodiche retribuite"²⁵. Nello stesso senso l'art. 7 del Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali cui è stata data esecuzione in Italia con legge 25 ottobre 1977, n. 881²⁶.

²³ V. F. ROMEO, *Il nuovo danno da vacanza rovinata: primi rilievi sull'art. 47 del codice del turismo*, in *Resp. civ.*, 2011, 565 ss.; A. ROSSI, *Tutela del turista: conferme e novità*, *Danno resp.*, 2011, 989 s.

²⁴ Vedi G. VETTORI, *Il diritto dei contratti fra Costituzione, codice civile e codici di settore*, in *AA.VV., Remedies in Contract. The Common Rules for a European Law*, a cura di Vettori, Padova, 2008, 271-309; U. PERRETTI, *La giustizia contrattuale nel Draft Common Frame of Reference del diritto privato europeo*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, 6, 669 ss.

²⁵ La Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo, approvata con risoluzione dell'Assemblea generale delle Nazioni Unite in data 10 dicembre 1948.

²⁶ Il Patto internazionale sui diritti civili e politici è stato firmato a New York il 16 dicembre 1966 e ad esso è stata data esecuzione in Italia con legge 25 ottobre 1977, n. 881.

È ormai pacifico che tale norma intenda fare riferimento non solo ai diritti inviolabili tipizzati bensì a quelli che la coscienza sociale, in un determinato contesto storico, ritiene essenziali per la tutela della persona umana. L'elenco dei diritti inviolabili è dunque aperto, essendo ammissibili diritti "atipici", e storicamente condizionato¹⁰¹.

Questi arresti giurisprudenziali rappresentano non solo un importante traguardo per l'attuazione di una più ampia tutela della persona, ma soprattutto aprono un nuovo orizzonte interpretativo dell'art. 2059 c.c.

Così si esprime la Suprema Corte nel 2008: "Il catalogo dei casi determinati dalla legge non costituisce numero chiuso. La tutela non è ristretta ai casi di diritti inviolabili della persona espressamente riconosciuti dalla Costituzione nel presente momento storico, ma, in virtù dell'apertura dell'art. 2 Cost. ad un processo evolutivo, deve ritenersi consentito all'interprete rinvenire nel complessivo sistema costituzionale indici che siano idonei a valutare se nuovi interessi emersi nella realtà sociale siano, non genericamente rilevanti per l'ordinamento, ma di rango costituzionale, attenendo a posizioni inviolabili della persona umana"¹⁰².

Si apre, quindi, la strada al riconoscimento di quegli interessi che, germogliati nel contesto sociale, vengono definiti "nuovi" e che andranno ad affiancarsi a quelli tradizionalmente riconosciuti come meritevoli di tutela quali la salute, la vita, l'onore, la reputazione, l'identità personale, l'autodeterminazione, la libertà personale, la libertà di pensiero.

In tale settore il contributo della giurisprudenza, specialmente di legittimità, assume sempre più rilievo nel sistema delle fonti del diritto¹⁰³. Emerge la consapevolezza di operare in un sistema ordinamentale che, pur non essendo basato sul principio del precedente vincolante, si configura come semiperpetuo perché fondato non solo su disposizioni di legge

L'ordinamento vigente e i suoi valori. Problemi del diritto civile, Napoli, 2006.

¹⁰¹ Emblematica è la vicenda del diritto alla identità personale, il diritto cioè di ciascuno a vedersi rappresentato con i propri reali caratteri, senza travisamenti della propria storia, delle proprie idee, della propria condotta, del proprio stile di vita, del patrimonio intellettuale, ideologico, etico e professionale. Prima ma che neccessive un formale riconoscimento nell'art. 2 del D. Lgs n. 196/2003, la Corte di legittimità, con sentenza 22 giugno 1985, n. 3769, lo aveva ammoverato tra i diritti inviolabili di cui all'art. 2 Cost.

¹⁰² Cass., S.U., 11 novembre 2008, n. 26972, cit.

¹⁰³ Vedi N. LIPARI, *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale: il ruolo limitativo delle categorie concettuali*, in *Contratti*, 2010, 7, 704 ss., secondo il quale "siamo ormai passati dalla centralità della legge alla centralità dell'uomo di legge, il quale deve essere consapevole, nello svolgere il suo ruolo, di non essere più il giurista recettore, ma il giurista tessitore".

ma anche su clausole generali come buona fede, solidarietà, centralità della persona. Tali valori ordinamentali, espressi con formule generiche, consentono all'interprete di attualizzare il diritto individuando nuove aree di protezione di interessi personali¹⁰⁴.

In tal modo, attraverso l'applicazione del modello ermeneutico tipico della *interessenjurisprudenz*, si evita sia il rischio, insito nel c.d. sistema chiuso (del tutto codificato e basato sul solo dato testuale delle disposizioni legislative senza significativi spazi di autonomia per l'interprete), del mancato ed immediato adeguamento all'evolversi dei tempi, sia il rischio che comporta il c.d. sistema aperto, che riduce la creazione delle norme al giudice sulla base anche di parametri socio-giuridici (ordine etico, coscienza sociale) la cui valutazione può diventare arbitraria ed incontrollata¹⁰⁵.

Appare lecito, a questo punto, domandarsi se, alla luce del nuovo orizzonte interpretativo, sia possibile individuare accanto ai diritti costituzionalmente rilevanti nuovi interessi aventi natura esistenziale.

Occorre precisare che non di danni esistenziali si intende parlare quanto di interessi di natura esistenziale. Mentre il danno esistenziale individua un tipo di pregiudizio, un aspetto negativo, lo "sconvolgimento" dell'esistenza foriero di scelte di vita diversamente derivate dalla lesione di un bene giuridico già riconosciuto come meritevole di tutela secondo l'ordinamento giuridico, l'interesse esistenziale esprime la tensione della persona verso un bene che nell'attuale contesto storico può acquisire peculiare rilevanza. È il valore, di non agevole definizione, che è in grado di far emergere tutti gli aspetti che caratterizzano la persona, la cui dimensione esistenziale si presenta come incompiuta e indefinita (e di ciò il diritto vivente della responsabilità civile degli ultimi sessant'anni costituisce una chiara testimonianza)¹⁰⁶.

La salute, diritto fondamentale tutelato all'art. 32 della Costituzione, è sicuramente un interesse a valenza esistenziale. Ma l'interesse esistenziale non esaurisce la sua forza espansiva solamente nel bene salute: questa è un concetto (sempre più) scientifico, quello è un concetto più ampio che prescinde dall'obiettività della scienza e presenta un significato sociale, culturale, prescientifico e pregiudiziale che tocca le corde di una comunità intera.

¹⁰⁴ Cass., 11 maggio 2009, n. 10741, in *Giust. civ. Mass.*, 2009, 5, 748 ss.

¹⁰⁵ Cass., 11 maggio 2009, n. 10741, cit.

¹⁰⁶ Sul nuovo ruolo del giudice e sulla importanza del c.d. diritto vivente G. VETTORI, *Dialogo fra le Corti e tecnica rimediata*, in *www.personaemercato.it*; V. CARBONE, *Relazione sullo stato della giustizia in Italia*, 2009, 11 ss., in *www.cortedicassazione.it*; Cass., 11 maggio 2009, n. 10741, cit.



L'interesse esistenziale mostra confini incerti e indefiniti, che però rappresentano il suo punto di forza. Questa forza si estrinseca nell'insuscettibilità di farsi imbrigliare in soluzioni definitive e nella capacità di adattarsi ai mutamenti che investono una società in forte evoluzione.

Non si tratta di individuare un nuovo e generico "diritto esistenziale" ma di utilizzare la più flessibile nozione di interesse come chiave interpretativa al fine di individuare nuove situazioni giuridiche connesse all'idea di persistenza in un determinato contesto sociale, che pur non essendo inviolabili sono funzionali al pieno sviluppo della persona umana.

L'interesse esistenziale rappresenta dunque, così come l'espressione "danno non patrimoniale", un progetto incompiuto in attesa di acquistare completezza, non una volta per tutte, bensì volta per volta a seconda del momento in cui si traduce o aspira a tradursi in tutela risarcitoria¹⁰⁷. Il riferimento è a quelle figure quali il tempo libero, la serenità, la qualità della vita, il benessere, dalla cui violazione può scaturire una sofferenza (temporanea o permanente) di tipo morale o esistenziale in chi subisce l'illegittimo comportamento del terzo.

La giurisprudenza delle Sezioni Unite fino ad ora non solo ha negato dignità risarcitoria a tali interessi (ha negato cioè che tali interessi costituissero valori costituzionali protetti), ma li ha definiti addirittura diritti immaginari¹⁰⁸.

In particolare sul tempo libero la Corte di Cassazione ha così argomentato:

- il tempo libero non costituisce un diritto fondamentale perché il suo esercizio è rimesso alla esclusiva autodeterminazione della persona che è libera di scegliere tra l'impegno insancabile nel lavoro e il dedicarsi invece a realizzare il proprio tempo libero da lavoro e da ogni altra occupazione.

Questa sua caratterizzazione di autonoma opzionalità lo distingue dai diritti inviolabili che sono di per sé irretrotrattabili perché fondano la giuridica esistenza sia dal punto di vista della identità individuale che della sua relazionalità sociale.

- La normativa costituzionale, le norme della Convenzione Europea sui Diritti dell'Uomo, così come interpretati dalla Corte di Strasburgo, il Trattato di Lisbona con l'allegata - e giuridicamente vincolante - Carta di Nizza, la Carta sociale europea, non consentono di ritenere il diritto al tempo libero come diritto fondamentale dell'uomo. Verrebbe a mancare, in altri termini, "l'ingiustizia costituzio-

nalmente ed internazionalmente riconosciuta e qualificata"¹⁰⁹.

- Il tempo libero, così come il preteso diritto al riposo, sono quindi elementi che pur rappresentando "elevati valori della vita spirituale"¹¹⁰ non assicurano al livello di un danno risarcibile. Eventuali perdite di tempo sono da considerare come fastidi della vita quotidiana non suscettibili di essere risarciti.

Epperò l'argomentazione della Corte secondo la quale il tempo libero non sarebbe un diritto inviolabile per via della sua "autonomia opzionalità" suscita perplessità. A questo proposito non è mancato chi, in dottrina, ha sottolineato che il richiamo a questa caratteristica, al contrario, confermerebbe il rango costituzionale della posizione colpita, in quanto ad essere violata sarebbe la libertà di autodeterminazione della persona¹¹¹.

È da stigmatizzare, inoltre, l'operazione volta a relegare sempre e comunque i cosiddetti fastidi della vita quotidiana nell'area dell'irrillevante giuridico. Basta rammentare, a tale riguardo, che i disagi legati alla perdita di tempo causata da un disservizio sono, in ambito contrattuale, spesso previsti come risarcibili nell'ambito di numerose Carte dei servizi.

Inoltre anche la normativa europea, sempre con riferimento a questo profilo, non prospetta una soluzione così rigida. In proposito si richiama il Regolamento CE n. 261/2004 che istituisce regole comuni in materia di compensazione ed assistenza ai passeggeri in caso di negato imbarco, di cancellazione del volo o di ritardo prolungato. Nel considerando n. 2 del Regolamento si riconosce esplicitamente che il negato imbarco, così come la cancellazione del volo o i ritardi prolungati, sono causa di gravi disagi e fastidi per i passeggeri¹¹², e all'art. 7 del medesimo reg. si prevede che il passeggero, per queste ipotesi, abbia diritto ad un compenso di natura pecuniaria. Tale compensazione sembra proprio riferirsi anche a quel disagio di natura evidentemente non patrimoniale che colpisce il passeggero quando si trova costretto a sopportare lunghe attese in aeroporto.

Ciò, in realtà, sembra essere in aperto contrasto con quanto affermato finora dal Supremo Collegio a Sezioni Unite secondo cui "palesamente non meritevoli della tutela risarcitoria, invocata a titolo di danno esistenziale, sono i pregiudizi consistenti in disagi, fastidi, disappunti, ansie ed in ogni tipo di insoddisfazione concernente gli aspetti più disparati della vita quotidiana che ciascuno conduce nel

¹⁰⁹ Così Cass., 27 aprile 2011, n. 9422, cit.

¹¹⁰ In tal senso Cass., 4 dicembre 2012, n. 21725, cit.

¹¹¹ P. ZIVIZ, *La scivolosa soglia dei diritti inviolabili*, in *Resp. civ. e prev.*, 2011, 6, 1296 ss.

¹¹² Cfr. CGCE, 22 dicembre 2008, n. 549, *Guida dir.*, 2009, 111 ss.

contesto sociale. Non vale, per dirlti risarcibili, invocare diritti del tutto immaginari, come il diritto alla qualità della vita, allo stato di benessere, alla serenità: in definitiva il diritto ad essere felici¹¹³.

L'intenzione della Corte di Cassazione appare chiara. Limitare, da un lato, le pretese risarcitorie futuri e irrisorie ma, soprattutto, muoversi all'interno dell'ambito costituzionale e dei diritti inviolabili nel pieno rispetto del principio di tipicità¹¹⁴.

Sotto il primo profilo è pienamente condivisibile il richiamo alla necessità che il diritto debba essere inciso oltre una certa soglia minima, che il pregiudizio sia serio, "tanto serio da essere meritevole di tutela in un sistema che impone un grado minimo di tolleranza"¹¹⁵.

Meno condivisibili sono le affermazioni che legano l'evoluzione della tutela della persona alla offesa di diritti inviolabili costituzionalmente protetti. Opportunamente parte della dottrina ha evidenziato la contraddizione che emergerebbe dal tentativo di "voler coniugare la pretesa "tipicità" dei "diritti inviolabili" con l'affermazione secondo la quale l'art. 2 Cost. è clausola generale aperta"¹¹⁶.

Ed infatti, dal momento in cui si afferma che i diritti costituzionalmente garantiti non costituiscono un *numerus clausus* (ma richiamano l'idea di un catalogo di posizioni soggettive in continua evoluzione) riconosce automaticamente che il sistema risarcitorio del danno non patrimoniale è attualmente fondato su un principio di tipicità soltanto giurisprudenziale.

¹¹³ Cass., S.U., 11 novembre 2008, n.26972, cit., par. 3.9.

¹¹⁴ Secondo V. SCALISI, *Regola e metodo nel diritto civile della positività*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, 1, 287, all'interno del processo evolutivo della responsabilità civile sono individuabili molteplici zone d'ombra fra le quali rientra "la subordinazione della tutela aquiliana del danno alla persona alla rilevanza costituzionale dell'interesse lesso anziché alla semplice rilevanza giuridica dello stesso come invece per il danno al patrimonio".

Esprimono dubbi sulla limitazione della tutela della persona alla lesione di diritti inviolabili R. SCOGNAMIGLIO, *Danni alla persona e danno morale*, in *Riv. dir. priv.*, 2008, 3, e G. VERTORI, *Danno non patrimoniale e diritti inviolabili*, in *Obbl. e contr.*, 2009, 2, 107, secondo il quale "La rilevanza ordinaria di un interesse ne giustifica il risarcimento, mentre per la tutela di un interesse non patrimoniale si dovrebbe isolare un carattere inviolabile di una situazione personale. Resta sorprendente che si argomenti così in un sistema che si era incamminato verso una qualificazione primaria degli interessi personali, non misurati con un criterio patrimoniale".

¹¹⁵ Cass., S.U., 11 novembre 2008, n. 26972, cit., par. 3.11.

¹¹⁶ A. PROCCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Il danno non patrimoniale secondo le sezioni unite*, in *Danno e resp.*, 2009, 1, 37 ss.

Secondo l'A. "v'è anche una contraddizione metodologica nel voler far coesistere una visuale statica e formalista, come quella ispirata alla tipicità, alla tassatività e al principio di legalità, che si giustifica allorché il diritto (come quello penale) pone limiti e condizioni alla libertà e ai diritti della persona, con una prospettiva civilistica che, all'opposto, è, e non può non essere, dinamica e garantista".

denziale, nel quale il giudice può individuare nuovi interessi meritevoli di tutela¹¹⁷. In altri termini, la nuova interpretazione dell'art. 2059 c.c. stravolge il concetto di tipicità legale se si considera che il riferimento cioè a fattispecie di reato, a leggi ordinarie o a specifiche norme costituzionali, bensì mobile, dato che si investe il giudice dell'importante funzione di "rinvenire indici che siano idonei a valutare se nuovi interessi emersi nella realtà sociale siano, non genericamente rilevanti per l'ordinamento, ma di rango costituzionale".

Peraltro, limitare la tutela del danno alla persona alla violazione di interessi di rango costituzionale significherebbe proporre una lettura della Carta fondamentale che limita anziché ampliare le prerogative soggettive¹¹⁸.

Sarebbe preferibile allora fare riferimento, invece che alla inviolabilità dell'interesse, al parametro della coscienza sociale, l'unico in grado di stabilire, e spostare di volta in volta, i confini tra la solidarietà verso la vittima e la tolleranza che la convivenza civile impone ai consociati.

E proprio la coscienza sociale (dell'interesse esistenziale) potrebbe essere il riferimento più idoneo



117 Cfr. G. FACCI, *Il danno non patrimoniale dopo le sentenze dell'11.11.2008*, op. cit., 53, il quale rileva che la struttura applicativa del danno non patrimoniale; A. DIMAJO, *Danno esistenziale o di tipo esistenziale: quale l'estro?*, op. cit., 412, secondo il quale "una volta de-privata la forza dell'art. 2059 del suo ancoraggio ai "casi previsti dalla legge", e garantizione, per altra via, il rispetto (ma) a livello di "danno ingiusto" o meglio di "ingiustizia costituzionalmente qualificata", un principio di tipicità può sortire di rimbalzo, com'è avvenuto per il "danno ingiusto" ex art. 2043 sul terreno patrimoniale (dai diritti di credito alla violazione di doveri imposti dalla solidarietà)"; F.D. BUSINELLI, *Le Sezioni unite e il danno non patrimoniale*, op. cit., 107, secondo cui "Tipicità, anzitutto, non significa necessariamente «numero chiuso». Parlare di un principio di tipicità dei danni non patrimoniali significa, dunque, evocare — e valorizzare — un processo di «tipizzazione», ad opera del «diritto vivente» prima ancora che del « diritto vigente »"; S. PAVTI, *Le sezioni Unite e la parabola del danno esistenziale*, op. cit., 418, secondo il quale la tesi della contrapposizione fra tipicità del danno non patrimoniale e atipicità del danno patrimoniale non è più sostenibile dopo che la stessa Corte di Cassazione, con le note sentenze gemelle n. 8827 e 8828 del 2003 ha affermato la risarcibilità del danno non patrimoniale nel caso di lesione di valori della persona costituzionalmente garantiti. Considerato che il rinvio a tali valori non può essere limitato a quelli previsti e tipizzati nelle varie norme della Costituzione, secondo l'A. dunque sarebbe difficile poter "parlare di una «tipicità» delle fattispecie di danno non patrimoniale quale conseguenza della lesione di un catalogo di interessi tutelati non certo caratterizzata da numerus clausus bensì continuamente soggetto ad espansioni". Parla di tipicità evolutiva C. SCOGNAMIGLIO, *Il danno non patrimoniale nel tempo della complessità (incontro di studio del 28 aprile 2010)*.

¹¹⁸ G. VERTORI, *Danno non patrimoniale e diritti inviolabili*, op. cit., 107.